

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

AÑO V – N° 1, Enero / Febrero 2017

Año 2017  
Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia



## Presentación

La Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial pone a consideración de los usuarios el presente Boletín N° 1, Enero/Febrero 2017. Contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias **ingresadas a la base de datos y publicadas** durante el período.

Las correspondientes al año 2016 las encontrará a texto completo, en el caso de las de años anteriores solo se publica una referencia. Para acceder al texto completo de éstas, deberán recurrir al sitio web: <http://www.jusneuquen.gov.ar/index.php/jurisprudencia>

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

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

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

Saludos cordiales

Febrero/2017





## Indices

### *Por Organismo*

#### *Novedoso:*

- **"SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 8003/2014) – Acuerdo: 33/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)

**La interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días.**

#### *Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia*

- **"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 310/00) **"EPIRO S.A. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 185/01) y **"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 116/00) –(Expte.: 310/2010) – Acuerdo: 101/16 – Fecha: 28/10/2016 [ver texto](#)
- **"CATALAN BÁRBARA CECILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3815/2016) – Acuerdo: 105/16 – Fecha: 31/12/2016 [ver texto](#)
- **"NOVOA HECTOR ERNESTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2982/2010) – Acuerdo: 106/16 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"VENTURA LEANDRO JOSÉ MARIA Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3293/2011) – Acuerdo: 107/16 – Fecha: 08/12/2016 [ver texto](#)
- **"BLOK MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4088/2013) – Acuerdo: 108/17 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"CAMU NILDO EMILIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3438/2011) – Acuerdo: 110/16 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VAZQUEZ ANA TEODORINDA S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3636/2012) – Acuerdo: 111/16 – Fecha: 14/11/2016 [ver texto](#)



- "FELDMANN JOSÉ EDUARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3625/2012) – Acuerdo: 115/16 – Fecha: 15/11/2016 [ver texto](#)
- "PÉREZ JUANA C/ ENTE PROVINCIAL DE TERMAS S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 2750/2009) – Acuerdo: 117/16 – Fecha: 28/11/2016 [ver texto](#)
- "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CALA JOSÉ RICARDO Y OTROS S/ ACCIÓN DE LESIVIDAD" – (Expte.: 2430/2008) – Acuerdo: 121/16 – Fecha: 06/12/2016 [ver texto](#)
- "SORO MARIA ESILDA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3304/2011) – Acuerdo: 125/16 – Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)

#### *Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia*

- "A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN" – (Expte.: 60205/2014) – Acuerdo: 28/17 – Fecha: 25/11/2016 [ver texto](#)

#### *Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia*

- "LUCHINO LUCIANO OSMAR S/ HOMICIDIO CULPOSO" – (Expte.: 17883/2016) – Acuerdo: 19-16 – Fecha: 24/11/2016 [ver texto](#)
- "SEPULVEDA REBOLLEDO HERNAN ALVARO S/ INV. HOMICIDIO CULPOSO (VTMA. TEUSCHER MARIA TERESA)" – (Expte.: 56424/2015) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 29/11/2016 [ver texto](#)
- "TORRESAN BRUNO MATEO S/ LESIONES CULPOSAS (ART.94)- UFAG (J.P.E.)" – (Expte.: 32574/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 30/11/2016 [ver texto](#)
- "BARREIRO RODRIGO S/ VÍCTIMA LESIONES GRAVES (ART. 90)" – (Expte.: 11593/2014) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)

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

- "TARIFEÑO GISEL ROXANA C/ OFAK JOSE LUIS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE" - (Expte.: 477049/2013) – Sentencia: 288/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- "J. T. S/ GUARDA" - (Expte.: 78484/2016) – Interlocutoria: 391/16 – Fecha: 20/12/2016 [ver texto](#)
- "YPF S.A. C/ SABATEL VALENTIN Y OTRO S/ INTERDICTO" - (Expte.: 504781/2012) – Interlocutoria: 399/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)



- **"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA SA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 469265/2012) – Sentencia: 14/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"CORSINO CLAUDIA ANDREA C/ STRATEGOS S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 418128/2010) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"GUTIERREZ RICARDO ANTONIO C/ A.I. S.R.L. SOBRE DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - (Expte.: 414884/2010) – Sentencia: 17/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ VARGAS MARCELO RUBEN S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 547301/2016) – Sentencia: 22/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"ASMAR ESTELA MARIS C/ HOFFMANN DANIEL S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 376828/2008) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - (Expte.: 476113/2013) – Sentencia: 26-17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"SCHNEIDER NESTOR FABIAN C/ RETAMAL MARTINEZ LAURA M. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 454249/2011) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"ROMERO VICTORIA Y OTRA S/ INCIDENTE DE ELEVACION (INC 43370/2015 "ROMERO VICTORIA Y OTRA C/ ORTEGA MABEL ELISABETH S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - (Expte.: 43477/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fechas: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"NEUQUEN PETRO OESTE S.R.L. C/ MEIRELLES PILQUIÑAN WALTER LUIS S/ ACCION MERAMENTE DECLARATIVA"** - (Expte.: 509077/2016) – Interlocutoria: 06/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"QUEVEDO EDITH LILIANA C/ METALURGICA PESADA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 507984/2016) – Interlocutoria: 23/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)

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

- **"ZAPATA NORMA NELIDA C/ OBREQUE RODRIGO JULIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 468756/2012) – Sentencia: 239/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ VIVIANA MONICA Y OTROS C/ FRUTIC. UNIDOS CENTENARIO S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 468626/2012) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"AVILES CRISTIAN ANTONIO Y OTROS C/ BANCO DE LA PROV. DE NEUQUEN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 469942/2012) – Sentencia: 243/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)



- **"VILLALON ESCUDERO HECTOR R. C/ HERNANDEZ BERNARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 453486/2011) – Sentencia: 244/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"ARIAS OMAR ALEJANDRO C/ SOTO VERGARA ROSA AURORA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 402430/2009) – Sentencia: 247/16 – Fecha: 06/12/2016 [ver texto](#)
- **"CARDENAS MATIAS SEBASTIAN C/ GARCIA NICOLAS JORGE Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - (Expte.: 468228/2012) – Sentencia: 250/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"GALVAN CARLOS HORACIO C/ SUPERCONGELADOS DEL SUR S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 471820/2012) – Sentencia: 251/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"CIFUENTES ESCOBAR JOSE ISMAEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 468027/2012) – Sentencia: 254/16 – Fecha: 22/12/2016 [ver texto](#)
- **"STANMER CLAUDIO ALEJANDRO C/ OLIVA HORACIO EMILIO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 369335/2008) – Sentencia: 256/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"HERRERA RAMON OSVALDO C/ MACHADO FERNANDO S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 443499/2011) – Interlocutoria: 461/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ MARIO ALBERTO C/ ROMANO DANIEL ALBERTO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 513714/2016) – Interlocutoria: 02/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"PEDRAZA MASSO FRAVEGA AGUSTIN PABLO Y OTRO C/ ASOCIACION MUTUAL 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - (Expte.: 515680/2016) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"SUAREZ ELVIO ORLANDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 514551/2016"** - (Expte.: 53384/2016) – Interlocutoria: 13/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"CAMPAS ANDREA SILVINA Y OTRO C/ MAYANS JAVIER MARCELO Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 512426/2016) – Interlocutoria: 24/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"GUEVARA MARIELA VANESA C/ OBRA SOCIAL CAMIONEROS TR. AUTO S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE HABERES"** - (Expte.: 470192/2012) – Sentencia: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LAGUZZI LISANDRO Y OTRO C/ RAINA MARIA FLORENCIA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 501686/2014) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)



- **"AMBROGETTI JORGE ANDRES C/ GOMEZ SOTO CARLOS DIEGO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 464314/2012) – Sentencia: 07/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LOPEZ BEATRIZ AZUCENA C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 468210/2012) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS NESTOR OSVALDO C/ Y.P.F. S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 454102/2011) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"PALACIO LUIS ALBERTO C/ PICCOLO S/ INTERDICTO"** - (Expte.: 421755/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 02/03/2017 [ver texto](#)

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

- **"CAMPOS MARTA SUSANA C/ TRANSENER S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 322294/2005) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 29/11/2016 [ver texto](#)
- **"TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. C/ RUIZ JOSE ANTONIO Y OTRO S/ SUMARISIMO ART. 321 C.P.C.C."** - (Expte.: 448465/2011) – Sentencia: 220/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"MIGANI JORGE LUIS C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 428443/2010) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"VELTRI DIEGO C/ OPS S.A.C.I. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 469996/2012) – Sentencia: 224/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"CARBALLO JOSE MARCELO Y OTRO C/ INECOS S.A. Y OTROS S/ RESCISION DE CONTRATO"** - (Expte.: 342373/2006) – Sentencia: 228/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"MARIN ARTURO C/ HALCAK ENRIQUE S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 500999/2013) – Sentencia: 229/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"PEREZ MANUEL EDUARDO C/ STEKLI SARITA SENOBIA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** - (Expte.: 419104/2010) – Sentencia: 234/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"FALLETTI AMOBLAMIENTOS S.R.L. C/ SAPAC S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 506995/2015) – Sentencia: 235/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"ESANDI EDUARDO ENRIQUE C/ PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO S/EJECUCION DE HONORARIOS E/A PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO C/ BELTRAN PEDRO LUIS Y OTROS S/ INTERDICTO (337.031/06)"** - (Expte.: 42634/2013) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"E. B. M. S/ SITUACION LEY 2212"** - (Expte.: 74446/2016) – Interlocutoria: 358/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"C. D. K. S. S/ SITUACION LEY 2212"** - (Expte.: 75993/2016) – Interlocutoria: 372/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)





- **"CARRASCO CAROLINA ELISABET C/ OPS S.A.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 2244/2011) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"BECERRA LILIANA SOLEDAD C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. -MALA PRAXIS"** - (Expte.: 420667/2010) – Sentencia: 08/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LOPEZ GERARDO MATIAS C/ O.P.S. SACI S/ DESPIDO INDIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 7360/2015) – Sentencia: 09/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"RUIZ ANTONIO C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 450402/2011) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 07/02/2017 [ver texto](#)
- **"HIGUERA JESSICA PAOLA C/ ELFI CLAUDIO CRISTIAN MARCELO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 470768/2012) – Sentencia: 16/17 – Fecha: 07/02/2017 [ver texto](#)
- **"BARREDA MARIO MIGUEL C/ SUR VIAL S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 427642/2010) – Sentencia: 23/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"CONSULTORA BELLEVILLE S.A. C/ LOPEZ ROBERTO VICTOR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - (Expte.: 420304/2010) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 16/02/2017 [ver texto](#)
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 547246/2016) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"H. M. C. N. S/ GUARDA"** - (Expte.: 78355/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"FORTUNATI MARCELO DANIEL C/ DPS S.A. Y OTROS S/ PRUEBA ANTICIPADA"** - (Expte.: 508613/2016) – Interlocutoria: 06/2017 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"CECCARELLI GUSTAVO OSCAR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 509014/2016) – Interlocutoria: 30/17 Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)

### *Tribunal de Impugnación*

- **"RODRIGUEZ DAMIAN - RODRIGUEZ JUAN y JADULL CRISTIAN S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS Y POR ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSIA"** - (Expte.: MPFNQ 55430/2015) – Sentencia: 136/16 - Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)
- **"GARCÍA OMAR PABLO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - (Expte.: 34361/2015) – Sentencia: 139/16 - Fecha: 26/12/2016 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS CRISTIAN S/ AMENAZAS AGRAVADAS"** - (Expte.: MPFCU 20666/2016) – Sentencia: 140/16 - Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"C. V. N. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFNQ 11249/2014) – Sentencia: 141/16 - Fecha:



29/12/2016 [ver texto](#)

- **"C. L. E. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFJU 16077/2015) – Sentencia: 137/16 - Fecha: 22/12/2016 [ver texto](#)
- **"N. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - (Expte.: MPFZA 16274/2016) – Sentencia: 138/16 - Fecha: 26/12/2016 [ver texto](#)

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

- **"ACUÑA RODRIGO C/ MARBELLA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE PAGO HABERES"** - (Expte.: 28902/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)
- **"COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION"** - (Expte.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017 [ver texto](#)
- **"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - (Expte.: 620/2014) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)

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

- **"CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCION A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016 [ver texto](#)
- **"MOZETIC EDUARDO OMAR Y OTRO C/ MACIEL JUAN ANGEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACION (COMODATO, OCUPACION, ETC)"** - (Expte.: 2569/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 26/10/2016 [ver texto](#)
- **"PANESSI HUGO OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 8356/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/10/2016 [ver texto](#)

*Tribunal de Juicio*

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

*Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial*



- "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE C/ W. H. C. P. S/ ACCION DE AMPARO" - (Expte.: 77820/2016) – Sentencia: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)

*Juzgado Laboral N° 5 - I Circunscripción Judicial*

- "SANCHEZ JOSE ROBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - (Expte.: 473215/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 31/10/2016 [ver texto](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



*Por Tema*

*Abuso sexual simple*

- **"C. V. N. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11249/2014) – Sentencia: 141/16 - Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)

*Accidente de trabajo*

- **"CIFUENTES ESCOBAR JOSE ISMAEL C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468027/2012) – Sentencia: 254/16 – Fecha: 22/12/2016 [ver texto](#)
- **"SANCHEZ JOSE ROBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Juzgado Laboral N° 5 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 473215/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 31/10/2016 [ver texto](#)

*Acción de amparo*

- **"TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. C/ RUIZ JOSE ANTONIO Y OTRO S/ SUMARISIMO ART. 321 C.P.C.C."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 448465/2011) – Sentencia: 220/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"PANESSI HUGO OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 8356/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/10/2016 [ver texto](#)
- **"CECCARELLI GUSTAVO OSCAR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509014/2016) – Interlocutoria: 30/17 Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE C/ W. H. C. P. S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 77820/2016) – Sentencia: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)

*Acción de lesividad*



- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CALA JOSÉ RICARDO Y OTROS S/ ACCIÓN DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2430/2008) – Acuerdo: 121/16 – Fecha: 06/12/2016 [ver texto](#)

#### *Acción procesal administrativa*

- **"SORO MARIA ESILDA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3304/2011) – Acuerdo: 125/16 – Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)

#### *Alimentos*

- **"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 620/2014) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)

#### *Contratos*

- **"AVILES CRISTIAN ANTONIO Y OTROS C/ BANCO DE LA PROV. DE NEUQUEN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469942/2012) – Sentencia: 243/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"CARBALLO JOSE MARCELO Y OTRO C/ INECOS S.A. Y OTROS S/ RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 342373/2006) – Sentencia: 228/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"FALLETTI AMOBLAMIENTOS S.R.L. C/ SAPAC S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 506995/2015) – Sentencia: 235/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"LAGUZZI LISANDRO Y OTRO C/ RAINA MARIA FLORENCIA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 501686/2014) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"AMBROGETTI JORGE ANDRES C/ GOMEZ SOTO CARLOS DIEGO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 464314/2012) – Sentencia: 07/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)



### *Contratos administrativos*

- **"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 310/00) **"EPIRO S.A. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 185/01) y **"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 116/00) – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 310/2010) – Acuerdo: 101/16 – Fecha: 28/10/2016 [ver texto](#)

### *Contratos comerciales*

- **"RUIZ ANTONIO C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 450402/2011) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 07/02/2017 [ver texto](#)

### *Contrato de trabajo*

- **"GONZALEZ VIVIANA MONICA Y OTROS C/ FRUTIC. UNIDOS CENTENARIO S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468626/2012) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"ARIAS OMAR ALEJANDRO C/ SOTO VERGARA ROSA AURORA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 402430/2009) – Sentencia: 247/16 – Fecha: 06/12/2016 [ver texto](#)
- **"CARDENAS MATIAS SEBASTIAN C/ GARCIA NICOLAS JORGE Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468228/2012) – Sentencia: 250/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"GALVAN CARLOS HORACIO C/ SUPERCONGELADOS DEL SUR S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 471820/2012) – Sentencia: 251/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"MIGANI JORGE LUIS C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 428443/2010) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)



- **"VELTRI DIEGO C/ OPS S.A.C.I. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 469996/2012) – Sentencia: 224/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"MARIN ARTURO C/ HALCAK ENRIQUE S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 500999/2013) – Sentencia: 229/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"PEREZ MANUEL EDUARDO C/ STEKLI SARITA SENOBIA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419104/2010) – Sentencia: 234/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"CORSINO CLAUDIA ANDREA C/ STRATEGOS S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 418128/2010) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"GUTIERREZ RICARDO ANTONIO C/ A.I. S.R.L. SOBRE DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 414884/2010) – Sentencia: 17/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"GUEVARA MARIELA VANESA C/ OBRA SOCIAL CAMIONEROS TR. AUTO S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 470192/2012) – Sentencia: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LOPEZ BEATRIZ AZUCENA C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468210/2012) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS NESTOR OSVALDO C/ Y.P.F. S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 454102/2011) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"CARRASCO CAROLINA ELISABET C/ OPS S.A.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 2244/2011) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LOPEZ GERARDO MATIAS C/ O.P.S. SACI S/ DESPIDO INDIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 7360/2015) – Sentencia: 09/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)





- **"BARREDA MARIO MIGUEL C/ SUR VIAL S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 427642/2010) – Sentencia: 23/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"ACUÑA RODRIGO C/ MARBELLA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE PAGO HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28902/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)

### *Daños y perjuicios*

- **"TARIFEÑO GISEL ROXANA C/ OFAK JOSE LUIS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS 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.: 477049/2013) – Sentencia: 288/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"ZAPATA NORMA NELIDA C/ OBREQUE RODRIGO JULIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468756/2012) – Sentencia: 239/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"STANMER CLAUDIO ALEJANDRO C/ OLIVA HORACIO EMILIO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 369335/2008) – Sentencia: 256/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"CAMPOS MARTA SUSANA C/ TRANSENER S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 322294/2005) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 29/11/2016 [ver texto](#)
- **"ASMAR ESTELA MARIS C/ HOFFMANN DANIEL 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.: 376828/2008) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"SCHNEIDER NESTOR FABIAN C/ RETAMAL MARTINEZ LAURA M. 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.: 454249/2011) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"BECERRA LILIANA SOLEDAD C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. -MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 420667/2010) – Sentencia: 08/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)





- **"HIGUERA JESSICA PAOLA C/ ELFI CLAUDIO CRISTIAN MARCELO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 470768/2012) – Sentencia: 16/17 – Fecha: 07/02/2017 [ver texto](#)

### *Delitos contra la propiedad*

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

### *Dominio público*

- **"NOVOA HECTOR ERNESTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2982/2010) – Acuerdo: 106/16 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)

### *Empleo público*

- **"CATALAN BÁRBARA CECILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3815/2016) – Acuerdo: 105/16 – Fecha: 31/12/2016 [ver texto](#)
- **"VENTURA LEANDRO JOSÉ MARIA Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3293/2011) – Acuerdo: 107/16 – Fecha: 08/12/2016 [ver texto](#)
- **"BLOK MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4088/2013) – Acuerdo: 108/17 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"CAMU NILDO EMILIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3438/2011) – Acuerdo: 110/16 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VAZQUEZ ANA TEODORINDA S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3636/2012) – Acuerdo: 111/16 – Fecha: 14/11/2016 [ver texto](#)
- **"FELDMANN JOSÉ EDUDARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3625/2012) – Acuerdo: 115/16 – Fecha: 15/11/2016 [ver texto](#)
- **"PÉREZ JUANA C/ ENTE PROVINCIAL DE TERMAS S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2750/2009) – Acuerdo: 117/16 – Fecha: 28/11/2016 [ver texto](#)



### *Etapas del proceso*

- **"GONZALEZ MARIO ALBERTO C/ ROMANO DANIEL ALBERTO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 513714/2016) – Interlocutoria: 02/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"CAMPAS ANDREA SILVINA Y OTRO C/ MAYANS JAVIER MARCELO Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 512426/2016) – Interlocutoria: 24/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"FORTUNATI MARCELO DANIEL C/ DPS S.A. Y OTROS S/ PRUEBA ANTICIPADA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508613/2016) – Interlocutoria: 06/2017 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)

### *Filiación*

- **"A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 60205/2014) – Acuerdo: 28/17 – Fecha: 25/11/2016 [ver texto](#)

### *Guarda*

- **"H. M. C. N. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 78355/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)

### *Impugnación extraordinaria*

- **"LUCHINO LUCIANO OSMAR S/ HOMICIDIO CULPOSO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 17883/2016) – Acuerdo: 19-16 – Fecha: 24/11/2016 [ver texto](#)
- **"SEPULVEDA REBOLLEDO HERNAN ALVARO S/ INV. HOMICIDIO CULPOSO (VTMA. TEUSCHER MARIA TERESA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 56424/2015) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 29/11/2016 [ver texto](#)
- **"TORRESAN BRUNO MATEO S/ LESIONES CULPOSAS (ART.94)- UFAG (J.P.E.)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 32574/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 30/11/2016 [ver texto](#)



- **“BARREIRO RODRIGO S/ VÍCTIMA LESIONES GRAVES (ART. 90)”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 11593/2014) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)

### *Imputación objetiva*

- **"GARCÍA OMAR PABLO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 34361/2015) – Sentencia: 139/16 - Fecha: 26/12/2016 [ver texto](#)

### *Jurisdicción y competencia*

- **"C. D. K. S. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 75993/2016) – Interlocutoria: 372/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)

### *Medidas cautelares*

- **"HERRERA RAMON OSVALDO C/ MACHADO FERNANDO S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 443499/2011) – Interlocutoria: 461/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"ESANDI EDUARDO ENRIQUE C/ PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO S/EJECUCION DE HONORARIOS E/A PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO C/ BELTRAN PEDRO LUIS Y OTROS S/ INTERDICTO (337.031/06)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 42634/2013) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"E. B. M. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 74446/2016) – Interlocutoria: 358/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"PEDRAZA MASSO FRAVEGA AGUSTIN PABLO Y OTRO C/ ASOCIACION MUTUAL 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 515680/2016) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"SUAREZ ELVIO ORLANDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 514551/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53384/2016) – Interlocutoria: 13/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **“COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral,



Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017 [ver texto](#)

### *Principio de congruencia*

- **"C. L. E. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 16077/2015) – Sentencia: 137/16 - Fecha: 22/12/2016 [ver texto](#)

### *Prescripción*

- **"CONSULTORA BELLEVILLE S.A. C/ LOPEZ ROBERTO VICTOR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 420304/2010) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 16/02/2017 [ver texto](#)

### *Procedimiento laboral*

- **"CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCIÓN A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016 [ver texto](#)
- **"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA SA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469265/2012) – Sentencia: 14/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)

### *Procesos de conocimiento*

- **"NEUQUEN PETRO OESTE S.R.L. C/ MEIRELLES PILQUIÑAN WALTER LUIS S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509077/2016) – Interlocutoria: 06/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)

### *Procesos de ejecución*

- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ VARGAS MARCELO RUBEN S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 547301/2016) – Sentencia: 22/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)



- **"ROMERO VICTORIA Y OTRA S/ INCIDENTE DE ELEVACION (INC 43370/2015 "ROMERO VICTORIA Y OTRA C/ ORTEGA MABEL ELISABETH S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 43477/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fechas: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 547246/2016) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)

### *Procesos especiales*

- **"SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 8003/2014) – Acuerdo: 33/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"YPF S.A. C/ SABATEL VALENTIN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 504781/2012) – Interlocutoria: 399/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"MOZETIC EDUARDO OMAR Y OTRO C/ MACIEL JUAN ANGEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACION (COMODATO, OCUPACION, ETC)"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 2569/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 26/10/2016 [ver texto](#)
- **"PALACIO LUIS ALBERTO C/ PICCOLO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 421755/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 02/03/2017 [ver texto](#)

### *Portación de arma*

- **"CONTRERAS CRISTIAN S/ AMENAZAS AGRAVADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 20666/2016) – Sentencia: 140/16 - Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)

### *Representación procesal*

- **"QUEVEDO EDITH LILIANA C/ METALURGICA PESADA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 507984/2016) – Interlocutoria: 23/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)



### *Responsabilidad civil*

- **"MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 476113/2013) – Sentencia: 26-17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)

### *Responsabilidad parental*

- **"J. T. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 78484/2016) – Interlocutoria: 391/16 – Fecha: 20/12/2016 [ver texto](#)

### *Seguros*

- **"VILLALON ESCUDERO HECTOR R. C/ HERNANDEZ BERNARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 453486/2011) – Sentencia: 244/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)

### *Sentencia arbitraria*

- **"N. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 16274/2016) – Sentencia: 138/16 - Fecha: 26/12/2016 [ver texto](#)

### *Tentativa*

- **"CONTRERAS CRISTIAN S/ AMENAZAS AGRAVADAS"** - (Expte.: MPFCU 20666/2016) – Sentencia: 140/16 - Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)

### *Valoración de la prueba*

- **"RODRIGUEZ DAMIAN - RODRIGUEZ JUAN y JADULL CRISTIAN S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS Y POR ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSIA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 55430/2015) – Sentencia: 136/16 - Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)



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



Por Carátula

- **"A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 60205/2014) – Acuerdo: 28/17 – Fecha: 25/11/2016 [ver texto](#)
- **"ACUÑA RODRIGO C/ MARBELLA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE PAGO HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28902/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)
- **"AMBROGETTI JORGE ANDRES C/ GOMEZ SOTO CARLOS DIEGO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 464314/2012) – Sentencia: 07/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"ARIAS OMAR ALEJANDRO C/ SOTO VERGARA ROSA AURORA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 402430/2009) – Sentencia: 247/16 – Fecha: 06/12/2016 [ver texto](#)
- **"ASMAR ESTELA MARIS C/ HOFFMANN DANIEL 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.: 376828/2008) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"AVILES CRISTIAN ANTONIO Y OTROS C/ BANCO DE LA PROV. DE NEUQUEN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469942/2012) – Sentencia: 243/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ VARGAS MARCELO RUBEN S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 547301/2016) – Sentencia: 22/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"BARREDA MARIO MIGUEL C/ SUR VIAL S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 427642/2010) – Sentencia: 23/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"BARREIRO RODRIGO S/ VÍCTIMA LESIONES GRAVES (ART. 90)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 11593/2014) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)
- **"BECERRA LILIANA SOLEDAD C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. -MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 420667/2010) – Sentencia: 08/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)





- **"BLOK MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4088/2013) – Acuerdo: 108/17 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"C. D. K. S. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 75993/2016) – Interlocutoria: 372/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"C. L. E. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 16077/2015) – Sentencia: 137/16 - Fecha: 22/12/2016 [ver texto](#)
- **"C. V. N. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11249/2014) – Sentencia: 141/16 - Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"CAMPAS ANDREA SILVINA Y OTRO C/ MAYANS JAVIER MARCELO Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 512426/2016) – Interlocutoria: 24/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"CAMPOS MARTA SUSANA C/ TRANSENER S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 322294/2005) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 29/11/2016 [ver texto](#)
- **"CAMU NILDO EMILIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3438/2011) – Acuerdo: 110/16 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"CARBALLO JOSE MARCELO Y OTRO C/ INECOS S.A. Y OTROS S/ RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 342373/2006) – Sentencia: 228/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"CARDENAS MATIAS SEBASTIAN C/ GARCIA NICOLAS JORGE Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468228/2012) – Sentencia: 250/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"CARRASCO CAROLINA ELISABET C/ OPS S.A.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 2244/2011) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"CATALAN BÁRBARA CECILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3815/2016) – Acuerdo: 105/16 – Fecha: 31/12/2016 [ver texto](#)
- **"CECCARELLI GUSTAVO OSCAR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I



Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509014/2016) – Interlocutoria: 30/17  
Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)

- **“CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCIÓN A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016 [ver texto](#)
- **"CIFUENTES ESCOBAR JOSE ISMAEL C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468027/2012) – Sentencia: 254/16 – Fecha: 22/12/2016 [ver texto](#)
- **"CONSULTORA BELLEVILLE S.A. C/ LOPEZ ROBERTO VICTOR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 420304/2010) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 16/02/2017 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS CRISTIAN S/ AMENAZAS AGRAVADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 20666/2016) – Sentencia: 140/16 - Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS NESTOR OSVALDO C/ Y.P.F. S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 454102/2011) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **“COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017 [ver texto](#)
- **"CORSINO CLAUDIA ANDREA C/ STRATEGOS S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 418128/2010) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE C/ W. H. C. P. S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 77820/2016) – Sentencia: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)
- **"E. B. M. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 74446/2016) – Interlocutoria: 358/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 620/2014) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 [ver texto](#)



- **"ESANDI EDUARDO ENRIQUE C/ PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO S/EJECUCION DE HONORARIOS E/A PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO C/ BELTRAN PEDRO LUIS Y OTROS S/ INTERDICTO (337.031/06)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 42634/2013) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"FALLETTI AMOBLAMIENTOS S.R.L. C/ SAPAC S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 506995/2015) – Sentencia: 235/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"FELDMANN JOSÉ EDUARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3625/2012) – Acuerdo: 115/16 – Fecha: 15/11/2016 [ver texto](#)
- **"FORTUNATI MARCELO DANIEL C/ DPS S.A. Y OTROS S/ PRUEBA ANTICIPADA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508613/2016) – Interlocutoria: 06/2017 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"GALVAN CARLOS HORACIO C/ SUPERCONGELADOS DEL SUR S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 471820/2012) – Sentencia: 251/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"GARCÍA OMAR PABLO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 34361/2015) – Sentencia: 139/16 - Fecha: 26/12/2016 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ MARIO ALBERTO C/ ROMANO DANIEL ALBERTO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 513714/2016) – Interlocutoria: 02/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ VIVIANA MONICA Y OTROS C/ FRUTIC. UNIDOS CENTENARIO S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468626/2012) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"GUEVARA MARIELA VANESA C/ OBRA SOCIAL CAMIONEROS TR. AUTO S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 470192/2012) – Sentencia: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"GUTIERREZ RICARDO ANTONIO C/ A.I. S.R.L. SOBRE DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 414884/2010) – Sentencia: 17/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)



- **"H. M. C. N. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 78355/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"HERRERA RAMON OSVALDO C/ MACHADO FERNANDO S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 443499/2011) – Interlocutoria: 461/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"HIGUERA JESSICA PAOLA C/ ELFI CLAUDIO CRISTIAN MARCELO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 470768/2012) – Sentencia: 16/17 – Fecha: 07/02/2017 [ver texto](#)
- **"J. T. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 78484/2016) – Interlocutoria: 391/16 – Fecha: 20/12/2016 [ver texto](#)
- **"LAGUZZI LISANDRO Y OTRO C/ RAINA MARIA FLORENCIA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 501686/2014) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 310/00) **"EPIRO S.A. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 185/01) y **"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte. N° 116/00) – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 310/2010) – Acuerdo: 101/16 – Fecha: 28/10/2016 [ver texto](#)
- **"LOPEZ BEATRIZ AZUCENA C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468210/2012) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"LOPEZ GERARDO MATIAS C/ O.P.S. SACI S/ DESPIDO INDIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 7360/2015) – Sentencia: 09/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **"LUCHINO LUCIANO OSMAR S/ HOMICIDIO CULPOSO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 17883/2016) – Acuerdo: 19-16 – Fecha: 24/11/2016 [ver texto](#)
- **"MARIN ARTURO C/ HALCAK ENRIQUE S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 500999/2013) – Sentencia: 229/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)



- **"MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 476113/2013) – Sentencia: 26-17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"MIGANI JORGE LUIS C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 428443/2010) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"MOZETIC EDUARDO OMAR Y OTRO C/ MACIEL JUAN ANGEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACION (COMODATO, OCUPACION, ETC)"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 2569/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 26/10/2016 [ver texto](#)
- **"N. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 16274/2016) – Sentencia: 138/16 - Fecha: 26/12/2016 [ver texto](#)
- **"NAHUEL MARIA MIRTHA; SILVA MARCIANO S/ USURPACION"** - Tribunal de juicio – (Expte.: 15455/2015) – Sentencia: S/N – Fecha: 09/11/2016 [ver texto](#)
- **"NEUQUEN PETRO OESTE S.R.L. C/ MEIRELLES PILQUIÑAN WALTER LUIS S/ ACCION MERAMENTE DECLARATIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509077/2016) – Interlocutoria: 06/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"NOVOA HECTOR ERNESTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2982/2010) – Acuerdo: 106/16 – Fecha: 08/11/2016 [ver texto](#)
- **"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA SA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469265/2012) – Sentencia: 14/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"PALACIO LUIS ALBERTO C/ PICCOLO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 421755/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 02/03/2017 [ver texto](#)
- **"PANESSI HUGO OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 8356/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/10/2016 [ver texto](#)
- **"PEDRAZA MASSO FRAVEGA AGUSTIN PABLO Y OTRO C/ ASOCIACION MUTUAL 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 515680/2016) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)



- **"PÉREZ JUANA C/ ENTE PROVINCIAL DE TERMAS S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2750/2009) – Acuerdo: 117/16 – Fecha: 28/11/2016 [ver texto](#)
- **"PEREZ MANUEL EDUARDO C/ STEKLI SARITA SENOBIA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419104/2010) – Sentencia: 234/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CALA JOSÉ RICARDO Y OTROS S/ ACCIÓN DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2430/2008) – Acuerdo: 121/16 – Fecha: 06/12/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VAZQUEZ ANA TEODORINDA S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3636/2012) – Acuerdo: 111/16 – Fecha: 14/11/2016 [ver texto](#)
- **"QUEVEDO EDITH LILIANA C/ METALURGICA PESADA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 507984/2016) – Interlocutoria: 23/17 – Fecha: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"RODRIGUEZ DAMIAN - RODRIGUEZ JUAN y JADULL CRISTIAN S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS Y POR ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSIA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 55430/2015) – Sentencia: 136/16 - Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)
- **"ROMERO VICTORIA Y OTRA S/ INCIDENTE DE ELEVACION (INC 43370/2015 "ROMERO VICTORIA Y OTRA C/ ORTEGA MABEL ELISABETH S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 43477/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fechas: 14/02/2017 [ver texto](#)
- **"RUIZ ANTONIO C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 450402/2011) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 07/02/2017 [ver texto](#)
- **"SANCHEZ JOSE ROBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Juzgado Laboral N° 5 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 473215/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 31/10/2016 [ver texto](#)
- **"SCHNEIDER NESTOR FABIAN C/ RETAMAL MARTINEZ LAURA M. 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.: 454249/2011) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)





- **“SEPULVEDA REBOLLEDO HERNAN ALVARO S/ INV. HOMICIDIO CULPOSO (VTMA. TEUSCHER MARIA TERESA)”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 56424/2015) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 29/11/2016 [ver texto](#)
- **"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 547246/2016) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 21/02/2017 [ver texto](#)
- **"SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 8003/2014) – Acuerdo: 33/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"SORO MARIA ESILDA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3304/2011) – Acuerdo: 125/16 – Fecha: 21/12/2016 [ver texto](#)
- **"STANMER CLAUDIO ALEJANDRO C/ OLIVA HORACIO EMILIO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 369335/2008) – Sentencia: 256/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"SUAREZ ELVIO ORLANDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 514551/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53384/2016) – Interlocutoria: 13/17 – Fecha: 02/02/2017 [ver texto](#)
- **“TARIFEÑO GISEL ROXANA C/ OFAK JOSE LUIS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS 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.: 477049/2013) – Sentencia: 288/16 – Fecha: 29/12/2016 [ver texto](#)
- **"TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. C/ RUIZ JOSE ANTONIO Y OTRO S/ SUMARISIMO ART. 321 C.P.C.C."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 448465/2011) – Sentencia: 220/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **“TORRESAN BRUNO MATEO S/ LESIONES CULPOSAS (ART.94)- UFAG (J.P.E.)”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 32574/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 30/11/2016 [ver texto](#)
- **"VELTRI DIEGO C/ OPS S.A.C.I. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 469996/2012) – Sentencia: 224/16 – Fecha: 15/12/2016 [ver texto](#)
- **"VENTURA LEANDRO JOSÉ MARIA Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3293/2011) – Acuerdo: 107/16 – Fecha: 08/12/2016 [ver texto](#)



- **"VILLALON ESCUDERO HECTOR R. C/ HERNANDEZ BERNARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 453486/2011) – Sentencia: 244/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)
- **"YPF S.A. C/ SABATEL VALENTIN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 504781/2012) – Interlocutoria: 399/16 – Fecha: 27/12/2016 [ver texto](#)
- **"ZAPATA NORMA NELIDA C/ OBREQUE RODRIGO JULIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468756/2012) – Sentencia: 239/16 – Fecha: 01/12/2016 [ver texto](#)

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







**"LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. N° 310/00) "EPIRO S.A. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. N° 185/01) y "LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. N° 116/00) – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 310/2010) – Acuerdo: 101/16 – Fecha: 28/10/2016**

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

OBRA PÚBLICA. INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO. EMPRESA CONTRATISTA. CONTRATO DE OBRA. CESION DE DERECHOS. FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA. EMPRESA CESIONARIA. ACUERDO TRANSACCIONAL CON EL IPVUN. VALIDEZ DEL ACUERDO. PAGOS. ASINCRONISMO. FALTA DE PRUEBA.

- 1.- La demanda interpuesta contra Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén por la firma EPIRO S.A. quien petitionó el reconocimiento del derecho al rubro “deslizamiento o recomposición de precios”, por los períodos de abril de 1991 a julio de 1992, con más los intereses, por las obras individualizadas como “30 viviendas Chos Malal” y “39 viviendas en Andacollo” debe ser rechazada, puesto que cedió los contratos de obra a la firma LEOMAN S.R.L. por los que aquí acciona y, por lo tanto, carece de legitimación activa para reclamar.
- 2.- La demanda interpuesta contra Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén por la empresa LEOMAN S.R.L. quien pretende el pago de la indemnización por deslizamientos de precios producidos entre el 1/4/91 y el 31/8/92, en las obras individualizadas como “30 viviendas Chos Malal”, “39 viviendas en Andacollo”, “96 viviendas en Chos Malal” y “obra de nexos para 96 viviendas en Chos Malal” debe ser rechazada, puesto que no procede la nulidad de la transacción que celebró con la demandada en el marco de la Ley 1991, que implicaba la renuncia a los derechos que esgrime en autos. Finalmente no debe soslayarse que el acogimiento a la Ley 1991 no era obligatorio para las empresas, que siempre contaban con la opción de continuar los contratos originales en todos sus términos, incluyendo las sanciones que eventualmente correspondieren por incumplimientos contractuales.
- 3.- La demanda interpuesta por la empresa LEOMAN S.R.L. por el rubro asincronismo en el pago de las diferencias por hiperinflación, entre marzo y agosto de 1989 y enero a marzo de 1990, en las obras individualizadas como “39 viviendas en Andacollo”, “51 viviendas en barrio Perito Moreno” y “Viviendas indígenas” debe ser rechazada por falta de prueba. Ello es así, pues los elementos aportados se reducen a los reclamos de la actora y a los dictámenes en que se apoya la demanda para sustentar las pretensiones, pero en definitiva no se cuenta con las actuaciones administrativas y documentación correspondiente a la contratación. Para poder avanzar en el conocimiento de los hechos alegados, era imperioso contar con los certificados de obra, que no fueron aportados ni ofrecidos por la actora. Por lo tanto, nos encontramos ante un escollo inicial insalvable, cual es la falta de sustento probatorio de la cuantía de las diferencias que se sostenía que se adeudaban inicialmente, solamente se cuenta con la afirmación de la actora —negadas por su contraria— sobre los montos consignados al interponer el reclamo administrativo.



**Texto completo:**

ACUERDO N° 101. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva única en los autos caratulados: “LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” (Expte. N° 310/00), “EPIRO S.A. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” (Expte. N° 185/01) y “LEOMAN S.R.L. C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” (Expte. N° 116/00), en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que, a fojas 5/33 —en adelante se alude a la numeración del Expte. N° 310/00—, se presenta Leoman SRL, mediante apoderado, e interpone demanda procesal administrativa contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén (IPVUN), por la suma de \$4.199.824,26 (\$393.010,14 de monto de saldo de deuda, descontado lo percibido por Ley 1991, con más los intereses del artículo 57 de la Ley 687, al 30/8/00), con más sus intereses, gastos y costas, por el pago de la indemnización por deslizamientos de precios producidos entre el 1/4/91 y el 31/8/92, en las obras individualizadas como “30 viviendas Chos Malal”, “39 viviendas en Andacollo”, “96 viviendas en Chos Malal” y “obra de nexos para 96 viviendas en Chos Malal”, todas construidas por la actora y cuyo crédito dice que fue reconocido en las Resoluciones N° 533/92 y 847/95 del demandado.

Refiere que realizó sendos reclamos administrativos, primero ante el demandado y por recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo, y que ninguno de los dos fue contestado, lo que considera un rechazo tácito.

Comienza la fundamentación de su pretensión, exponiendo que recién en el segundo semestre de 1995 tomó conocimiento de la existencia de la Resolución N° 533/92 del IPVUN, por la cual éste había reconocido créditos a favor de varias empresas constructoras de viviendas, por los desfases financieros que se habían producido entre el 1/4/91 y el 31/8/92, a los que se les dio en llamar “deslizamientos de precios por efecto de la ley de convertibilidad”, pero que se trataba de verdaderos asincronismos, que generaron la ruptura de la ecuación económico financiera.

Narra que el organismo demandado no había notificado la existencia de la norma, pero la había remitido a los organismos del Gobierno Nacional, a fin de que se les brindaran los fondos para pagar.

Continúa mencionando que, finalmente, se habría obtenido de las autoridades nacionales la emisión de la orden de pago n° 2701, del 7/9/92, y que ignora si el pago fue efectuado, pero aduce que tal aspecto no afecta los derechos de los acreedores, pues se trata de una cuestión ajena al reconocimiento formalizado en la mencionada Resolución N° 533/92.

Aduce que el desconocimiento de la existencia de dicho acto administrativo la perjudicó de diversas formas: por un lado, no tuvo la posibilidad de actuar de inmediato para reclamar el cumplimiento de la deuda reconocida y, por otro, la carencia de esos fondos trajo aparejado un quebranto importante en las finanzas de la empresa, ante el cual debió recurrir a onerosos créditos bancarios y aceptar la propuesta del IPVUN, en condiciones realmente perjudiciales a los derechos ya adquiridos.

Explica que la adhesión a la Ley 1991 para las constructoras que estaban ejecutando obras era voluntaria sólo en apariencia. Añade que la mecánica que utilizó la Administración para precipitar la decisión de acogerse a dicho régimen fue aparentar que con sus beneficios se lograría sanear el panorama económico y financiero, pero en realidad se apuntaba a sacar al sector obrero de un atraso salarial, en tanto que al empresariado se le concedía una complicada fórmula que al final no compensaba más que un 10% de los perjuicios sufridos, a la par que se ocultaba la existencia de la Resolución N° 533/92.

Argumenta que en ese momento tenía el convencimiento, al igual que todas las demás empresas de la construcción, de que la Ley 1991 era la única fuente de reconocimiento de los deslizamientos de precios, lo cual la llevó a suscribir un acuerdo transaccional, por el cual, a cambio de una pobre retribución compensatoria, otorgada como única indemnización, renunciaba a todo otro derecho que tuviese para reclamar.

Señala que esa renuncia era una cláusula leonina, pero además era un ardid para ocultar la existencia del reconocimiento, con lo cual, se la hacía renunciar a un derecho que estaba concedido pero que no conocía.

Plantea la nulidad del convenio transaccional, que reconoce haber suscripto, pero en una situación de error y fuerza moral.

Caracteriza como error esencial en el consentimiento a la antes referida falta de notificación de la Resolución N° 533/92, que la condujo a adoptar una recomposición contractual de precios muy inferior a la que ya se encontraba reconocida por el IPVUN. Añade que la Ley 1991 proponía un acuerdo voluntario, es decir que no se trataba de una decisión coercitiva de la norma, por lo que la ignorancia fue de los hechos anteriores.

Encuadra como vicio de la fuerza o violencia material y moral, a la situación de quebranto financiero de la empresa, originada en las rupturas de las ecuaciones económico financieras, a partir del desquicio económico existente en la época inmediata posterior a la sanción de la ley de convertibilidad, con los constantes deslizamientos de precios de los insumos. Aclara que esa crítica situación no se debía a un mal manejo de la firma.



Explica que debió recurrir al crédito, que luego se transformó en una “bola de nieve” que la condujo a graves inconvenientes, que ponen en riesgo su estabilidad.

De tal forma, aduce que la negociación del acuerdo transaccional no contó con el ingrediente de libertad que debieron tener los directivos de la empresa sino que obraron bajo la amenaza de sufrir un daño grave e inminente, un estado de necesidad.

Por otra parte, sostiene que el error fue esencial, dado que no habría aceptado el acuerdo y renunciado a reclamos posteriores, si hubiera sabido acerca del crédito reconocido por la Resolución N° 533/92.

Tacha a la omisión de la notificación de ese acto como contrario a la debida publicidad de los actos de gobierno, configurando un incumplimiento para el cual no encuentra justificación válida.

Califica como excusable al error alegado, en tanto no se le dio oportunidad para conocer el acto de reconocimiento anterior, con lo cual habría tenido una posibilidad de opción válida para determinar el camino a seguir.

Plantea que el pago efectivizado por el IPVUN a consecuencia del acogimiento a la Ley 1991 debe ser imputado como pago a cuenta.

Considera que la doctrina de los actos propios resulta aplicable a la Resolución N° 533/92.

II.- A fojas 44/45 se declara la admisión formal de la demanda (RI N° 3044/01).

III.- Ejercida la opción procesal de la parte actora por el procedimiento ordinario (fojas 47/48), se corre traslado a la contraria y al Fiscal de Estado.

La accionada contesta la demanda a fojas 56/62 y solicita su rechazo, con costas.

Formula las negativas rituales y reconoce que la actora ejecutó las obras individualizadas como “30 viviendas en Chos Malal”, “39 viviendas en Andacollo”, “96 viviendas en Chos Malal” y “Obra nexos para 96 viviendas en Chos Malal”.

También reconoce que suscribió con la accionante un acuerdo transaccional, en el que ésta renunció a todos los derechos y acciones que le pudieran corresponder por el efecto de la presunta ruptura económico financiera por deslizamiento de precios, como así también, a las acciones y/o reclamos por atrasos de obras, a partir del día 1/4/1991. Añade que dicho convenio fue el resultado de las tramitaciones que el actor llevó a cabo ante las autoridades del IPVUN.

Remarca que los reconocimientos que realizaba la Ley 1991 estaban sujetos a que los contratistas se adhieran a ella libre y voluntariamente, para lo cual debían suscribir un convenio transaccional por el cual renunciaban a todo tipo de reclamos anteriores.

Explica que se disponía de un plazo de 60 días para acogerse al régimen y quienes decidían continuar con los reclamos, podían hacerlo sin inconvenientes, pero no podían aspirar a los beneficios de la Ley 1991.

De seguido, narra que hasta el 1/9/92 los organismos ejecutores (IPVUN) elaboraban los proyectos para la construcción de planes de vivienda, los que se remitían para su aprobación a la SVOA (Secretaría de Vivienda y Ordenamiento

Habitacional de la Nación), que estudiaba el pedido de financiamiento y otorgaba o no la aptitud técnica y financiera; en caso de aprobación, remitía los fondos necesarios para ejecutar el proyecto.

Continúa refiriendo que las empresas contratistas, una vez notificadas de la aprobación del proyecto, comenzaban a ejecutar la obra en cuestión, efectuándose las mediciones del avance físico de la obra, certificando el organismo de contralor tal avance para efectivizar el pago del crédito a la empresa. Añade que, atento a que nuestro país se vio afectado por períodos inflacionarios e incluso hiperinflacionarios, una vez abonados los certificados básicos, se procedía luego a certificar por mayores costos, a fin de minimizar los efectos de la inflación en la ecuación económico financiera de la empresa.

Dice que ello fue así hasta la sanción de la Ley de Convertibilidad, en abril de 1991, que prohibió las cláusulas de indexación, dejando los contratos a valores fijos, sin perjuicio de lo cual, habrían existido deslizamientos en los precios de los insumos, cuyo reclamo fue efectuado por las empresas y la Cámara de la Construcción de Neuquén. Agrega que, como consecuencia de ello, se realizaron numerosos trámites ante la SVOA, entre los cuales la actora apunta a la existencia de la Resolución N° 533, pero de hecho no se ha presentado en causa alguna ningún original ni copia certificada de ella, solamente habría una copia sin firma ni legalización, lo que hace presumir que el emisor no la suscribió ni tampoco la notificó, resultando por ende inexistente.

Sostiene que la realidad es que la SVOA originalmente había dispuesto de un monto a afectar a las obras en cuestión por el deslizamiento de precios, aun cuando nunca emitió una resolución expresa en su propio ámbito, que comprendiese a todas las empresas. Explica que, por una cuestión de discrecionalidad política, oportunamente decidieron en forma unilateral que no dispondrían de los fondos para ese fin.

Reseña que la Provincia, por tratarse de una ventaja adicional a empresas del medio, les gestionaba el reconocimiento, en la medida en que la SVOA mandaba los fondos, así el trámite en cuestión en principio existió para formalizar los reconocimientos de la SVOA, pero ante la suspensión de los giros, nunca habría sido suscripta la Resolución N° 533/92, por lo que tampoco podía ser notificada.

En cuanto a la Resolución N° 847/95, indica que la actora estaba excluida por no ser destinataria, al haber firmado oportunamente el convenio transaccional.

Argumenta que los derechos son tales y si la parte que tiene sobre ellos una expectativa, luego los renuncia, estén o no reconocidos, se gestione o



no su materialización o pago, tenga éxito o no esa gestión; si son renunciados, no hay otra actitud posible que convalidar esa renuncia y el IPVUN no tiene por qué pagar nada. Agrega que la actora, persona capaz y en ejercicio de sus facultades, renunció a sus derechos, estuvieran o no en expectativa de reconocimiento y si ahora argumenta haberse equivocado o que no conocía su derecho, eso es admitir su propia torpeza.

Dice que no cabe volver en esta instancia a discutir si la actora tenía o no derechos en expectativa, pues eso no está en discusión, mas advierte que no existe una sola norma legal de carácter nacional que sustente los derechos del deslizamiento de precios por sí mismo, que no se ha dado en ninguna de otras actividades comerciales, se opone a lo normado en el artículo 1633 del Código Civil y a la Ley de Convertibilidad, por lo que considera solamente una actitud displicente de la Administración, los eventuales reconocimientos que en tal sentido otorgó, aun los de la propia Ley 1991.

Cita el Acuerdo N° 794/01, en causa “Fattorello”, que entiende guarda analogía con este caso y en el cual la demanda fue rechazada.

Niega la presencia de un error esencial.

Opone la prescripción, según el artículo 191 de la Ley 1284, alegando que se encuentran ampliamente cumplidos los plazos, aun teniendo en cuenta la suspensión operada en virtud de las reclamaciones administrativas. Para ello, inicia el cómputo a partir de la celebración del convenio transaccional, en el año 1993.

Por su parte, la Fiscalía de Estado contesta a fojas 64/73, propiciando también el rechazo de la demanda, con costas.

Formula las negativas rituales y brinda sus argumentos.

Resalta que la actora no puede válidamente invocar a su favor la Resolución N° 847/95 del IPVUN, ya que expresamente excluyó de su alcance a las empresas que hubieran suscripto convenios transaccionales bajo el régimen de la Ley 1991.

Rechaza la pretensión de anulación del convenio porque dice que la normativa legal y las cláusulas del convenio tipo son claras y terminantes, por lo que no puede sostenerse en forma creíble que la empresa lo haya firmado bajo error y fuerza moral.

Interpone defensa de transacción y renuncia del derecho.

Argumenta que si, como dice la actora, existía la Resolución N° 533/92 y no la conocía, sí sabía que tenía un monto de dinero para reclamar al IPVUN, pero voluntariamente decidió la transacción porque la consideró conveniente a sus intereses, ya que era una forma inmediata de percibir dinero, reprogramar las obras y no responder por sus incumplimientos contractuales.

Agrega que si la actora no estaba conforme, previo a suscribir el acuerdo, podría haber averiguado el estado de su reclamación administrativa, lo cual hacía a su carga e interés.

Alega que si la actora renunció a percibir la diferencia entre la suma de dinero acordada y aquella que había reclamado, también se vio beneficiada con la renuncia del IPVUN a reclamar el incumplimiento contractual y la reprogramación.

Señala que en la hipótesis de ser dejado sin efecto el convenio, como pide la actora, sería innegable que el IPVUN tendría derecho a reclamar las sumas surgidas de los incumplimientos contractuales de la actora, a raíz de la reprogramación de la obra.

Invoca y cita fragmentos del precedente del Acuerdo N° 794/04, en autos “Fattorello”.

IV.- A foja 81 se abre la causa a prueba y, a foja 96 se clausura el período probatorio.

V.- Mediante la RI N° 4042/04 se ordenó la acumulación a los presentes actuados de los autos “Epiro SA c/Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén s/acción procesal administrativa” (Expte. N° 185/01), disponiendo la continuación de su tramitación por separado hasta que se encuentre en condiciones de dictar sentencia, la que será emitida en un pronunciamiento único para ambos procesos.

Concomitantemente, se dispuso la suspensión de las presentes actuaciones hasta que se diera cumplimiento a lo antes dispuesto (cfr. fojas 219/220).

VI.- A fojas 240/245, en el expediente N° 185/01, acumulado según lo descripto en el párrafo anterior, se presenta Epiro SA, mediante apoderada, e interpone demanda procesal administrativa contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén (IPVUN), pretendiendo el reconocimiento del derecho al rubro “deslizamiento o recomposición de precios”, por los períodos de abril de 1991 a julio de 1992, con más los intereses, por las obras individualizadas como “30 viviendas Chos Malal” y “39 viviendas en Andacollo”.

En tanto en la demanda no se determinó el capital de la pretensión, cabe precisar ahora que en la pericia contable realizada en autos se estimó que aquél ascendía a \$40.826,97 (cfr. a fojas 598/599).

Explica la actora que, pese a existir un acto administrativo aprobatorio de derechos, en sede administrativa se le han negado en forma ilegítima los derechos a cobrar las acreencias.

Asimismo, pretende la determinación de la deuda proveniente de la omisión en la emisión del certificado de pago por recomposición de precios de abril de 1991 a julio de 1992, con más los intereses previstos por el artículo 57 de la Ley de

Obras Públicas, a la tasa de descuento de certificado de obra pública capitalizada (Decreto N° 4440) y el impuesto al valor agregado correspondiente.

Todo con costas.

Narra que ejecutó las obras mencionadas, según contratos suscriptos con el IPVUN y planteó reclamo ante dicho organismo en el expte. N° 2460-



14934/92, alcance 2/95, que no fue resuelto. Añade que, ante la denegatoria tácita, con fecha 14 de septiembre de 2000, formalizó el recurso ante el Gobernador, en expte. N° 2100-60845/00.

Dice que por Resolución N° 533/92 se había producido el reconocimiento, pero la misma desapareció de los archivos del IPVUN, no habiendo tomado conocimiento de ella su parte, sino hasta el año 1995.

Manifiesta que, no obstante, se trató de un acto administrativo que tuvo ejecución, por cuanto el propio IPVUN inició y tramitó dos expedientes de pedido de financiamiento ante la SVOA, en el año 1992 (exptes. N° 1800/92 y 1653/92), sobre la base de dicho reconocimiento.

Expresa que la metodología utilizada para solicitar el financiamiento estaba prevista por la Resolución N° 154 de la SVOA y el requisito más importante era que el IPVUN no podía solicitar el reconocimiento de un derecho litigioso, sino que debía estar reconocido por acto administrativo firme del IPVUN.

Apunta que tal acto administrativo fue la Resolución N° 533/92, para generar la solicitud de financiamiento, que a su vez está avalada por el entonces Gobernador de la Provincia, conforme lo exigía la SVOA (expte. N° 1653/92).

Resume que, de tal forma, los antecedentes y la propia Resolución N° 533/92 junto a las planillas de cálculos por obra y por empresa, formaron parte de expedientes de la SVOA, de los que la actora fue tomando conocimiento a partir del año 1995.

Señala que la metodología de cálculo utilizada por el IPVUN para la aprobación del crédito, fue controlada por la SVOA y la encontró técnicamente razonable (informe Huarte expte. N° 1800/92).

Menciona que en el listado de empresas que son acreedoras de tal crédito, Epiro SA aparece con acreencias a las que debían adicionarse los intereses previstos por la Ley de Obras Públicas.

Refiere que la Resolución N° 533/92 es un instrumento público y obra agregada en el expte. N° 1800/92 de la SVOA, que llegó a conocimiento de la parte con motivo de la investigación instructoria realizada en autos “Tosello, Juan José s/denuncia”, del Juzgado de Instrucción N° 6.

Añade que en esa causa se agregaron antecedentes tales como la orden de pago librada en el expte. N° 1800/92 SVOA, que no se habría podido iniciar ni tramitar sin la resolución aprobatoria de derechos en el ámbito provincial, Resolución N° 533/92. Dice que la copia de esa Resolución fue agregada a la causa penal recién en 1998, con el expte. N° 1653/92 de la SVOA.

Reseña que los antecedentes y pruebas que surgieron de la investigación penal fueron tomados como base y ponderados por el IPVUN para dictar la Resolución N° 847/95, mediante la cual se convalidó el reconocimiento del rubro recomposición de precios de la Resolución N° 533/92. Dice que en la nueva Resolución se dictó un reconocimiento general, expresándose que se debería dictar en cada caso particular una resolución que admitiera, hiciera procedente y corriente el crédito correspondiente. Así, narra que Epiro SA solicitó que se emitiera en forma inmediata el certificado de pago del rubro reclamado, con resultados negativos.

Enumera la documentación obrante en la causa penal, que considera que es ratificatoria del reclamo y obra en original en el Juzgado de Instrucción N° 6.

Explica que el fundamento del reconocimiento por recomposición, deslizamiento o variación de precios de las obras durante el período en análisis es la necesidad de mantener la ecuación económico-financiera de la obra que fue realizada y concluida quedando pendiente dicho rubro.

En apoyo de su tesis cita los dictámenes contable y legal del IPVUN, que obran en el expte. N° 2460-14934/92, incorporados al expte. N° 1653/92 de la SVOA, ya mencionado. Indica que de allí se desprende la fundamentación y metodología de cálculo con las cuales se dictó la Resolución N° 533/92.

Concluye que desde este análisis de la procedencia del reclamo se destaca con claridad la nulidad de los actos denegatorios y su arbitrariedad, ya que no existe razón legal para que no se emita el certificado correspondiente.

VII.- Mediante RI N° 3480/02 se declaró la admisibilidad formal de la acción procesal administrativa de Epiro SA, descripta en el apartado anterior (fojas 273/274).

VIII.- A fojas 288/290, el IPVUN contesta el traslado de la demanda de la empresa Epiro SA, postulando su rechazo, con costas a la accionante. Formula consideraciones previas relativas a la improcedencia de reconocer la recomposición o deslizamiento de precios. En tal sentido, cita el artículo 1633 del Código Civil y la Ley Nac. 24.283.

Señala que la actora no hizo reserva alguna al momento de abonarse el último certificado de pago que concluía el 100% de las obras que menciona.

Destaca que la demanda no se haya fundado en leyes nacionales ni provinciales, sino en normas inferiores a los decretos.

Finalmente, formula las negativas rituales.

Por otra parte, a fojas 301/312 obra la contestación de demanda de la Fiscalía de Estado, que también propicia su rechazo, con costas.

Interpone excepción de falta de legitimación activa manifiesta, en tanto la actora efectuó la cesión de los contratos de obras en cuestión a la firma Leoman SRL. Añade que esas cesiones fueron debidamente notificadas y luego aprobadas por sendas Resoluciones del IPVUN, por Resolución N° 619/92 se aprobó la de la obra “39 viviendas e infraestructura en Andacollo” y por Resolución N° 620/92 la de la otra obra, “30 viviendas e infraestructura en Chos Malal”.





Resalta que en las cesiones, Epiro SA no hizo ninguna reserva sobre créditos que quedaran pendientes a su favor y que, de tal forma, se cedieron todos los derechos, acciones y obligaciones.

En forma subsidiaria, formula las negativas rituales y reedita los argumentos que presentara al contestar la demanda instaurada por Leoman SRL, que ya fueran repasados más arriba.

IX.- A fojas 316/322, Epiro SA postula el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa, opuesta por la Fiscalía de Estado.

Sostiene que lo cedido fue el saldo sin ejecutar de los contratos de obra pública —los derechos y acciones pendientes— y, a partir de la fecha de la cesión, la contratista fue Leoman SRL.

Rechaza que se hubieran cedido los créditos que pudieran surgir de la obra ejecutada por Epiro SA, por cuanto resulta imposible la cesión de contratos ya ejecutados o finalizados —cuyos certificados de obra habían sido abonados—, en este caso, el 41,64% de la obra de Andacollo y el 17,82% de la de Chos Malal, que fueron llevados a cabo durante el período que abarca la recomposición de precios.

Dice que debe distinguirse la cesión de créditos, que no se realizó, de la cesión de contratos en su parte pendiente de ejecución.

Expone que el reconocimiento de mayores costos o variaciones de precios no hace más que completar el certificado de obra y sólo puede existir con él, lo cual determina su naturaleza accesorio.

Por tal motivo, concluye que la pretensión sobre mayores costos, accesorio a los certificados de obra ejecutada por Epiro SA, no puede considerarse incluida en la cesión de los contratos de obra pública.

IX.1.- A fojas 339/341, el demandado adjunta copia certificada del acta —de fecha 19 de noviembre de 2003— presentada por Epiro SA ante el IPVUN, en la cual se protocoliza el acta de Directorio 113, que ratifica la cesión efectuada a favor de Leoman SRL de la obra denominada “39 viviendas e infraestructura en Andacollo” y desiste de las acciones y derechos que le pudieran corresponder en dicha obra.

A fojas 380/382, la actora Epiro SA manifiesta que dicha acta estaba referida al rubro asincronismo y no a la pretensión deducida en autos, sobre la cual no ha efectuado desistimiento alguno.

IX.2.- Mediante RI N° 4406/04, obrante a fojas 384/386, se dispone la formación de un incidente para la debida sustanciación y prueba de la cuestión relativa a la titularidad del crédito, que se atribuyen tanto Leoman SRL como Epiro SA.

Dicho incidente corre por cuerda a las presentes actuaciones, bajo número de expediente 1374/4.

En el legajo mencionado, Leoman SRL resalta que Epiro SA desistió de la acción y del derecho respecto de su reclamo por las “39 viviendas en Andacollo”, según el acta de Directorio N° 113 adjuntada al principal.

Sostiene que, por consiguiente, las pretensiones de ambas empresas se superponen únicamente por la obra de “30 viviendas en Chos Malal”.

Repasa los términos del contrato de cesión de obra y venta de materiales puestos en obra celebrado el 30 de junio de 1992 entre las dos constructoras, resaltando que la cesión incluyó todos los derechos y obligaciones que Epiro SA poseía a la firma del acuerdo.

También destaca que, al comunicar la cesión al IPVUN, Epiro SA manifestó que las obras se encontraban con sus certificaciones abonadas totalmente al 15/6/92.

Acompaña los contratos y las notas de comunicación referidas.

Pide que al dictarse sentencia se tenga presente el desistimiento con respecto a la obra de Andacollo y se rechacen las pretensiones sobre la de Chos Malal.

Por su parte, Epiro SA reitera en este incidente que la cesión de la obra no comprendió la recomposición de precios por la parte de las obras ejecutada por esa empresa, en períodos anteriores, lo cual sería una cesión de créditos que no quedó expresamente plasmada en los convenios.

Niega nuevamente que haya desistido de las acciones correspondientes a la obra en Andacollo, ya que la aludida manifestación del Presidente de Epiro SA se refería al rubro asincronismo y nada tiene que ver con la pretensión esgrimida en esta causa.

X.- A foja 443 se abre la demanda de Epiro SA a prueba, período que fue clausurado a foja 621.

XI.- Puestos los autos a disposición de las partes para alegar, Epiro SA lo hace a fojas 635/639; el IPVUN, a fojas 640/64; la Fiscalía de Estado, a fojas 642/643, y la empresa Leoman SRL, a fojas 644/650.

XII.- Corrida la vista correspondiente, el Fiscal del Tribunal, opina, a fojas 654/663, que la demanda debe ser rechazada.

XIII.- A foja 709 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.

XIV.- Por otra parte, corresponde ahora repasar el expediente N° 116/2000, caratulado: “Leoman SRL c/Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén s/acción procesal administrativa”, en el cual se dispuso, a fojas 162, la suspensión del llamado de autos, para que se dictara una sentencia única con el expte. N° 310/00, cuyas constancias fueran reseñadas precedentemente.

A fojas 5/23 —en lo sucesivo la referencia corresponde al expte. N° 116/00—, se presenta Leoman SRL, mediante apoderado, e interpone demanda procesal administrativa contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén (IPVUN), por la suma de \$1.851.172,10, con más sus intereses, gastos y costas, por el pago de las diferencias por hiperinflación, entre marzo y agosto de 1989 y enero a marzo de 1990, en las obras individualizadas como “39 viviendas en Andacollo”, “51 viviendas en barrio Perito Moreno” y “Viviendas indígenas”, todas



construidas por la actora.

Más adelante puntualiza que la pretensión está conformada por la suma de \$1.851.170,48, cifra calculada al 4/10/99, con más la actualización por intereses calculados de la misma forma que se ha hecho en el expediente administrativo N° 2100-40330/98, con gastos y costas.

Cabe hacer un paréntesis en el relato actoral, para precisar que según surge del expte. N° 2100-40330/98, recién mencionado, el capital reclamado por la empresa en sede administrativa, estimado por ella misma al 31/3/91, por las 3 obras incluidas en esta demanda, asciende a \$187.523,43 (cfr. fojas 66/67 del expte. cit.).

Se reanuda la reseña, mencionando que la actora narra que, ante la ruptura de la ecuación económica financiera producida en los períodos hiperinflacionarios de los años 1989 y 1990, la Cámara Argentina de la Construcción realizó una reclamación ante el IPVUN, la que se tramitó en el expediente administrativo N° 2714-11036/91, en el cual se constituyó una comisión mixta para estudiar la solución al problema. Agrega que el trámite llegó en el año 1995 a la sanción de la Resolución N° 800/95 del IPVUN, que estableció la metodología a cumplir por las empresas reclamantes para determinar el monto que correspondería abonar.

Refiere que, en cumplimiento de dicha metodología, inició el expediente administrativo N° 2460-28556/95 por ante el IPVUN, donde realizó el reclamo de pago y acompañó los cálculos practicados a tal fin, no obstante ese expediente no tuvo una tramitación regular y no se le dio respuesta alguna.

Dice que ante ello, consideró rechazada en forma tácita su petición e interpuso un recurso jerárquico ante el Gobernador, formándose el expte. N° 2100-40330/98. Describe que esas actuaciones tramitaron con relativa normalidad hasta llegar al punto de la decisión final, quedando paralizadas desde el mes de noviembre de 1999, sin haber obtenido una resolución concreta.

Menciona que en el referido expediente se llegó a contar con dictamen favorable de la Asesoría General de Gobierno y con liquidación de deuda a pagar determinada por la Contaduría General de la Provincia, la Dirección de Trabajos Públicos y la Dirección de Finanzas; agrega que inclusive se contaba con un proyecto de Decreto a sancionar. Señala que todas esas intervenciones y trámites determinaban el monto a pagar disponiendo que se hiciera en dinero en efectivo y que la Contaduría General estableció la metodología para liquidar intereses por mora desde el 31/3/91 hasta el 30/9/99, según el artículo 57 de la Ley 687.

Transcribe algunos de los dictámenes mencionados.

Sigue recordando que, ante las demoras, envió sendas cartas documento al IPVUN y el Ministro de Economía, en las cuales solicitó la resolución de los reclamos. Cita el texto de las misivas.

Repasa constancias del expediente N° 2714-11036/91, en el cual dice que se emitieron dos dictámenes en distintas épocas y los mismos reconocían antecedentes distintos por el cambio de legislación de referencia.

Transcribe la Resolución N° 800/95 de la Presidencia del IPVUN y señala que la norma reconoció la existencia del crédito, lo aprobó y fijó la forma de realizar el cálculo hasta el 31 de marzo de 1991, a partir de esa fecha corresponde que se apliquen los intereses hasta el efectivo pago.

Rechaza que el pago se haga con bonos de consolidación de la Ley 1947, ya que los mismos eran procedentes en el estado de emergencia económica que dio lugar a la sanción de la norma, pero esa emergencia no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo porque los actos posteriores demostraron que la Provincia la había superado. Menciona como ejemplo, que la Provincia haya percibido una importante suma como indemnización por diferencias de liquidaciones de regalías hidrocarburíferas y también haya realizado obras.

XV.- Mediante RI N° 3423/02 se declaró la admisibilidad formal de la acción (fojas 58/59).

XVI.- Ejercida la opción procesal de la parte actora por el procedimiento ordinario (foja 63), se corre traslado a la contraria y al Fiscal de Estado.

Este último toma intervención en los términos del artículo 1 de la Ley 1575, a foja 68.

El accionado contesta la demanda a fojas 72/75 y solicita su rechazo, con costas.

Realiza consideraciones previas relativas a la improcedencia de reconocer asincronismos, recomposición o deslizamiento de precios. En tal sentido, cita el artículo 1633 del Código Civil y destaca que con cada certificado de obra mensual la actora percibió el ajuste correspondiente por el índice de la construcción imperante en aquel momento (INDEC), recomponiéndose de esa forma la variabilidad del precio pactado.

Expone que este tipo de planteos se ha propuesto exclusivamente contra el Estado, en tanto no existe una sola presentación por asincronismo, recomposición o deslizamiento de precios en el ámbito del derecho privado.

Afirma que es claro que la contraria no puede entonces percibir más dinero por la misma obra.

Cita que la Ley Nac. 24.283 determinó que cuando deba actualizarse, el valor resultante no puede ser superior al real y actual de la cosa, bien o prestación.

Señala que la actora no hizo reserva alguna al momento de abonarse el último certificado de pago que concluía el 100% de las obras que menciona, lo que trasunta la conformidad del importe recibido.

Destaca que la demanda no se haya fundado en leyes nacionales ni provinciales, sino en normas inferiores a los decretos.

Finalmente, formula las negativas rituales.

Reconoce que existió un expediente administrativo N° 11036, iniciado por la Cámara de la Construcción que proponía un reconocimiento, que el





mismo si bien establece una metodología de reconocimiento que nunca fue implementada, deja sentadas pautas para el caso de un futuro reconocimiento.

También reconoce que la Resolución N° 800/95 fue emitida, pero nunca notificada, lo que la hace inexistente.

Finalmente, admite que hubieron tramitaciones con motivo de diferencias de precios en las obras en el período posterior a las mismas, pero niega el relato que realiza la actora con respecto a períodos y demás trámites, pues ello surgirá de las actuaciones que se acompañen en el período de prueba. No obstante, desconoce que sobre la base de esas tramitaciones, la actora tenga algún derecho.

Manifiesta que, sin perjuicio de ello, la contratación concluyó económicamente, en principio, con el pago del último certificado que verificó el cumplimiento del ciento por ciento de la obra. Afirma que en ese momento se concluyó el contrato, por lo que para efectuar algún reclamo relacionado al mismo en ese aspecto, debería haber estado contractualmente previsto y, en su caso, haberse efectuado la reserva pertinente, pues de otro modo se violentaría el principio de la seguridad jurídica, resultando por ello absolutamente inconsistente desde el punto de vista jurídico y práctico.

XVII.- A foja 80 se dispone la apertura del período probatorio, el cual se clausuró a foja 95.

Se ponen los autos a disposición de las partes para alegar, haciendo uso de dicha facultad, la actora, a fojas 137/139, y la demandada, a fojas 140/142.

XVIII.- Corrida vista al Fiscal del Cuerpo, se expide a fojas 144/147, propiciando que se acoja favorablemente la demanda.

XIX.- A foja 208 se reanudó 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.

XX.- Así las cosas, la primera cuestión a abordar es la legitimación activa de Epiro SA, en tanto efectuó la cesión a la firma Leoman SRL de los contratos de las obras por las cuales acciona.

Del contrato de cesión de obra, fechado el 30 de junio de 1992, surge que en su cláusula primera se estipuló que: “la cesión de dichos contratos incluye todos los derechos y obligaciones que EPIRO SA posea, a partir de la firma del presente, con la firma de los mismos con el I.P.V.U., con las condiciones de avance de obra en que los mismos se encuentran, reflejados por los certificados de obras emitidos por el I.P.V.U., que ambas empresas aceptan como elemento probatorio de la realidad del estado de las obras objeto del presente [la referencia abarca a ‘39 viviendas en Andacollo’ y ‘30 viviendas en Chos Malal’]” (cfr. copia a fojas 6/8 del expte. N° 2714-20099/M-93).

A su vez, con posterioridad, el 10 de agosto de 1992, se suscribieron sendos contratos de cesión, en este caso uno por cada obra. En dichos instrumentos no se agregan elementos relacionados con la cuestión bajo estudio (“30 viviendas en Chos-Malal”, a fojas 16/17 del expte. 2714-20099/14/66 del año 1992, y “39 viviendas en Andacollo”, a fojas 491/492 del expte. 2714-47055/78 del año 1990).

En las presentaciones administrativas por las cuales se pidió al IPVUN la aprobación de la cesión, el Presidente de Epiro SA manifestó que la obra “39 viviendas en Andacollo” se encontraba “... con su certificación al 15/6/92 abonada totalmente a Epiro SA y en avance de obra con dicho certificado de 41,6476%” (ver a foja 1 del expte. IPVUN N° 2714-20099/M/66 año 1992), mientras que, con respecto a la obra “30 viviendas en Chos Malal” también se expresó que: “La obra se encuentra con su certificación al 15/6/92 abonada totalmente a Epiro SA y en avance de obra con dicho certificado de 17,8200% (cfr. foja 481 del expte. 2714-47055/78 del año 1990).

Ambas cesiones fueron aprobadas, respectivamente, por Resoluciones N° 619/92 y 620/92 del Presidente del IPVUN (cfr. foja 37 del expte. IPVUN N° 2714-20099/M/66 año 1992 y 520 del expte. 2714-47055/78 del año 1990).

Ante un conflicto similar entre ambas empresas, la posición del IPVUN desde un comienzo fue que si no se había hecho reserva en el instrumento de la cesión sobre créditos que quedarán cautivos o reservados en forma exclusiva a favor de la cedente, resultaba que se había hecho una cesión general de todos los derechos y obligaciones que nacían del contrato de obra, aún de aquellos que estuvieran pendientes de pago (ver dictamen legal del IPVUN, a fojas 19/20 del expte. N° 2714-20099/M-93).

Así las cosas, las posiciones de las partes sobre esta cuestión han sido reseñadas más arriba.

Evidentemente, de la documentación compulsada no surge una cláusula expresa de la cesión que se pronuncie sobre qué iba a ocurrir con la titularidad de los créditos que aquí se reclaman.

Lo que sí se aprecia es que existió una genérica cesión de “todos los derechos y obligaciones” y que la cedente, Epiro SA, manifestó expresamente que las certificaciones al 15/6/92 se encontraban abonadas totalmente, sin hacer reserva de reclamos o certificaciones pendientes.

Ante este cuadro, corresponde compulsar las opiniones de la doctrina.

El Dr. Spota se ha pronunciado concluyentemente en el sentido que: “La cesión abarca todos los derechos y obligaciones del cedente. Éste no puede exigir el precio parcial de la parte de la obra realizada hasta entonces: sus derechos se han transmitido al cesionario, salvo pacto expreso en contrario (art. 1458 y arg. art. 1475)” (Spota, Alberto G., Instituciones de derecho civil, Contratos, Volumen VI, Buenos Aires, Depalma, 1981, página 90).

Así también, se registra la opinión del Dr. Marienhoff, en cuanto a que: “La ‘cesión’ autorizada en el contrato, o posteriormente por la Administración Pública, coloca al cesionario en el lugar del cedente, desvinculando a éste del contrato, incluso librándolo de toda



responsabilidad, salvo estipulación expresa en contrario” (Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, parágrafo 700, versión online AP/DOC/2368/2012).

Otros comentaristas, con apoyo en citas de reconocida doctrina, se han inclinado en el mismo rumbo, al describir que: “Hay cesión cuando se materializa la sustitución jurídica del contratista original, manteniéndose en cabeza del comitente y del contratista cesionario, los derechos y obligaciones emergentes del contrato cedido o transferido en todo o en parte. En doctrina se señala que ‘... la cesión del contrato de obra por parte del empresario significa la transmisión a otra persona de los créditos y obligaciones que corresponden y ha asumido el locador de obra, mediante contraprestación o sin ella...’ y que la cesión del contrato produce ‘... la sustitución en bloque del cesionario en la posición contractual que ocupaba el cedente (contratista originario)’” (Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, Ley 13.064 de Obras Públicas comentada y anotada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, página 171, con citas de Spota, Alberto G., Instituciones de derecho civil, contratos, y de García-Trevijano Garnica, Ernesto, La cesión del contrato administrativo. La subcontratación, y Fiorini, Bartolomé A., Derecho administrativo, t. I).

Para concluir el repaso de los juristas consultados, puede citarse que: “... cabe distinguir, entonces, la cesión del ‘contrato’ de la mera cesión de ‘créditos’, ya que esta última -como la transmisión de deudas- ‘se refieren a una relación obligacional singular, en tanto la transmisión del contrato versa sobre la posición contractual, esto es, el plexo de relaciones obligacionales generadas por él’ (Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 572). En este orden de ideas, los autores citados precisan que la cesión del contrato ‘no consiste en la suma de transmisión de créditos + transmisión de deudas, sino en la transferencia integral de la situación jurídica generada por el contrato... Antiguamente se consideraba, atomísticamente, que dicha transmisión sumaba la cesión del crédito y la asunción de la deuda (así, entre otros, Gierke, Enneccerus, Redenti, Von Tuhr), pero hoy se estima que hay un paso del contrato (Andreoli), y no la transferencia aislada de los varios elementos que lo componen)’” (Duffy, Marcelo Daniel, “La cesión del carácter de contratista en el marco del contrato de obra pública”, RDA 2001-229).

En virtud de lo expuesto, se considera que la actora Epiro SA carece de legitimación activa con respecto a las pretensiones deducidas en autos, correspondiendo rechazar su demanda en forma total.

En cuanto a las costas generadas en la tramitación del expte. N° 185/01, no se aprecian motivos para apartarse de la regla que es que se impongan a la actora vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria).

XXI.- Así las cosas, corresponde ahora abordar el tratamiento de la demanda interpuesta por Leoman SRL bajo el expediente N° 310/00.

Concisamente, la actora pretende el pago de la indemnización por deslizamientos de precios producidos entre el 1/4/91 y el 31/8/92, en las obras individualizadas como “30 viviendas Chos Malal”, “39 viviendas en Andacollo”, “96 viviendas en Chos Malal” y “obra de nexos para 96 viviendas en Chos Malal”.

Con tal objeto, plantea la nulidad del convenio transaccional celebrado en el marco de la Ley 1991, que incluyó su renuncia a todo otro derecho que tuviese para reclamar.

Dice que lo suscribió en una situación de error y fuerza moral.

Por su parte, el IPVUN concuerda en que suscribió con la accionante un acuerdo transaccional, en el que ésta renunció a todos los derechos y acciones que le pudieran corresponder por el efecto de la presunta ruptura económico financiera por deslizamiento de precios, como así también, a las acciones y/o reclamos por atrasos de obras, a partir del día 1/4/1991.

El disenso radica en que el demandado rechaza que el convenio sea nulo, sino producto de una decisión libre y voluntaria de la empresa y que quienes decidían continuar con los reclamos, podían hacerlo sin inconvenientes, pero no podían aspirar a los beneficios de la Ley 1991.

XXI.1.- En efecto, la Ley 1991 autorizó al IPVUN a ampliar los financiamientos de obras bajo el régimen FONAVI y de viviendas financiadas con recursos provinciales y a reconocer una ampliación de financiamiento sobre los trabajos ejecutados desde el 16/01/92 hasta el 15/09/92; como así también, a reprogramar las obras.

Los convenios debían contemplar para cada empresa la totalidad de las obras que las relacionan con el IPVUN, ya sean contratos finalizados, en ejecución o iniciados en el período que iba desde el 1 de abril de 1991 al 15 de noviembre de 1992.

Asimismo, las empresas debían renunciar expresamente a todo reclamo o acción a que se consideraran con derecho frente al Estado provincial, en virtud de la relación o relaciones contractuales mantenidas hasta el día de la firma del convenio.

Además, se preveía que las empresas no se acogieran al régimen y, en tal caso, debían continuar con los contratos originales en todos sus términos, pero al no efectuarse la reprogramación no se eximían de las sanciones que eventualmente correspondieran por incumplimientos contractuales.

El modelo de convenio transaccional elaborado en función de la Ley 1991 ilustra que el IPVUN ofrecía el pago de una suma de dinero en concepto de ampliación de financiamiento y las empresas renunciaban en forma expresa y amplia a todo reclamo y/o acción a que se consideraran con derecho, referente a las circunstancias que se pudieran desprender de la ruptura económico financiera por deslizamiento de los precios de los insumos, materiales y mano de obra, como así también, a las acciones y/o a los reclamos por atrasos de obras, a partir del 1° de abril de 1991.

Por su parte, el IPVUN renunciaba a cobrar los gravámenes por incumplimientos de los plazos contractuales que hubiesen correspondido en las



mismas obras.

Además, ambas partes prestaban conformidad a la reprogramación de las obras (ver a fojas 18/19 del expte. IPVUN N° 2460-14934/92, alcance 2/95).

Mediante Resolución N° 111/93, el Presidente del IPVUN aprobó el convenio transaccional con Leoman SRL, con un reconocimiento de \$252.542,34 por la ampliación de financiamiento y reprogramación de las obras incluidas en la demanda (ver a fojas 37/38 del expte. IPVUN N° 2460-28556/95, alcance 01/95).

Mientras que, la Resolución N° 847/95, invocada por la actora como reconocimiento de su reclamo, expresamente excluyó de su alcance a los contratistas que hubieran suscripto convenios transaccionales al amparo de la Ley 1991 (cfr. artículo 3° de la copia certificada de la Resolución IPVUN N° 847/95).

XXI.2.- Así las cosas, tanto el IPVUN como la Fiscalía de Estado citan en apoyo de su postura el Acuerdo N° 794/01, en autos “Fattorello”.

En función de la similitud que guarda la cuestión resuelta en dicho precedente con la que ahora llega a decisión y por compartir los argumentos desarrollados por el Cuerpo en dicho fallo, se seguirá aquí una línea semejante, haciendo remisión a su fundamentación en extenso (Ac. N° 794/01, voto del Dr. Otharán, al que adhiere el Tribunal en pleno).

Así se ha dejado sentado que, aún cuando la controversia se rige por las normas del derecho público, puede recurrirse por analogía a los artículos 832 y concordantes del Código Civil, como así también a la teoría general de las nulidades (cfr. en igual sentido Fallos 190:142).

En el precedente “Fattorello”, se abordó el alcance de la expresión “concesiones recíprocas”, mencionada en el artículo 832 del Código Civil, para puntualizar especialmente que ese requisito de la transacción no exige que los sacrificios sean iguales o equivalentes, en tanto no hay un parámetro objetivo válido para su comparación.

En consecuencia, según tal definición, aplicada a los términos del convenio celebrado, cabe concluir que en él hubo concesiones recíprocas y no conmueve tal aserto, el hecho de que las renunciaciones no sean proporcionales en su aspecto dinerario, ya que también debe haber sido ponderado el mayor o menor fundamento de los derechos respectivos. Así, la falta de igualdad numérica no invalida de por sí la transacción.

También desde el prisma de la doctrina del fallo precitado, cabe sostener que estuvo presente el requisito de que el objeto del acto esté constituido por obligaciones dudosas o litigiosas.

Se ha sostenido que: “Hace por lo tanto, a la esencia de esta figura, tender a alcanzar lo cierto, o a poner fuera de discusión una situación determinada eliminando la incerteza de la misma” (Acuerdo N° 794/01, “Fattorello”).

De tal forma, se ha explicado que también este concepto resulta tasado desde una perspectiva eminentemente subjetiva, en la cual se aprecia no solamente de la incertidumbre acerca de la legimitad misma del crédito, sino también la dificultad de probar el título de la deuda, el monto de los daños, etcétera.

Así, únicamente podría excluirse de la categoría de derecho dudoso, a aquél que haya sido reconocido y determinado en una sentencia firme que haga cosa juzgada.

Aún en el hipotético caso de que se hubiera demostrado la existencia de un reconocimiento de la Administración, a la luz del Código Civil no cabría reputar al mismo carácter constitutivo de la obligación, sino que sería meramente un mero medio de prueba que no eliminaría la res dubia y, por lo tanto no haría desaparecer la figura de la transacción (cfr. artículo 723 del Código Civil).

Se ha remarcado que: “el reconocimiento tiene el sentido de ser la comprobación de una obligación ya existente, que proviene de una causa que no se confunde con el reconocimiento mismo, limitándose su efecto a producir un medio de prueba que acredita la existencia de la obligación. Así, de suscitarse alguna divergencia acerca del contenido y alcance de la obligación, entre el acto de reconocimiento y el título primordial de la obligación que se reconoce -que es la fuente de dicha obligación-, corresponde estar al título primordial, puesto que el reconocimiento no es una nueva causa de deber” (fallo citado).

De forma tal que el reconocimiento no pondría fin a la posibilidad de controversia.

En el precedente aplicado, se ha remarcado que para que se pueda considerar que existe un reconocimiento en los términos del artículo 722 del Código Civil no es suficiente con que se consigne la causa, si no se hace lo propio con el importe o monto, en los casos de deudas de dinero.

Por lo tanto, en el acuerdo transaccional puesto en cuestión por la actora, también se verifica la existencia de derechos litigiosos o dudosos.

Sentado entonces que en el caso mediaron concesiones recíprocas, recayendo la convención sobre una obligación dudosa, cabe analizar si existió algún vicio de la voluntad.

Sucede que la transacción, en tanto constituye una especie del género contrato, puede estar afectada por los mismos vicios.

Para el abordaje del tema, también se hace remisión a los argumentos que en extenso se desarrollaron en el fallo “Fattorello”, correspondiendo puntualizar ciertas cuestiones, siempre en línea con la doctrina allí sentada.

El artículo 859 del Código Civil se refiere al supuesto en que determinados documentos, que no eran conocidos por ambas partes contratantes, pero existentes al tiempo de celebrarse la transacción, aparecen con posterioridad.

Para que un hallazgo tal pueda nulificar el acuerdo, de los documentos debe resultar que una de las partes no tenía ningún derecho sobre la cosa



litigiosa; si sólo tenía menos de lo que creyó no hay nulidad, a pesar de que existió error, no afectándose la validez de la transacción.

Se ha expresado que: “la razón de esta conclusión no es casual y debe ser entendida, en correlación a lo apuntado más arriba al analizar el alcance de la ‘reciprocidad de concesiones’ por ser indiferente a la transacción, la equivalencia de los sacrificios recíprocos, lo que conduce a la no computación del elemento cuantitativo apuntado (a más de la prudencia con que se ha manejado el legislador en todo lo referente al error)” (sentencia in re “Fattorello”).

Desde tal perspectiva, la Resolución N° 533/92 —si por hipótesis hubiera existido— no constituiría un documento de la entidad recién definida, dado que no resultaría que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso, la misma contrariamente ratificaría la existencia del derecho, reconociéndolo con un mayor alcance.

Por otra parte, no varían las conclusiones, aun cuando se analice la cuestión desde la perspectiva genérica de los vicios de la voluntad, porque dada la naturaleza y alcance del reconocimiento hipotéticamente plasmado en la Resolución N° 533/92, no se advierte en modo alguno, que la intención de la accionante se hubiera encontrado viciada.

Cabe reiterar en esta ocasión que: “[el error] tiene lugar cuando un falso conocimiento recae sobre el dato, contenido o presupuesto del acto, faltando en el acto que se debe juzgar, el conocimiento del estado de las cosas; así, la ignorancia de hecho (género que puede afirmarse, comprende al error) es, al decir de Freitas, ‘la carencia absoluta de conocimiento de lo que existía o no existía, o de lo que podía suceder relativamente al hecho que ha sido causa principal de la determinación de la voluntad’ (art. 454 del Esboço)” (fallo citado).

En el caso bajo examen, dado el carácter eminentemente declarativo y no innovativo del hipotético reconocimiento, no habría modificado la situación que evidentemente conocía el accionante, por cuanto da cuenta de que había efectuado concretos reclamos en este sentido y desde ese conocimiento podía ponderar las circunstancias para transar o no sobre sus pretensos derechos.

En definitiva, la hipotética Resolución N° 533/92 (receptada con posterioridad por la N° 847/95, que excluye expresamente a la actora) poseería un carácter meramente probatorio de una obligación anterior, que según la pretensión de la accionante tenía su causa en el deslizamiento de precios acaecido en la ejecución de los contratos de obra pública, de todas cuyas circunstancias tenía conocimiento la actora.

De la misma lectura de la Resolución N° 847/95 surge la existencia de los mentados reclamos que habían sido efectuados por los contratistas, con lo cual no puede válidamente sostenerse el desconocimiento del monto real comprometido, puesto que evidentemente tal aspecto venía siendo analizado en la tramitación administrativa.

Así cabe citar que: “En consecuencia, idéntico fue el conocimiento del estado de cosas frente a una y otra disposición [supuesta Resolución N° 533/92 y Resolución N° 847/95], desde donde la alegada ignorancia o error en que se dice haber incurrido, no tendría otra explicación sino que proviene de una negligencia culpable del accionante, que como tal, no puede ser alegada para obstar a la validez del acuerdo transaccional. Si erró el accionante lo fue inexcusablemente, y por lo tanto al no estar justificado el error, mal puede invocarse en sustento de la pretensión de nulidad. Por los mismos argumentos, cabe descartar la presencia de dolo. En efecto, partiendo de la premisa que el dolo tiene por objeto inducir al error, su estrecha vinculación con aquel lo presenta como un tipo de error, el provocado. Por ende, y si conforme se expusiera, al no haber mediado error o ignorancia, se encuentra en el caso ausente toda posibilidad de engaño, deviene igualmente inoperante su alegación.” (Acuerdo N° 794/01).

Finalmente, no cabe detenerse demasiado en el planteo de la existencia de fuerza moral.

Ello, toda vez que el cuadro que ilustra la actora no pasa de ser una narración, sin ninguna prueba que avale su efectiva existencia, de la declamada situación de quebranto financiero de la empresa.

Finalmente no debe soslayarse que el acogimiento a la Ley 1991 no era obligatorio para las empresas, que siempre contaban con la opción de continuar los contratos originales en todos sus términos, incluyendo las sanciones que eventualmente correspondieren por incumplimientos contractuales.

Del desarrollo efectuado se desprende que en el caso se reunieron todos los elementos necesarios para la válida existencia de una transacción, y asimismo ha quedado demostrada la ausencia de causa que permita decretar su nulidad.

Desestimado así el planteo actoral, opera la exclusión prevista en el artículo 3° de la Resolución N° 847/95, en cuanto estatuye que: “Los créditos que pudieren surgir a favor de las empresas contratistas, como resultado del presente reconocimiento, sólo podrán materializarse en los casos que las potenciales acreedoras no hubiesen suscripto con este Organismo convenios transaccionales válidos y eficaces, basados en los preceptos de la Ley 1991, por los que se pusiera fin a los diferendos planteados”.

En consecuencia, corresponde desestimar la demanda de Leoman SRL que fuera sustanciada bajo el expediente N° 310/00; con costas a la actora, por no apreciarse motivos que determinen apartarse de la regla del artículo 68 del CPCyC.

XXII.- Ahora bien, corresponde finalmente analizar la procedencia de la pretensión esgrimida en el expte. N° 116/00.

Cuadra reiterar aquí que Leoman SRL demanda al IPVUN por el pago de las diferencias por hiperinflación, entre marzo y agosto de 1989 y enero a marzo de 1990, en las obras individualizadas como “39 viviendas en Andacollo”, “51 viviendas en barrio Perito Moreno” y “Viviendas indígenas”.



Por su parte, el demandado niega cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio; como así también, rechaza la procedencia legal del asincronismo reclamado, y resalta que oportunamente se certificaron y pagaron al 100% las obras, con los índices de actualización vigentes, y la contratista no hizo reserva alguna sobre el rubro ahora reclamado.

Hecha la sintética exposición de la traba de la litis, es preciso referirse a la insuficiencia de las pruebas arrojadas.

En tal sentido, debe resaltarse que el presente es un reclamo de obras públicas y que, en este tipo de acciones, a los efectos probatorios, resulta fundamental contar con toda la documentación propia de la contratación (llamado a licitación, pliegos, ofertas, adjudicación, contrato, certificados de obra, notas de servicio, reclamos, etc.). Es decir, con todas las actuaciones administrativas relacionadas con la contratación y ejecución de la obra.

En este caso, la prueba instrumental ofrecida por la actora se limitó a: los expedientes en los que tramitaron el reclamo administrativo iniciado por ante el IPVUN y el recurso jerárquico por ante el Poder Ejecutivo Provincial; una copia de la Resolución IPVUN N° 800/95, y la declaración testimonial recepcionada a quien otrora fuera Asesor General de Gobierno y, como tal, interviniera en la vía administrativa (cfr. fojas 63 y 102 del expte. N° 116/00).

En resumen, los elementos aportados se reducen a los reclamos de la actora y a los dictámenes en que se apoya la demanda para sustentar las pretensiones, pero en definitiva no se cuenta con las actuaciones administrativas y documentación correspondiente a la contratación.

Para poder avanzar en el conocimiento de los hechos alegados, era imperioso contar con los certificados de obra, que no fueron aportados ni ofrecidos por la actora.

Por lo tanto, nos encontramos ante un escollo inicial insalvable, cual es la falta de sustento probatorio de la cuantía de las diferencias que se sostenía que se adeudaban inicialmente, solamente se cuenta con la afirmación de la actora —negadas por su contraria— sobre los montos consignados al interponer el reclamo administrativo.

En este punto, cabe mencionar que la Resolución N° 800/95 se limitó a fijar planillas, índices y coeficientes aplicables para los cálculos, pero no resolvió ningún tipo de reconocimiento de montos específicamente adeudados a contratistas (cfr. copia certificada).

Del mismo modo, en el expte. N° 2100-40330/98 solamente lucen copias de un dictamen del por entonces Director General Contable del IPVUN, quien certifica que los cálculos efectuados por la actora en la reclamación administrativa respondían a la metodología prevista en dicha Resolución N° 800/95, que era lo que le había consultado y expresamente lo aclara: “El presente informe se emite a los fines solicitados y no importa reconocimiento alguno de pago por parte de este Organismo” (cfr. a foja 93 del expte. N° 2100-40330/98).

Sucede que el funcionario citado se encontró, al momento de emitir su dictamen, con el mismo obstáculo que se presenta en este momento: los montos iniciales (a los que luego se les aplicaron los coeficientes de la Resolución N° 800/95) surgían de la mera afirmación de la empresa, sin que ésta aportara sustento documental alguno.

En el mismo sentido, la Contaduría General de la Provincia formuló expresa salvedad de que solamente podía expedirse sobre el procedimiento a seguir para la liquidación de intereses, sin efectuar revisión y análisis de las actuaciones (cfr. foja 109 del expte. cit.).

En definitiva, lo que surge evidente, a través de los desarrollos precedentes, es que, en la presente causa, existe un marcado déficit probatorio.

No se cuenta con la documentación de la contratación y su ejecución.

Desde esa perspectiva, se dificulta lograr certeza y convicción sobre los extremos controvertidos.

Por otro lado, corresponde señalar que esta deficiencia no puede ser suplida por las meras aseveraciones de la actora ni por las actuaciones administrativas analizadas, que no tienen la contundencia necesaria como para crear convicción respecto a sus términos.

XXII.1.- Establecida entonces, la insuficiencia probatoria existente, corresponde señalar que tal extremo resulta en el presente aún más determinante para la suerte que habrán de correr las pretensiones, dada la falta de reconocimiento de la Administración respecto de las diferencias reclamadas.

Ya se ha analizado más arriba, con motivo del tratamiento de la otra demanda de Leoman SRL, el valor probatorio que supondría la existencia de un reconocimiento de la deuda emitido por el demandado.

Ante este cuadro, cabe aplicar las reglas sobre la carga de la prueba y el juego de las presunciones que rigen sobre el caso concreto.

No se aprecia en el presente un supuesto de inversión de carga de la prueba y, por lo tanto, la insuficiencia probatoria determina la improcedencia de las pretensiones esgrimidas.

Así, no se da el supuesto de inversión de la carga porque no rige a favor de la actora una presunción que la releve de su obligación de probar.

En efecto, la carga rige sobre la actora porque, como se ha visto, no existe acto de reconocimiento ni otra circunstancia fáctica o legal que la releve de probar y, a la vez, oblige a la demandada a realizar prueba para desvirtuarlo.

Además, no nos encontramos frente a un caso de incumplimiento concreto, sino que la actora admite que cobró las tres obras sobre las que reclama en un 100% del monto contractual, con más la liquidación de los incrementos mensuales del índice de la construcción, quedando pendiente únicamente los asincronismos que ahora pretende (cfr. absolución de posiciones, a fojas 113/114 del expte. N° 116/00).

Y, tal rubro no sólo no fue reconocido, sino que es desconocido en forma expresa por la demandada.





En este aspecto, resultan insuficientes los esfuerzos argumentativos de la actora para tratar de suplir dicho déficit e insistir en torno al valor de los dictámenes técnicos.

Es que la voluntad administrativa, en tanto no se transmite al mundo externo en forma apta para su conocimiento por los interesados, no existe en estricto sentido jurídico.

En este sentido, corresponde tener presente que los dictámenes de los órganos consultivos de la Administración constituyen actos preparatorios de la decisión final y que, en sí mismos considerados, no otorgan ni niegan derecho alguno al particular.

XXII.2.- Por lo expuesto, corresponde que la demanda de Leoman SRL, tramitada en el expediente N° 116/00, sea rechazada.

En cuanto a las costas, no encuentro motivos para apartarme de la aplicación del principio objetivo de la derrota, correspondiendo su imposición a la actora vencida (artículo 68 del CPCyC). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: Adhiero en un todo a los fundamentos expuestos por el Dr. Kohon. Por estas consideraciones, emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda incoada por EPIRO SA contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén.

2°) Costas del expediente N° 185/01 a la actora EPIRO SA (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria);

3°) RECHAZAR ambas demandas incoadas por LEOMAN SRL contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo del Neuquén.

4°) Costas de los expedientes N° 310/00 y 116/00 a LEOMAN SRL (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria);

5°) Diferir las regulaciones de honorarios profesionales hasta tanto se cuente con pautas para ello.

6°) Regístrese, notifíquese.

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

DR. RICARDO T. KOHON - DR. EVALDO DARÍO MOYA

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"CATALAN BÁRBARA CECILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3815/2016) – Acuerdo: 105/16 – Fecha: 31/12/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

SUBSECRETARIA DE SALUD. ENFERMERA PROFESIONAL. DIFERENCIAS SALARIALES. REENCASILLAMIENTO. DISPOSICION DEL DIRECTOR EJECUTIVO DEL HOSPITAL. REUBICACION EN FUNCION ACORDE A LA CAPACITACION. ADICIONAL POR TITULO.

La demanda en donde una agente de Subsecretaría de Salud solicita el pago de la categoría P40 y el adicional por título desde que obtuvo el de licenciada en enfermería es procedente, toda vez que la accionante –quien venía desempeñándose en el puesto para el que fue designada; enfermera profesional, agrupamiento T40- tras obtener el título universitario de “Licenciada en Enfermería”, el Director Ejecutivo del Hospital Heller emitió la Disposición N° 13/10 y la reubicó en una función acorde a dicha capacitación a partir de la fecha de la notificación de tal acto. Por otra parte, cabe destacar que si bien el reencasillamiento profesional no procede por el solo hecho de poseer el título habilitante, lo cierto es que, por imperio de una disposición del Director del Hospital, le fueron otorgadas tareas propias del agrupamiento en el que requería la capacitación obtenida. Consiguientemente, aun cuando no deja de advertirse que el Director Ejecutivo del Hospital no podría, por sí mismo, provocar el reencuadramiento



de la actora en el mentado agrupamiento, lo cierto es que, de cara a lo que cabe resolver, ello no enerva los efectos que acarreó la decisión plasmada en la Disposición 13/10.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 105. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta y tres días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “CATALAN BÁRBARA CECILIA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. N° 3815/12, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor Dr. OSCAR E. MASSEI dijo:

I.- A fs. 25/31 vta. se presenta la Sra. Bárbara Cecilia Catalán, e interpone demanda contra la Provincia del Neuquén. Peticiona que se declare la nulidad del Decreto PEP N° 703/11 que dispuso el reencasillamiento a la categoría P40 y el pago de las bonificaciones y adicionales de la Ley 2562 a partir de su dictado. Sostiene que los actos cuestionados adolecen de los vicios previstos en los Arts. 66, 67 y 68 de la Ley 1284.

En base a su condición de Licenciada en Enfermería desde diciembre de 2008, reclama se la encuadre en el agrupamiento y categoría P40 a partir de la presentación de la documentación que acredita la licenciatura ante la Dirección de Recursos Humanos del Hospital Provincial Heller y, además, se le abone el retroactivo de diferencias salariales por los adicionales y bonificaciones que corresponden en la actualidad al agrupamiento mencionado según Ley 2562 (hoy S-40 según Ley 2783), entre ellos, el adicional por título.

Enuncia que fue designada en Planta Permanente de la Subsecretaría de Salud – Hospital Heller, a partir del 15/11/1999 para desempeñarse como Enfermera Profesional en el citado nosocomio.

Sostiene que el día 03/12/2008 finalizó la carrera de Licenciatura en Enfermería obteniendo el título respectivo.

Continúa, indicando que presentó ante su empleador el título citado y la constancia de matrícula otorgada por la Subsecretaría de Salud de la Provincia; que el 27/04/2010 requirió el pago de la bonificación por título y cambio de agrupamiento para ser reubicada como P40 y se le reconocieron los adicionales respectivos –título de licenciada en enfermería- pero a partir de la fecha del acto que así lo reconoció.

Evoca que la administración rechazó su pretensión, con el argumento de que el título habilitante no era condición determinante, por sí solo, para el pago del cargo sino que, a tal efecto, debía revistar efectivamente en el cargo o función para la que fue nombrada (cfr. Art. 16 EPCAPP) y que para la recategorización requerida debían darse los presupuestos fijados en los Arts. 17, 18 y 19 EPCAPP.

Luego, destaca la contradicción en la que incurrió la demandada, puesto que ya contaba con un acto de tales características. Concretamente, la Disposición N° 13/10 del Director del Hospital Heller, que la reubicó como Licenciada en Enfermería a partir de la notificación de dicho acto, y que desde ese momento desempeña las funciones asignadas en el mismo, con todos los recaudos establecidos en el EPCAPP y el Art. 2° de la Ley 2562. Sostiene, entonces, que debería hacerse lugar a su pretensión.

Posteriormente, postula que desde la obtención de la matrícula respectiva, desempeña tareas de Licenciada en Enfermería, toda vez que le resultaba imposible actuar frente a un paciente con su condición anterior, es decir, como Enfermera Profesional.

De modo que, según lo disponen los Arts. 14 y 15 del EPCAPP, y 14 bis de la Constitución Nacional, considera que deben reconocérsele los adicionales atinentes a la Licenciatura en Enfermería que oportunamente obtuvo, a contrario de lo dispuesto por el Decreto N° 1037/12.

Considera que el Art. 16 del EPCAPP no invalida su pretensión puesto que en realidad está dirigido a evitar la asignación de tareas incongruentes con aquellas descriptas en la categoría, que pudieran significar una subestimación de la capacidad profesional del empleado o la indebida atribución de una responsabilidad superior a su condición profesional.

No obstante, rechaza la aplicación a su caso de los Arts. 17, 18, 19 y 20 del EPCAPP, toda vez que considera que los mismos regulan los ascensos y promociones y esto último no es lo que solicitó, sino que su pedido consiste en el pago de una adicional (título) por agrupamiento en los servicios profesionales prestados en el marco de la matrícula habilitante que le otorgó la Subsecretaría de Salud y que fueron reconocidos por el Director del Hospital Heller en la Disposición N° 13/10.

Sostiene que el puesto de trabajo que ese último acto le asignó, exigía una formación o título como el que ella detentaba, tal como surge de sus considerandos, dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 2783 inciso E-2.2 (derogatoria de la Ley 2562) y Decreto N° 168/11.

Enfatiza, que la Dirección de Recursos Humanos de la Subsecretaría no rechazó la Disposición N° 013/10, y se limitó a informar que su reclamación administrativa (recategorización y pago de título de Licenciada de Enfermería) estaba sujeta a la partida presupuestaria que permitiera efectivizarlo.

Concluye, aclarando que no reclama ascenso de categoría (conforme los Arts. 17, 18, 19 y 20 EPCAPP), como erróneamente interpreta la demandada. Asimismo aduce que la correcta lectura del Art. 16 de ese estatuto, integrada con sus Arts. 14 y 15, justificaría el pago retroactivo exigido –diferencias por bonificaciones correspondientes al agrupamiento P40 (hoy S-40) y por adicional “título” conforme dicho agrupamiento y





documentación presentada-.

Denuncia también un enriquecimiento sin causa a favor de la administración a partir de lo resuelto en el Decreto N° 703/11, en tanto se usufructúan sus servicios profesionales abonándole una remuneración menor.

Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona.

II.- A fs. 52/52 vta. se dicta la RI 342/13 que declara la admisión del proceso. A fs. 56, la actora formula opción por el procedimiento sumario.

III.- Efectuado el traslado, a fs 62/66 contesta la demanda la Provincia del Neuquén y solicita su rechazo. Practica las negativas de rigor y expone los antecedentes y fundamentos.

Admite que por Disposición N° 13/10 del Director del Hospital Heller, de fecha 29/04/2010, la actora fue reubicada como Licenciada en Enfermería a partir de la notificación del acto, y que luego fue recategorizada (en P40), otorgándole las bonificaciones correspondientes; en este último supuesto, a partir del mes de Abril de 2011.

Entiende que antes de dicha recategorización, resultaba imposible abonarle una remuneración correspondiente a una categoría y agrupamiento que no tenía.

Arguye que el derecho de la actora a percibir un salario conforme la categoría P40 recién nació con el dictado del acto de reencasillamiento (Decreto N° 703/11), independientemente de que con anterioridad a esa fecha ya contara con el título de Licenciada en Enfermería y lo hubiera presentado ante su empleador.

Repite los argumentos esgrimidos en el Decreto N° 1037/12 para desestimar el reclamo administrativo de la agente Catalán, esto es, lo dispuesto en los Arts. 11, 16, 18 y 19 del EPCAPP, y el carácter no absoluto y no automático del derecho al ascenso de los empleados públicos en tanto el mismo se encuentra sujeto a cuestiones de mérito y posibilidades de la administración.

Aduna que hasta el Decreto N° 703/11, la accionante únicamente cumplió funciones de Enfermera Profesional – Categoría T40, pese a contar con título de Licenciada en Enfermería desde diciembre de 2008. Agrega que la actora no invocó ni alegó la existencia de razones o exigencias de servicios que le hubieren impuesto la necesidad de desempeñarse bajo la modalidad especial de trabajo de Licenciada en Enfermería.

Resalta que conforme lo dispuesto en el Art. 2° inc. e) de la Ley 2562, los agentes solo tienen derecho a percibir el adicional por título cuando el mismo corresponda a la capacitación requerida para el puesto de trabajo desempeñado, y que en el caso de la agente ello recién se produjo – respecto al título de Licenciada- a partir del 20/04/2011 cuando fue reagrupada en la categoría P40 mediante Decreto N° 703/11.

Entiende que los adicionales revisten carácter transitorio y revocable.

Por ello, deniega que se hubiera producido enriquecimiento sin causa a favor de la Provincia, que exista norma o disposición legal que le garantice a la actora retroactividad en el nuevo encuadre ni circunstancia alguna que le confiera a esta última, derecho en tal sentido.

Retoma la idea de que el derecho a percibir los adicionales propios de la función de Licenciada en Enfermería que comenzó a desempeñar, y por ende el suplemento correspondiente a dicho título, nació recién con el agrupamiento P40.

Sostiene la carencia de fundamento del planteo actoral, y solicita su rechazo.

Subsidiariamente, plantea que ante el pago retroactivo de adicionales, éstos no podrán ir más allá de la fecha de notificación de la Disposición N° 13/10 del Director del Hospital Heller, por lo que es improcedente su otorgamiento desde la obtención del título de Licenciada de Enfermería, puesto que faltaría un requisito esencial al efecto

IV.- A fs. 68/74 vta. emite opinión el Fiscal General, quien entiende que debe rechazarse la demanda.

V.- A fs. 75 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VI.- A fin de analizar la cuestión propuesta, cabe realizar un breve repaso de los elementos principales aportados a la causa.

Así, consta designación de la Sra. Bárbara Cecilia Catalán, para desempeñarse como Enfermera Profesional en el Hospital Heller, categoría OSC-1, a partir del 15-11-99. Se establece que la agente percibirá la bonificación de la carrera sanitaria por Tiempo Pleno, con una prestación de 40 horas semanales de labor.

También luce agregado el Título de Licenciada en Enfermería, extendido por la Universidad Maimónides el 2-12-2009; e inscripción en el libro de enfermeros en fecha 23-4-2010, extendida por el Ministerio de Salud y Seguridad Social, Subsecretaría de Salud de la Provincia del Neuquén.

Con fecha 29-4-2010, se emite la Disposición N° 013/10 del Director Ejecutivo del Hospital Dr. Horacio Heller, mediante la cual se manifiesta que la Sra. Catalán ha completado sus estudios universitarios con el título de Licenciada en Enfermería, y que es conveniente adecuar sus actividades según los requerimientos de funcionamiento de los distintos sectores del hospital; y cambiar la función dentro del nosocomio a efectos de normalizar su situación laboral.

En dicho acto, se dispone “Reubicar” a la agente como Licenciada en Enfermería del Hospital Heller, con dependencia en la División Enfermería de la Gerencia de Servicios Intermedios, a partir de la fecha de su notificación. Ordena notificar a la interesada, al Jefe de División Enfermería y Gerencia de Servicios Intermedios, con copia a Zona Metropolitana y Subsecretaría de Salud.

El día 1-10-10, la Dirección General de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Salud, informa al Hospital Heller, que el cambio de agrupamiento solicitado se encuentra en aquella Dirección a la espera de contar con la partida presupuestaria que permita efectivizarlo.



Posteriormente, con fecha 20-4-2011, el Vicepresidente 1º de la Honorable Legislatura Provincial en Ejercicio del Poder Ejecutivo emite el Decreto N° 703/11 que, con fundamento en la Mesa Técnico Salarial del Sector Salud del día 19-4-2011, Decreta la recategorización de –entre otros agentes- la Sra. Catalán de T-40 a P-40.

Con fecha 23-9-2011, la Sra. Catalán interpone reclamo ante el Poder Ejecutivo, solicitando se le abonen los adicionales correspondientes al Agrupamiento P40 y Título E.2.b2 desde que obtuvo el título de Licenciada en Enfermería.

Como respuesta, en fecha 31-5-2012, el Poder Ejecutivo rechaza el planteo mediante Decreto N° 1037/12, en el cual interpreta el petitorio como parte del derecho a la carrera administrativa, en especial al ascenso.

En tal contexto, el Poder Ejecutivo entiende que no existe automaticidad para el otorgamiento de bonificaciones “fundada simplemente en la antigüedad y título, requiriéndose ineludiblemente, un acto administrativo que así lo disponga”.

Finalmente, la actora interpone demanda con fecha 03-08-2012.

VII.- Ahora bien, el EPCAPP, en el acápite vinculado con los “Derechos” de los agentes públicos, establece que:

Artículo 13: “los agentes de la Administración Pública tendrán derecho a la retribución de sus servicios con arreglo a las escalas que se establezcan en función de sus categorías de revista y de las modalidades de su prestación, la que estará integrada por el sueldo o jornal y las asignaciones complementarias”.

El art. 15, que “los agentes tendrán derecho a ser clasificados en grupos, categorías y clases de acuerdo a las modalidades de prestación del servicio.

Los que se desempeñen en una modalidad distinta a su clasificación, percibirán la retribución de acuerdo a la prestación del servicio que cumplan”.

El Artículo 16 prevé que: “El título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no será, por sí sola, condición suficiente para pertenecer a determinada clase, categoría o grupo, debiendo revistar en aquella función o tarea para la cual fuera nombrado”.

Y va de suyo que tanto para ser reencasillado como ascendido, debe existir un cargo disponible; es decir, debe existir la correspondiente vacante presupuestaria. A ello se refiere el art. 18 del mismo Cuerpo legal que se viene citando.

En lo que aquí importa, la regla es que el título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no constituye por sí sola, condición suficiente para tener derecho a un reencasillamiento.

Como se ha sostenido en otros precedentes “En cuanto al reencasillamiento de categoría profesional, ...no resulta procedente por la sola circunstancia de haber alcanzado el título profesional; ello sin más, no le otorga derecho a percibir una categoría mayor. Cabe recordar una premisa básica: los cargos no han sido creados por la ley para el empleado o funcionario sino en razón del servicio. En ese contexto, entonces, el derecho a la carrera del agente público (cuestión que aquí se encuentra involucrada) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta” (Ac. 55/15 autos: “Muñoz Antonina”).

VII.2.- Sentado lo anterior, puede observarse que, en este caso, la accionante –quien venía desempeñándose en el puesto para el que fue designada; enfermera profesional, agrupamiento T40- tras obtener el título universitario de “Licenciada en Enfermería”, el Director Ejecutivo del Hospital Heller emitió la Disposición N° 13/10 y la reubicó en una función acorde a dicha capacitación a partir de la fecha de la notificación de tal acto.

Puntualmente, como antes quedara sentado, fundó tal decisión en que “es conveniente adecuar sus actividades según los requerimientos de funcionamiento de los distintos sectores del Hospital y cambiar la función dentro del nosocomio a efectos de normalizar la situación laboral”.

Luego, si bien podría discurrirse en punto a la incompetencia de dicho funcionario para provocar el mentado reencasillamiento, lo cierto es que este acto impone su consideración pues, no habiendo prueba en contrario, debe asumirse que a partir de su dictado surge, objetivamente, la circunstancia que conlleva a matizar el análisis de la cuestión; es decir, el cambio de funciones. Máxime, considerando los fundamentos del acto que dan cuenta que obedeció a “requerimientos” del servicio.

Dicho de otro modo, haciendo prevalecer la realidad que emerge de las actuaciones administrativas [al menos, se insiste, no hay elementos que las desvirtúen], a partir de dicho acto, a la accionante se le hizo cumplir una función acorde al título obtenido pues, en los hechos, ello significó que siendo su puesto [en lo formal] de “Enfermera Profesional” pasara a desempeñar las funciones inherentes al puesto de “Licenciada en Enfermería”.

Por tanto, se desempeñó en una “modalidad distinta a su clasificación” –en palabras del citado artículo 15 del EPCAPP-, con lo cual hubiera correspondido que perciba la retribución de acuerdo a la prestación del servicio cumplido.

Y, de ello también se desprende la razón por la cual no corresponde retrotraer la situación al momento de la presentación de la documentación que acreditó la obtención del título [tal como propone la actora] pues como se dijo, esa sola circunstancia no apareja el derecho a ser reencasillada.

Así, toda vez que no se encuentra acreditado que la actora haya desempeñado las tareas inherentes al puesto de Licenciada en Enfermería con anterioridad a la Disposición 13/10, por ese tramo temporal, aplica el artículo 16 del EPCAPP.



Retomando, lo que se viene expresando se patentiza con mayor énfasis si se repara que, cuando fue finalmente reencasillada en el agrupamiento P-40 a través del Decreto N° 703/11, tampoco hay constancias de que las tareas se hayan modificado; consecuentemente, cabe inferir que continuó con aquellas que venía desempeñando en función de lo decidido en la Disposición 013/10.

VII.3.- Por su parte, en relación con el “adicional por título”, vale señalar que éste es contemplado por la Ley 2562 –vigente al momento de los sucesos-, que incorporó al artículo 1° de la Ley 2265 el apartado “E”: 2.b) TÍTULO: cuando el mismo corresponda a la capacitación requerida para el puesto de trabajo, se percibirá un adicional según el siguiente detalle...” [similar redacción otorga la Ley 2783 en el apartado E2.2, en cuanto enuncia “es el emitido por autoridad competente, tanto pública como privada, reconocida oficialmente, y cuando el mismo corresponda a la formación requerida para el puesto de trabajo”].

Luego, si la agente realizaba tareas en calidad de “Licenciada en Enfermería” desde el momento en que fue “reubicada” por la Dirección del Hospital, también es claro que le hubiera correspondido percibir el adicional por título ya que la capacitación profesional obtenida fue lo que conllevó a la modificación de las tareas por parte del Director Ejecutivo del Hospital.

En este sentido, vale volver sobre lo expresado en la Disposición 13/10: “es conveniente adecuar sus actividades según los requerimientos de funcionamiento de los distintos sectores del hospital y la capacitación que los agentes posean”.

VIII.- En este escenario, entonces, las circunstancias que emergen de las constancias administrativas aportadas resultan suficientes para concluir que asiste razón a la actora en su planteo en punto a que la Administración debió proceder a otorgarle el agrupamiento P40 y abonarle las remuneraciones inherentes a dicho puesto, con anterioridad a la fecha en que le fue efectivamente reconocido por medio del Decreto 703/11.

Ello, en atención a que ha quedado probado que a partir de la Disposición N° 013/10 [al menos no hay elementos de prueba en contrario] comenzó a desempeñarse en una modalidad distinta de la que estaba encuadrada de [Enfermera Profesional a Licenciada en Enfermería] y que dicha circunstancia obedeció a la mayor capacitación obtenida y a las necesidades del servicio hospitalario.

Se insiste, aun cuando no deja de advertirse que el Director Ejecutivo del Hospital no podría, por sí mismo, provocar el reencuadramiento de la actora en el mentado agrupamiento, lo cierto es que, de cara a lo que cabe resolver, ello no enerva los efectos que acarreó la decisión plasmada en la Disposición 13/10.

En efecto, lo relevante aquí es la acreditación de que, por razones vinculadas al servicio [tampoco de ello hay prueba en contrario] se le otorgaron a la actora funciones acordes a la capacitación alcanzada, es decir del título de

Licenciada en Enfermería, y que esas tareas no se modificaron en oportunidad de haber sido finalmente reencasillada, con lo cual aparece claro que venía desempeñando una tarea en una modalidad distinta a la de su clasificación.

En su caso, la decisión que permitió que la actora fuera ubicada en la situación que ha quedado patentizada, debería dar lugar a tomar las medidas administrativas que correspondan para evitar o erradicar esas prácticas, pero en modo alguno alcanza para justificar el desconocimiento del derecho a obtener la retribución que corresponde de acuerdo a la prestación cumplida.

De otro modo, el Estado se estaría beneficiando con el trabajo prestado sin soportar la debida contraprestación que ello irroga.

IX.- Consecuentemente, corresponde reconocer las diferencias salariales existentes entre el agrupamiento P40 y la efectivamente abonada [T40] y la bonificación por Título pertinente, en el período comprendido entre el 29/4/10 [fecha en la que tuvo efectividad la Disposición 13/10] y la emisión del Decreto N° 703/11 [por el que finalmente se le otorgó el agrupamiento pretendido].

A dichas sumas se le adicionarán intereses desde que cada una fue debida a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. A la par, se deberán realizar sobre dichas sumas y en su debida proporción, los correspondientes aportes y retenciones previsionales y asistenciales que correspondan.

La determinación del monto se diferirá para la etapa de ejecución de sentencia.

En cuanto a las costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota, deben ser soportadas por la demandada vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C. aplicable por reenvío previsto en el art. 78 del C.P.A.). TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) HACER LUGAR a la demanda incoada por la Sra. Bárbara Cecilia Catalán contra la Provincia del Neuquén y condenar a la demandada al pago de las diferencias salariales existentes entre el agrupamiento P40 y la efectivamente abonada [T40] y la bonificación por Título pertinente, en el período comprendido entre el 29/4/10 y la emisión del Decreto N° 703/11. A dichas sumas se le adicionarán intereses desde que cada una fue debida a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. A la par, se deberán realizar sobre dichas sumas y en su debida proporción, los correspondientes aportes y retenciones previsionales y asistenciales. La determinación del monto se diferirá para la etapa de ejecución de sentencia. 2°) Las costas serán soportadas por la demandada vencida (Art. 68 del CPCyC). 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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



Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"NOVOA HECTOR ERNESTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2982/2010) – Acuerdo: 106/16 – Fecha: 08/11/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Dominio público.

TIERRAS FISCALES. DOMINIO MUNICIPAL. ORDENANZA. DESAFECTACION. PLAN DE VIVIENDAS. FRENTISTAS. LOTE. ADJUDICACION. AUTORIZACION AL ORGANO EJECUTIVO MUNICIPAL. ADJUDICACION EN VENTA. TITULARIZACION. OBLIGACIONES DE LOS FRENTISTAS. CONEXION DE LOS SERVICIOS ELECTRICO, GAS Y CLOACA. IMPEDIMENTO TECNICO. LINEA DE BAJA TENSION AEREA. LINEA DE EDIFICACION. REUBICACION DE MEDIDORES DE GAS. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Debe rechazarse la demanda interpuesta contra el municipio, en donde el actor petitionó que se obligue a la demandada escriturar a su favor un lote de terreno en base a lo dispuesto por una Ordenanza –sobre la cual el accionante ancla su derecho- que se limitó a desafectar del dominio público Municipal la fracción de tierra sita frente a las viviendas que allí se detallan y a autorizar al Departamento Ejecutivo a adjudicar en venta a los respectivos frentistas –como es el caso del actor- dichos predios, para lo cual fijó el precio del metro cuadrado de terreno, estableciendo que los adjudicatarios debían afrontar los gastos que demandara la gestión respectiva en relación a los servicios de energía eléctrica y gas domiciliario; pues, más allá de la “autorización” para que el Departamento Ejecutivo proceda a la mentada adjudicación, no se cuenta con mayores elementos de juicio que permitan asumir que el actor, a partir de la Ordenanza referida, cuente con el derecho a exigir la escrituración a su favor de la porción de la tierra fiscal reclamada [que se encuentra incluso indeterminada en superficie] o, ubicados en un estadio anterior, que exista un derecho a serle otorgado el acto de adjudicación en venta.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 106. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “NOVOA HECTOR ERNESTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 2982/2010, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 28/30 vta. se presenta Héctor Ernesto Novoa, mediante apoderado, e inicia demanda contra el Municipio de Centenario a efectos de que se lo obligue a escriturar el inmueble identificado como fracción ubicada frente al Lote 8, Manzana 13 (Ordenanza N° 3550/99) del Plan 380 viviendas del Barrio Los Pioneros de dicha ciudad, con costas.

Describe el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa.

Enuncia que el 26/08/1996, junto con otros vecinos frentistas de calle Bolivia, solicitó la desafectación del dominio público municipal de la



fracción de tierra ubicada frente a las viviendas Nros. 1 a 10 del mencionado plan.

Continúa relatando que el pedido tramitó por Expte. N° 3479 del Concejo Deliberante de Centenario y que fue resuelto favorablemente por Ordenanza Municipal N° 3550, autorizando al Poder Ejecutivo Municipal a adjudicarlos en venta a los frentistas y estableciendo que estarían a cargo de éstos, los gastos que demanden los servicios de energía eléctrica y gas domiciliario.

Manifiesta que asumió esos gastos, que en fecha 27/03/2007 canceló la totalidad del precio estipulado por el demandado para la adquisición del lote, que hizo mejoras y cumplimentó con las obligaciones impuestas por la Ordenanza citada en cuanto a los servicios de agua, cloacas y energía eléctrica.

Sostiene haber realizado varias presentaciones ante el Municipio para que se le adjudicara en venta la fracción de tierra en cuestión. También menciona el reclamo de fecha 17/03/2009 con el objeto de que se escriturara a su nombre dicha porción. Consigna que no tuvo respuesta en ninguno de los casos.

Refiere que no pudo acceder al reclamo, sino solo informalmente a una copia del Dictamen legal N° 127/08 del 14/07/2008 que propiciaba el rechazo de su solicitud de escrituración en base a un informe técnico –de un funcionario de apellido Caldera- que habría señalado graves irregularidades por un supuesto avance del actor sobre la línea de la vereda, invadiendo espacio municipal, y la peligrosidad que la ubicación subterránea de las redes de electricidad y gas representaban tanto para el actor como para el resto de los vecinos.

Considera que este informe es falaz, mendaz y contradictorio. Entiende que deja en evidencia la intención municipal de desconocer su derecho a escriturar.

Remarca que los antecedentes e informes que sirvieron de base a la Ordenanza N° 3550 marcan la inexistencia de obstáculos para adjudicarle en venta el lote citado y que, incluso, un informe del Comité Evaluador del propio Municipio (suscripto por la Ing. Renee Perhuil y el Arq. Claudio Rosestein y cuya copia acompaña con su demanda) da cuenta de la viabilidad de su solicitud.

Reprocha la condición de profesional del funcionario Caldera, y que se apoye en un informe expedido por Camuzzi Gas del Sur que en ningún momento expresa que hubiera peligrosidad sino que sostiene todo lo contrario, es decir, que la adjudicación pretendida era posible con las precauciones propias del caso en cuanto a la instalación del servicio refiere.

Repite la intención del Municipio de obstaculizar sistemática y arbitrariamente su derecho.

Ofrece prueba, y peticiona la adjudicación en venta del lote y su escrituración.

II.- A fs 48/48 vta. obra la RI N° 245 del 09/08/2010 que declara la admisión formal de la acción promovida.

A fs. 51 el actor opta por el proceso ordinario, y ofrece prueba.

III.- A fs. 62/65 contesta la demanda la Municipalidad de Centenario, mediante apoderada.

Realiza las negativas de rigor formal, y expone la realidad de los hechos, según su postura.

Así, relata que mediante Resolución N° 00574 del Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo de la Provincia del Neuquén, de fecha 22/09/1995, se autorizó la permuta entre viviendas de adjudicatarios de unidades habitacionales del Plan 150 viviendas federalismo Centenario, y adjudicatarios de unidades habitacionales del plan 380 viviendas FONAVI de Centenario.

Que el Sr. Novoa resultó ser adjudicatario de la vivienda identificada como casa N° 202 del Plan 380 Viviendas del B° Los Pioneros, conforme surge del Art. 1° de la Resolución precitada.

Luego, a través de la Ordenanza 3550 del 26/07/1999, se desafectó del dominio público municipal los solares situados frente a las viviendas 1 al 10 del plan 380 viviendas del B° Los Pioneros, y se autorizó al Poder Ejecutivo Municipal a adjudicar en venta el lote a los respectivos frentistas.

Sostiene que, posteriormente, mediante Dictamen N° 127/08, la Asesoría Legal dejó sentado que no constaban solicitudes del Sr. Novoa, tendientes a adjudicarle el lote; y que el 09/01/2008 se remitieron las actuaciones al Concejo Deliberante, el cual sugirió contar con mayores informes para valorar la eventual adjudicación.

Sostiene que, en consecuencia, se adjuntaron las actuaciones del expediente original que dio lugar a la Ordenanza N° 3550/99 y el informe del Técnico Geógrafo Matemático, Sr. Caldera, quien alude a las graves irregularidades: “que en el lote 8 ...han avanzado sobre la línea municipal, invadiendo espacio público hasta la vereda existente”. Y pone de resalto otras cuestiones relativas a la conexión de gas, agua, electricidad y cloacas “que ponen en riesgo precisamente a los vecinos que se intenta beneficiar, habida cuenta de la peligrosidad de la existencia sobre todo de redes de gas y electricidad en un predio particular”.

Infiere que la Ordenanza 3550/99 hizo caso omiso a las cuestiones técnicas que habrían sido señaladas previo a su sanción y que actualmente generan las complicaciones que se presentan en este pleito.

En tal sentido, detalla la nota de Camuzzi del 03/11/97, en la cual la empresa destaca “que las tapadas de las tuberías debido al tiempo transcurrido y a las posibles variaciones de niveles dadas en oportunidad de su instalación, deberán ser verificadas en todos los casos en forma manual... se informa que los trabajos a realizar generan condiciones de posibilidad de daño a las redes de distribución de gas natural, como consecuencia, dichas cañerías pueden provocar en corto o largo plazo escapes de gas, dando lugar a siniestros, por lo que dichas tareas deben ser acompañadas con un mayor control sobre la actividad a desarrollar, ya sea en el personal ocupado como en la herramienta a utilizar”.





Y destaca la nota del EPEN, que propone “la construcción de una línea de baja tensión aérea, eliminando la línea de baja tensión subterránea que se encuentra por debajo de los lotes de los vecinos solicitantes”.

Afirma que no existe mala fe en avanzar con la Ordenanza 3550/99, pero que las condiciones descriptas por las empresas de servicios públicos, dictámenes legales e informe técnico del Sr. Caldera, y la falta de cumplimiento a las condiciones impuestas –afrontar los gastos que demanda la gestión respectiva en relación a los servicios de energía eléctrica y gas domiciliario-, lo impiden.

En consecuencia sostiene que no vulneró ningún derecho constitucional del actor, ni actuó de manera arbitraria. Ofrece prueba y peticiona el rechazo de la demanda.

IV.- A fs. 68 el actor solicita la apertura a prueba.

V.- A fs. 89/90 el actor denuncia un hecho nuevo, consistente en la aprobación dada por el Municipio a los Planos de Conforme a Obra del inmueble de su propiedad que oportunamente presentó y cuyas copias certificadas adjunta. Ante la oposición del demandado, se dicta la RI N° 179/13 (fs. 109/112) haciendo lugar a la incorporación de los planos, en los términos del Art. 355 del CPCyC.

VI.- Vencido el término de prueba, ambas partes presentan alegatos, por su orden, a fs. 246 y 250/252 vta. y fs. 248 y 253/256, respectivamente.

VII.- A fs. 258/261 obra el dictamen del Sr. Fiscal del Cuerpo quien propicia el rechazo de la demanda. Destaca la ausencia del acto de adjudicación del lote y, por ende, la imposibilidad de considerar que se encuentren cumplidas las obligaciones a cargo del accionante las que, por su parte, nunca fueron determinadas con precisión siguiendo las pautas establecidas de modo genérico en la Ordenanza 3550/99.

A modo de ejemplo, advierte que si bien se fijó el precio del metro cuadrado de tierra, no se estableció la cantidad de metros a adquirir y, por ende, el valor total a pagar por tal concepto ni por la readecuación de las condiciones para acceder –con os parámetros de seguridad pertinentes- a los servicios de energía eléctrica y gas natural a partir de la desafectación del dominio público municipal efectuada por el art. 1 de la Ordenanza referida.

Considera que los pagos efectuados por el actor (\$225 en fecha 18/9/07 y \$2.022,33 el 27/9/07) no alcanzan para tener por cumplida la obligación de cancelación del precio de venta del terreno ubicado frente a su vivienda, ni para equipararla a una adjudicación ni para suponer su dictado desde que, reitera, se desconocen –por la ausencia de acto en tal sentido- la cantidad de metros cuadrados que se le asignarían en venta al nombrado.

Asimismo, destaca que de la prueba reunida en la causa surge que no se aprobaron proyectos ni se realizaron obras de readecuación de las redes de suministro de energía eléctrica y gas domiciliario –que el Municipio exige como condición de seguridad- de acuerdo a la línea municipal resultante de la desafectación del dominio público municipal del terreno.

Estas circunstancias, dice, impiden al Municipio, por el momento y siempre que se dispusiera la adjudicación respectiva, determinar las obligaciones a cargo del accionante y el resto de los frentistas en relación a dichos servicios (art. 3 de la Ordenanza).

Finalmente, señala que la presentación de los planos conforme a obra y su inscripción, no alcanzan para tener por configurados los recaudos de procedencia de la demanda, más allá del valor que tales hechos eventualmente pudieran llegar a tener en otro tipo de acción.

VIII.- A fs. 262 se dicta la providencia de autos por lo que las presentes actuaciones se encuentran en estado de dictar sentencia.

IX.- Para abordar el examen de la cuestión propuesta, corresponde desarrollar la cronología de los antecedentes, en función de las constancias de autos.

Así, surge que en agosto de 1996, varios vecinos del barrio Plan 380 viviendas, con frente a calle Bolivia –Lotes 1 a 10, entre ellos el actor-, solicitan al Concejo Deliberante de la ciudad de Centenario, la propiedad de las porciones de tierra frente a sus casas. A raíz de ello, desde el Municipio se solicita a las empresas prestatarias de servicios públicos, informes relacionados con los terrenos en cuestión.

En octubre de 1997, Camuzzi adjunta croquis de las viviendas e informa que “las tapadas de las tuberías debido al tiempo transcurrido y a las posibles variaciones de niveles dadas en oportunidad de su instalación, deberán ser verificadas en todos los casos en forma manual. Se destaca además, que el suministro de dicho/s croquis es a los fines ilustrativos, lo que no exime en ningún caso la necesidad de adoptar las previsiones pertinentes previo al comienzo de los trabajos, dejándose expresamente aclarado que esta Empresa deslinda toda responsabilidad de posibles accidentes y/o siniestros que pudieran producirse a bienes muebles e inmuebles y/o personas como consecuencia de las obras que nos ocupan”.

“Se hace saber, que se deberá tener muy en cuenta el tipo de maquinarias a emplear para la realización de la obra, dado que no se puede determinar la profundidad de las mismas por los constantes movimientos producidos en estos terrenos durante todo el tiempo transcurrido desde su instalación”.

“Se informa que los trabajos a realizar, generan condiciones de posibilidad de daño a las redes de distribución de gas natural, como consecuencia, dichas cañerías pueden provocar en corto o largo plazo escapes de gas, dando lugar a siniestros, por lo que dichas tareas deben estar acompañadas con un mayor control sobre la actividad a desarrollar, ya sea en el personal ocupado como en el herramental a utilizar”.

Finaliza la empresa, ofreciendo personal para asesoramiento técnico.

Luego, en noviembre de 1997, el Ente Provincial de Energía del Neuquén (EPEN) eleva una nota con croquis orientativo de las viviendas, con informe de presencia de una línea de baja tensión subterránea debajo de los fundos.



Detalla que “si el Municipio está interesado en la venta de los espacios de tierra que allí existen se propone desde esta SUBGERENCIA la construcción de una Línea de Baja Tensión aérea eliminando la Línea Subterránea, de dar conformidad le solicitamos confirmar las actuaciones para proceder a realizar el correspondiente proyecto y presupuesto”.

En Enero de 1998, el Comité de Planificación del Municipio de Centenario, eleva una nota al Secretario de Hacienda, Obras y Servicios Públicos, considerando viable el pedido realizado por los vecinos del Barrio Los Pioneros (380 viviendas).

Realiza, no obstante, las siguientes observaciones: se deberá reemplazar la línea de baja tensión subterránea por una aérea; y deberá preverse la reubicación de los medidores de gas sobre la nueva línea de edificación municipal. A tal efecto, dice, las modificaciones deberán tramitarse ante los organismos correspondientes, a costa de los vecinos.

Con fecha 26/07/1999, se sanciona la Ordenanza N° 3550/99. A través de la misma, el Concejo Deliberante refiere al Expte. N° 7216/CD, y al petitorio de adjudicación de los terrenos realizado por los vecinos.

Allí, el Concejo resalta que “conforme surge de las actuaciones del Dpto. Ejecutivo, por parte de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos, es precedente la adjudicación solicitada, requiriendo para ello la desafectación del dominio público municipal”.

“Que según dicho informe, la adjudicación de dichos predios frente a la vivienda de los solicitantes, implicaría la reubicación de los medidores de servicios de gas domiciliario y energía eléctrica”.

“Que cuenta con despacho favorable de la Comisión de Vivienda, Urbanismo y Tierras” del Concejo.

Así, desafecta del dominio público municipal la fracción de tierra sita frente a las viviendas 1 a 10 sobre calle Bolivia, de los vecinos de referencia.

Asimismo, autoriza al Departamento Ejecutivo Municipal a adjudicar en venta a los respectivos frentistas, al precio de \$11,50 el metro cuadrado de tierra.

Ordena finalmente, notificar a los adjudicatarios, que deberán afrontar los gastos que demande la gestión respectiva en relación con los servicios de energía eléctrica y gas domiciliario.

Surge también que, con fechas 18/09/2007 y 27/09/2007, la Municipalidad de Centenario imprime dos recibos (N° 2522 y 2531) por \$225 y \$2.022,48. En el segundo recibo se consigna “Corresponde: Lote N° 08-Mza N° 13-Ord. 3550/99. Titular: Novoa, Hector Ernesto”.

Luego, consta el Dictamen N° 127/08 –del 14/07/2008- de la Asesoría Legal del municipio, en el cual propone rechazar los planteos del Sr. Novoa respecto del terreno, invocando un informe del Área Técnica de la Dirección General de

Tierras (Fernando Caldera), que destaca irregularidades existentes en el lote 8, tales como avance sobre línea municipal, y conexiones inapropiadas de servicios públicos. En consecuencia, entiende que no correspondería una eventual adjudicación al Sr. Novoa.

El día 22/08/2008, el Sr. Novoa realiza una presentación ante el Sr. Intendente Municipal, tendiente a dar cumplimiento a la Ordenanza del año 1999. Refiere haber abonado el precio de la tierra. Reitera el reclamo el día 22/11/2008.

Posteriormente, el día 17/03/2009, el Sr. Novoa realiza otra presentación ante el Departamento Ejecutivo Municipal, repitiendo los conceptos previamente esbozados en reclamos previos, y manifestando haber realizado entre los años 2002 y 2003 las obras de agua y cloacas, y energía eléctrica. En este último supuesto, denuncia que el operario que realizó el servicio pertenecía al EPEN.

El día 11/05/2009, se emite el Dictamen N° 051/09 de la Asesoría Legal Municipal, que propicia rechazar el reclamo, con consideraciones similares al Dictamen N° 127/08.

Con fecha 02/7/2009, el Intendente Municipal emite el Decreto N° 764/09, y rechaza el reclamo interpuesto por el Sr. Novoa.

Para así decidir, trae a colación los informes antes reseñados y el emitido por el Área Técnica de la Dirección General de Tierras, de fecha 3/6/08, que aludía a graves irregularidades como el avance sobre la línea municipal y la invasión de espacio público hasta la vereda; las cuestiones relativas a la conexión de redes de agua, gas, electricidad y cloacas que pone en riesgo a los vecinos que se intenta beneficiar dada la peligrosidad de la existencia de redes de gas y electricidad subterránea en un predio particular, bajo lo cual estima que dichos aspectos impiden acceder a una adjudicación “pues revisten tal gravedad que son potencialmente peligrosos para los vecinos y podrían generar responsabilidad civil y/o penal sobre la Municipalidad de Centenario en caso de accidente”.

Y continúa “que lo más importante para este Municipio, además de otorgar un lugar donde puedan radicar sus familias, es velar por la seguridad de los vecinos que ocupan los solares en la Ciudad de Centenario; que sin lugar a dudas estas cuestiones técnicas no permiten otorgar la adjudicación del lote hasta tanto se solucionen las mismas ya que las conexiones de los servicios deberán cumplir las normativas provinciales en la materia y aptitud de localización de los mismos en base a la infraestructura de los lotes; que la intencionalidad y buena fe al hacer entrega de los lotes se encuentra manifiesta; pero no corresponde dejar de lado que dicha Ordenanza en su art. 3 deja en claro que los vecinos residentes en dichos lotes deberán afrontar los gastos que demanda la gestión respectiva en relación a los servicios de energía eléctrica y gas domiciliarios. Que estas especificaciones no han sido cumplidas en su totalidad por los vecinos residentes en dichos lotes comenzando a construir, con lo que derivó en el avance sobre la línea municipal, invadiendo espacio público hasta la vereda existente y aparejando aspectos técnicos que son potencialmente peligrosos para los vecinos”.





También expresa que “no surge de las presentes que el Sr. Novoa haya gestionado lo atinente a la conexión correspondiente de gas domiciliario, con lo cual no se constata el cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo y tal como se encuentra corroborado por el Área Técnica de la Dirección Gral. de Tierras; que el expediente referente al lote 8 de la manzana 13, se encuentra para resolución en el Concejo Deliberante desde el 3 de Junio de 2008 y en virtud de que el Sr. Novoa realizó una presentación con fecha 23/12/08 ante ese Cuerpo Legislativo...”

Culmina resolviendo el rechazo del recurso y ordena la remisión de las actuaciones al Concejo Deliberante a fin de que el mismo proceda a resolver el reclamo “por ser el Órgano encargado de entender en la adjudicación respectiva frente a los acontecimientos expuestos en los considerandos”.

Culminan esas actuaciones, con el dictamen de la Asesoría Legal del Concejo Deliberante que, para poder resolver, requiere a la Secretaría de Tierras, la remisión del Expediente 17.300/CD.

X.- Luego, en el contexto de la causa se ha rendido la siguiente prueba:

Por la actora: 1.-Instrumental acompañada a la demanda. 2.-Instrumental en poder de terceros: a) El expediente 2371/09 y/o la totalidad de las actuaciones administrativas labradas con motivo del reclamo de marras. Se libró oficio 417/11; las actuaciones no fueron remitidas y a fs. 144 se ordenó intimar a presentar la documentación bajo el apercibimiento contenido en el art. 388 del CPC y C. A fs. 151 obra cédula a la demandada. A fs. 164 el actor solicitó que se hiciera efectivo el apercibimiento dispuesto, lo que se tuvo presente. b) se requiera al Concejo Deliberante la Ordenanza 3550/99 y todas las actuaciones que existan en ese Cuerpo Deliberativo vinculadas al reclamo de marras. Se libró oficio 256/11; el Concejo Deliberante remitió copia de la Ord. 3550/99 (fs. 137). 3.- Confesional (declarada improcedente). 4.- Testimonial de los Sres. Rosestein y René Perhuil. Se fijó audiencia para la declaración a fs. 144; a fs. 145 se dejó constancia de la incomparecencia; a fs. 146 la demandada solicitó que se declare la caducidad de dicha prueba y se hizo lugar a fs. 147 (art. 432 inc. 1 del CPC y C).

Por la demandada: 1.- Documental: expediente 18564/09 del Concejo Deliberante que fue remitido en oportunidad del art. 38 de la Ley 1305. 2.- Confesional: el actor declaró a fs. 207. A todas las posiciones contestó “no es cierto”. 3.- Informativa: A) A la Subsecretaría de Tierras y Viviendas para que remita copia certificada del expediente correspondiente al Lote 8 manzana 13 del Barrio Sarmiento. B) al EPEN para que remita nota de fecha 27/11/97 en el cual realiza un informe sobre los lotes de la manzana 13. Contestó a fs. 211 que no poseían guardados los antecedentes que posibilitaran certificar la copia de la nota. C) Camuzzi Gas para que remita nota de fecha 3/11/97 a los mismos fines que la del EPEN. Camuzzi contestó a fs. 185, que no disponían de la nota 2051. 4.- Testimonial: a) Tomas Mooney –Secretario de Gobierno- (desistido a fs. 170); b) Fernando Caldera, técnico geógrafo matemático de la ciudad de Centenario (declaró a fs. 178); c) Ing. Dardo Bonin, Gerente área operativa de Camuzzi (desistido a fs. 242); d) Oscar Nahuel Presidente del Concejo Deliberante de la Ciudad de Centenario (declaró a fs. 180).

El testigo Fernando Caldera, quien es empleado de la parte demandada desde el año 1987, en lo que aquí importa destacar declaró: a la pregunta en cuanto a que “si sabe y le consta si se procedió a remover las líneas de gas, electricidad, agua y cloacas, quedando dichas redes dentro de las invasiones” “no, pertenecen todos a las casas de los dueños de los lotes”; “para que diga si sabe y le consta si existe algún grado de peligrosidad respecto a las redes de gas subterránea”- “sí, por supuesto, las redes esas están hechas en caños de hierro, los cuales con el tiempo se van oxidando y se pueden llegar a romper, solos, sin la acción de nadie, lo que puede formar bolsas de gas que ante la primera chispa puede explotar”; “si sabe y le consta si existen impedimentos técnicos que son potencialmente peligrosos para los vecinos del Barrio Los Pioneros” – “y podría ser ese, pero además las redes eléctricas en ese lugar, son subterráneas, lo que también puede ser peligroso si se produce alguna remoción de la red sin los elementos de seguridad o sin saber que está ahí, porque no hay nada que indique que la red está ahí”; “si sabe y le consta que cuestiones se tendrían que rever, antes de realizar la adjudicación del lote” – “como primera medida, remover las cuatro redes existentes debajo de las invasiones, a saber, de agua, de cloacas, de gas y de energía eléctrica.

Existen también algunas cuestiones administrativas que tienen que ver con el dominio de los lotes, los cuales pertenecen al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Neuquén, por ser este un barrio construido por el Instituto”; “para que diga donde quedaron ubicadas las líneas de gas en el lote en cuestión”- “la red de gas y todas las demás están todas en una misma zanja, atraviesan el patio interno de la casa y pasan por debajo de un local comercial que construyó el vecino sobre las redes existentes”; “si le consta donde se encuentra ubicado el medidor de gas”- “dentro de un patio interno de la casa de esta persona”; para que diga si al quedar dentro del patio interno significa tener que ingresar al domicilio para verificar el medidor” –“sí, todos los lotes están cercados, alguno solamente con una reja y otros con red, lo vi antes de ayer porque pasé por ahí para ver cómo estaba ahora. No se ve desde afuera, hay que entrar porque está como a cinco metros de la línea del cerco”.

Y el Sr. Oscar Nahuel Presidente del Concejo Deliberante de la Ciudad de Centenario declaró lo siguiente: “Para que diga en base a qué elementos se negó la adjudicación al Sr. Novoa”- “en principio, según la Ordenanza que oportunamente habilita al Poder Ejecutivo a ofrecer en venta la fracción de tierra que el Sr. Novoa había solicitado, establece que deberá el propietario hacerse cargo del desplazamiento de las redes de servicios eléctricos, cloacas, agua y gas, que existen sobre el terreno que el Sr. Novoa solicita. A la fecha, no tiene el Municipio constancia de que esto se haya cumplido y por lo tanto, no corresponde su aprobación para que se le pueda vender”; “si sabe y le consta cuales fueron los fundamentos que se tuvieron en cuenta, a fin de valorar una posible adjudicación”- “no me constan los fundamentos, solo existe un pedido de los frentistas que dan sobre la calle Bolivia, por lo que pude observar en el expediente, pedido al que el Municipio hace lugar”; “si sabe y le consta



que una vez subsanada la observación, se podría contemplar lo solicitado por el Sr. Novoa”- “en lo que se refiere a la situación de los terrenos que dan sobre calle Bolivia, entiendo que sí, que una vez cumplido con el desplazamiento de las redes existentes, no habría problema en adjudicarlo en venta al Sr. Novoa, no así a la fracción de tierras que da sobre calle Honduras, espacio que nosotros entendemos que ha sido invadido sin autorización”; “si sabe y le consta que se debe evaluar en estas situaciones”- “lo primero que hay que evaluar es el interés común de los vecinos afectados y en este interés está la cuestión de la seguridad de ellos, ya que implica un serio riesgo la presencia de instalaciones de servicios, que en el caso de las construcciones que se han realizado sobre estos terrenos han sido edificadas sobre estas redes”; “si sabe y le consta si existe una negativa expresa y definitiva, respecto a la adjudicación del lote”- “no, definitiva no, entiendo que cumplidas las condiciones que se establecieron al momento de habilitar la adjudicación en venta”; “si sabe y le consta que aspectos considera pertinentes, previo al dictado de la adjudicación”- “deberá cumplirse con el corrimiento de las instalaciones en primer término, siempre hablando de la zona que ha sido prevista ofrecer en venta, porque la situación que se presenta con el Sr. Novoa, está planteada sobre un terreno que es esquina y este no solo ha sido construido sobre calle Bolivia, sino que también ha avanzado sin autorización sobre una zona de terreno público que da sobre Honduras”.

XI.- Desde otro lado, el actor denunció como un hecho nuevo (fs. 89) que la demandada suscribió los “Planos conforme a obra” del inmueble de su propiedad.

Alegó que ello era importante para desentrañar la verdad de los hechos objeto del presente juicio, ya que el aludido instrumento arrojaba luz sobre cuestiones controvertidas en la demanda y para patentizar que el Municipio deliberadamente omitía acompañar los expedientes administrativos que le fueron solicitados. Destaca que por un lado se niega la realización de mejoras y la correspondencia de derechos sobre el lote de marras pero por el otro, presta conformidad a las obras proyectadas sobre el mismo.

A ello, el Municipio contestó –más allá de oponerse por cuestiones procesales a su introducción- que el hecho denunciado no resultaba conducente para la resolución de la causa pues el objeto de la demanda es la escrituración de la fracción ubicada frente al lote 8 de la Mza. 13 a lo que no se accedió hasta tanto no se de cumplimiento a la Ordenanza 3550/99; alega que en nada se relaciona la solicitud de escrituración con las mejoras que en ella se han realizado.

Aclara que la suscripción de un plano conforme a obra no tiene el alcance que pretende darle el accionante, dado que solo viene a constatar un hecho consumado y se otorga al solo efecto de completar los trámites pertinentes como por ejemplo acceder a una licencia comercial. Pero, agrega, no confirma la existencia de derechos sobre el lote.

Reiteraba asimismo que, “no existe una negativa arbitraria por parte del Municipio para acceder a lo peticionado por el Sr. Novoa, sino que simplemente se le exige que acredite haber tomado y ejecutado las medidas necesarias con respecto al cambio del trazado de los servicios de electricidad y gas, para garantizar no solo su propia seguridad, sino también la de los vecinos de la Ciudad de Centenario, tal como se encuentra previsto en el art. 3 de la Ord. Municipal 3550/99; que hasta el momento el Sr. Novoa no acreditó haber procedido con dichas obras, pudiendo tener tal omisión graves e impredecibles consecuencias”.

Suma a lo anterior que se solicita la escrituración cuando aún no es adjudicatario del mismo, ya que no hay acto administrativo emitido en tal sentido y que la Ordenanza solo autoriza al Poder Ejecutivo a adjudicarlo tal fracción, lo cual no ha sucedido.

XII.- Ahora bien, vale volver a recordar que la Ordenanza 3550/99 –sobre la cual el accionante ancla su derecho- se limitó a desafectar del dominio público Municipal la fracción de tierra sita frente a las viviendas que allí se detallan y a autorizar al Departamento Ejecutivo a adjudicar en venta a los respectivos frentistas dichos predios, para lo cual fijó el precio del metro cuadrado de terreno. A la par, estableció que los adjudicatarios debían afrontar los gastos que demandara la gestión respectiva en relación a los servicios de energía eléctrica y gas domiciliario.

Nada se establece allí en relación con la cantidad de metros correspondientes a cada finca, precio total a abonar, condiciones a cumplimentar, etc., todo lo cual –cabe inferir- quedaría reservado al acto administrativo de adjudicación en venta del cual, a la postre, y encontrándose cumplidas todas las obligaciones impuestas, sería procedente otorgar la escrituración.

Es que, más allá de la “autorización” para que el Departamento Ejecutivo proceda a la mentada adjudicación, no se cuenta con mayores elementos de juicio que permitan asumir que el actor, a partir de la Ordenanza referida, cuente con el derecho a exigir la escrituración a su favor de la porción de la tierra fiscal reclamada [que se encuentra incluso indeterminada en superficie] o, ubicados en un estadio anterior, que exista un derecho a serle otorgado el acto de adjudicación en venta.

Por lo demás, no permanece ajeno al análisis que aún cuando el accionante afirme haber cumplido con las condiciones que conllevarían a que le sea adjudicada la tierra, ello no encuentra sustento en la prueba rendida; antes bien, además de las irregularidades vinculadas con el avance sobre la línea municipal, lo relevante aquí es que no existen constancias que, en forma fehaciente, acrediten que se ha cumplido con las gestiones establecidas en el Art. 3º de la Ordenanza de referencia y, en las condiciones incluso sugeridas por el Comité Técnico y las empresas de servicios. De las que obran en el expediente, los informes proporcionados sólo revelan las medidas que deberían realizarse en resguardo de los frentistas y de la comunidad, más no que éstas efectivamente se hayan realizado como para poder advertir que, en forma arbitraria, la demandada está obstaculizando los efectos de la Ordenanza 3550.

En este punto, vale poner en su contexto la actuación suscripta por el “Comité de profesionales dependiente de la Secretaría de Hacienda, Obras y



Servicios Públicos de la Municipalidad” a la que el accionante, en sus alegatos, le da la entidad para desacreditar los inconvenientes técnicos opuestos por el Municipio en relación con la conexión de la red de gas y luz y también para restar relevancia al informe proporcionado por el Sr. Caldera.

Repárese que el informe de Rene Perhuil y Claudio Rosenstein que obra a fs. 17, quienes también son dependientes del Municipio (cuestión que pondera el actor para restar entidad a la declaración del Sr. Caldera en autos, extrayendo de ello un “claro sesgo de parcialidad”) expresa que “es viable el pedido” [de los vecinos de adjudicación en venta del espacio físico frente a sus viviendas sobre calle Bolivia] pero con las siguientes observaciones: “se deberá realizar la ejecución de la línea de baja tensión aérea, a los efectos de eliminar la actual línea subterránea que se encuentra ubicada en el sector a adjudicar; se preverá la reubicación de los medidores de gas sobre la nueva línea de edificación municipal; ambos trabajos, se tramitarán ante los Organismos correspondientes a fin de tomarse todos los recaudos necesarios, haciéndose cargo los vecinos de los costos ocasionados”.

Como puede verse, dicho informe no otorga más que la información en punto a la “viabilidad” –bajo esas medidas- de proceder conforme lo solicitado por los vecinos y no se advierte –tal como indica el actor en sus alegatos- que la demandada se desdiga de sus propios actos al invocar los inconvenientes técnicos, toda vez que, de acuerdo a la posición que ha asumido en autos, no rechaza definitivamente la posibilidad de que se proceda a la adjudicación sino que exige que –antes- se acredite haber realizado las medidas para minimizar los riesgos que conlleva el otorgamiento de los fondos en las condiciones que aquí han quedado patentizadas.

En este orden, no puede soslayarse que, de acuerdo al informe técnico (03/06/2008) y posterior declaración testimonial (21/10/2011-fs. 178, Sr. Caldera, técnico geógrafo matemático, dependiente del Municipio desde 1987) las observaciones en relación a las instalaciones de servicios públicos coinciden con las que ya fueran auditadas con anterioridad a la sanción de la Ordenanza, o incluso se han agravado.

Luego, más allá de que la actora objete las conclusiones del Sr. Caldera, desconociendo su idoneidad para elaborar el informe, lo cierto es que no se cuenta con otra prueba que logre sobreponerse a esos informes (recuérdese que si bien se ofreció como testigos a René Perhuil y el arquitecto Claudio Rosestein, posteriormente, se la tuvo por desistida de dicha prueba, decisión que quedó firme al rechazarse el recurso de revocatoria interpuesto por dicha parte -RI 179/13).

Para continuar, debe observarse que el Presidente del Concejo Deliberante de Centenario [donde habrían sido remitidas las actuaciones para canalizar el reclamo del actor] en su declaración de fs. 180, también sostuvo que “A la fecha, no tiene el Municipio constancia de que esto se haya cumplido y por lo tanto, no corresponde su aprobación para que se le pueda vender”.

En este contexto, entonces, las pruebas reunidas no alcanzan para acreditar que, efectivamente, esas obras –puestas a su cargo- hayan sido realizadas y, es precisamente ello lo que el Municipio estima que debe estar cumplido para poder emitir el acto de adjudicación en venta del cual, a la postre, se derivaría la pretendida escrituración.

En otras palabras, partiendo de las medidas que deben ser cumplidas en relación con las redes de servicios domiciliarios y en tanto persistan tales condiciones, la Municipalidad considera que no es dable avanzar en la adjudicación en venta.

Dado que la Ordenanza en cuestión sólo autoriza al Órgano Ejecutivo a adjudicar en venta a los respectivos frentistas y fija el precio del metro cuadrado de tierra, no emerge de allí que efectivamente exista un derecho en cabeza del actor a obtener sin mayores condicionamientos la escritura de la fracción de terreno reclamada.

Es más, siguiendo los considerandos de dicho acto, “la adjudicación de dichos predios frente a la vivienda de los solicitantes, implicaría la reubicación de los medidores de servicios de gas domiciliario y energía eléctrica” con lo cual, más allá de la “viabilidad” de la solicitud de los vecinos –para lo cual se procedió a la desafectación del dominio público municipal de las fracciones de tierra- lo cierto es que, son esas “implicancias” las que el Municipio está oponiendo para negarse al dictado del acto de adjudicación dejando a salvo que, acreditado que se encuentre que ello fue cumplido y no hay riesgo para los vecinos, procederá en consecuencia.

Y a riesgo de sobreabundar, vale reiterar que, de la prueba reunida, no existe constancia de que esas medidas hayan sido efectivamente llevadas a cabo; por caso, las declaraciones rendidas no coadyuvan a la posición actoral y no existe en la causa otra prueba de la que pueda extraerse una conclusión distinta.

En ese plano, sin dejar de atender al esfuerzo argumentativo empleado por la accionante para tratar de patentizar que la omisión de la demandada (de remitir los expedientes administrativos) traducen la intencionalidad de no arrimar la prueba necesaria que permitiría acreditar los extremos discutidos, lo cierto es que, en este caso, aún de considerarse lo dispuesto por el art. 388 del CPCyC no hay modo de poder extraer una conclusión distinta en pos de la procedencia de la pretensión de escrituración.

Para más precisión de lo dicho: en el relato de la demanda se exponen los hechos, los que guardan relación con el resto de las constancias examinadas; cuando ofrece la prueba, la actora ofrece el Expediente 2371/7 y/o la totalidad de las actuaciones administrativas labradas con motivo del reclamo de marras.

La referencia a dicho expediente se encuentra al momento de ofrecerse la prueba instrumental (“en croquis agregado a fs. 16. Expte. 2371”); la demandada remitió –en oportunidad del art. 38 de la Ley 1305-, el expediente 18564/09 que ya fue descripto párrafos arriba (en ese momento no



le fue requerido el n° 2371); cuando libra el oficio de fs. 139 requiriendo el Expediente 2371/09 (agrega el 4790/9) y ante su no remisión, la actora solicita que se haga efectivo el apercibimiento contenido en el art. 388 “ya que de los elementos de juicio resulta manifiestamente verosímil su existencia y contenido”.

Pero, más allá del croquis señalado, no hay otra referencia a qué situación, documentación, etc. emergería de las actuaciones no remitidas como para que, teniendo por verosímil su existencia y contenido, pudiera colegirse que le asiste al accionante el derecho de obtener la escrituración del lote en las condiciones de esta causa.

Incluso, no puede dejar de advertirse que los efectos que el actor le asigna a la omisión de remitir las actuaciones administrativas están dirigidos a tratar de patentizar que el Municipio habría actuado arbitrariamente y con excusas para no proceder a otorgarle la adjudicación, pero esa situación no logra conmover el análisis efectuado sobre las condiciones en que hubiera sido posible avanzar con el trámite (más, si se atiende a los alegatos de la parte actora donde argumenta en pos de la falta de injerencia del Municipio para inmiscuirse en las gestiones vinculadas con la instalación de los servicios los que, dice, quedan a cargo de los vecinos a quienes se les haría saber si existe algún impedimento técnico).

Recuérdese que en su demanda afirmaba “haber cumplimentado las obligaciones impuestas por la Ordenanza 3550/99 en cuanto a conexión de servicios de agua, cloacas y energía eléctrica”.

Y, en este orden, se le otorga relevancia a la suscripción del “Plano de conforme obra” efectuada por la demandada, entendiéndose que ello es una prueba indubitable de que son excusas las que opone el Municipio para no proceder a la adjudicación ya que el habilitarse la construcción sobre el terreno de marras, permitiría inferir el reconocimiento de que éste estaría en condiciones de ser adjudicado.

En punto a ello, no cabe soslayar la errática conducta del Municipio sea de cara a la circunstancia señalada (y las razones expuestas a fs. 101/102) sea en cuanto percibió importes en concepto de “Ord. 3550/99” –fs. 20/21- (cuando ni siquiera es posible conocer cómo se determinó dicho monto, superficie, conceptos, etc.) pero, no obstante, en las condiciones de esta causa, ello luce insuficiente como para acordar el derecho a la escrituración que se pretende.

Las circunstancias vinculadas con las obligaciones que deberían encontrarse cumplidas por parte del actor, sumado a la imposibilidad de reconocer que en virtud de la Ordenanza 3550/99 emerja que se le ha otorgado un “derecho” a la adjudicación en esas condiciones (vértice desde el cual el Departamento Ejecutivo debería haber procedido sin más a dictar el acto pertinente), más la indeterminación de la porción de la tierra reclamada, superficie, elementos identificatorios, etc. son todos obstáculos que impiden acordarle el derecho a la escrituración pretendida.

Es que si bien la errática posición que ha asumido el Municipio [producto de la deficiente técnica legislativa empleada en la Ordenanza 3550/99 y, de la actuación descoordinada de sus áreas] pudo ciertamente crear en el accionante su convicción de que le asistía el derecho a obtener del Municipio la escrituración de la porción de tierra a su favor, en el estado que aquí ha quedado patentizada la situación, no es posible reconocer más que la expectativa a que, cumplidas las medidas vinculadas con los servicios que deberán ser relocalizados para evitar peligros o daños a terceros e incluso a los propios vecinos, pueda avanzarse en el trámite tendiente al dictado del acto de adjudicación y posterior escrituración.

En este escenario, entonces, todo lleva a colegir que la demanda debe ser rechazada.

No obstante, las razones que han sido señaladas párrafos arriba, justifican que las costas sean impuestas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Por compartir el análisis y las conclusiones del Dr. Kohon, es que adhiero en un todo al voto precedente. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR en todas sus partes la acción interpuesta por el Sr. Héctor Ernesto Novoa contra la Municipalidad de Centenario. 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C.yC. y 78 de la Ley 1.305). 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

**"VENTURA LEANDRO JOSÉ MARIA Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3293/2011) –



Acuerdo: 107/16 – Fecha: 08/12/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO PUBLICO. DIRECCION PROVINCIAL DE RENTAS. REGISTRACION COMO DEPENDIENTES DEL ORGANISMO. LEY DE REMUNERACIONES. BONIFICACION. FONDO ESTIMULO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

La demanda en donde los actores reclaman su registración como empleados de la Dirección Provincial de Rentas (D.P.R) y que se les abone el Fondo Estímulo previsto para el personal que se desempeña en dicho organismo, debe ser rechazada. Ello es así, ya que pese a que los actores prestaron tareas en la DPR hasta julio de 2010, el hecho de que nunca dependieron de dicho organismo y de que optaron por no participar de la posibilidad concreta de regularizar su situación, se presentan como obstáculos a las pretensiones de cobro de la bonificación y de incorporación a la estructura funcional de la DPR, esgrimidas en esta causa.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 107. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Dra. Luisa Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “VENTURA LEANDRO JOSÉ MARIA Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3293/2011, en trámite 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. 83/101 se presentan Leandro Ventura, Ximena Guadalupe De Martín, Verónica Paola Carrera y Patricia Silvana Domínguez, con patrocinio letrado e interponen acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén.

Solicitan se declare la inexistencia y, en su caso, la nulidad de los Decretos 865/10 (y Anexos) y 2589/10 y, en consecuencia, de la Resolución 370/09 de la DPR y el Decreto 2587/10. Asimismo, requieren que se ordene su registración como empleados de la Dirección Provincial de Rentas y que se les abone el Fondo Estímulo previsto para el personal que se desempeña en dicho organismo.

Exponen que las actoras De Martín, Domínguez y Carrera ingresaron a la DPR en julio de 2005 como practicantes rentadas -Resolución 102/5 y posteriores renovaciones a través de las Resoluciones 078/06 y 119/07- hasta el 31 de diciembre de 2010. Respecto al Sr. Ventura, indican que ingresó como pasante de la UNCo, en febrero de 2004 hasta noviembre de 2005, fecha en la que luego fue incorporado como practicante rentado (Resolución 149/05, renovada hasta noviembre de 2007).

Dicen que mediante -Decreto 2049/07 y Resolución 169/07- los 4 fueron designados, el 31 de octubre de 2007, en la Planta Permanente de la Provincia en la órbita de la Subsecretaría de Finanzas Públicas.

Agregan que, sin perjuicio de ello, continuaron prestando tareas en la DPR, sin norma de adscripción a dicho organismo.

Expresan que en junio de 2008 la DPR inició el Expte. 4795-01252 a efectos de la correcta registración de los actores como empleados de dicha dependencia.

Afirman que en enero de 2009 el Director Provincial de Rentas dispuso la reserva de dicho expediente y ordenó no innovar hasta tanto se efectivizara el Convenio Colectivo de Trabajo.

Apuntan que en noviembre de 2009 interpusieron una reclamación administrativa contra esa decisión, la que fue rechazada mediante Resolución 370/09.

Indican que en abril de 2010 plantearon recurso administrativo ante el Ministerio y, frente al silencio, en agosto de 2010 lo reiteraron ante el Gobernador.

Refieren que en junio de 2010 se publicó el Decreto 865/10 por el que se dispuso un “llamado a selección interna de personal” para ser designado en la DPR.

Indican que plantearon recurso administrativo contra el citado decreto, el que fue rechazado mediante Decreto 2589/10.

Sostienen que, debido a que no participaron del concurso, el 5 de julio de 2010 se les ordenó presentarse a trabajar ante la Subsecretaría de Ingresos Públicos.





Agregan que, luego de la presentación ante la Subsecretaría de Finanzas Públicas, Patricia Domínguez fue reubicada en la Subsecretaría de Gobierno, Verónica Carrera en el Tribunal de Tasaciones, De Martín en Despacho de la Subsecretaría de Ingresos Públicos y Ventura se encuentra con licencia psicológica como consecuencia de la presión sufrida durante un año.

Señalan que desde el inicio de la relación prestaron servicios efectivos e ininterrumpidos en la DPR y que por razones formales que desconocen fueron designados en la Planta Permanente de la Subsecretaría de Finanzas Públicas del Ministerio de Hacienda.

Alegan que a raíz de haber sido designados en otro organismo, no percibieron la Bonificación Fondo Estímulo que cobran los empleados de la DPR.

Argumentan que la referida bonificación reside en la especificidad de tareas desarrolladas, en la necesidad de capacitación y en la función recaudatoria que presta el personal de la DPR.

Resaltan que, a diferencia de sus compañeros, una vez ingresados a planta permanente, nunca percibieron la bonificación en cuestión.

Refieren al Expte. Administrativo 4795-01252/2008 iniciado por la DPR de oficio a efectos de la correcta registración. Destacan que el dictamen de la Asesoría Legal de la Subsecretaría de Finanzas propició la regularización de la situación formal de revista en el organismo en el que se prestaban los servicios.

Cuentan que, a raíz de la paralización de esas actuaciones, reclamaron la regularización de su situación y la liquidación y el pago de la bonificación Fondo Estímulo.

Dicen que la Resolución 370/09, que rechazó su reclamo, vulnera el art. 14 bis de la CN porque su fundamento fue que los recurrentes no encuadraban en las exigencias previstas en el Decreto 4177/98 (que dispone que el Fondo Estímulo está destinado a la planta presupuestaria).

Además critican que, en dicho acto, se haya interpretado que el Decreto 4177/98 derogó al Decreto 2747/87. En tal sentido, alegan que este último sigue siendo el régimen de liquidación de deducciones y detracciones del Fondo Estímulo ya que, de lo contrario, ningún empleado de la DPR cobraría este adicional.

Entienden que cuando el Decreto 4177/98 dispone “planta presupuestaria” refiere al presupuesto general de la Provincia, no al del organismo, porque lo que se quería evitar era el pago del fondo a empleados contratados o de planta temporaria y asegurarse que sólo lo percibieran quienes estaban afectados a la recaudación.

Describen los recursos interpuestos con posterioridad y señalan que el Decreto 2587/10 fundó el rechazo en que la aplicación del Decreto 4177/98 pretendía excluir del fondo estímulo al personal adscripto, que no tiene relación de dependencia con la DPR porque pertenece a otro organismo.

Refutan este argumento porque afirman que no son adscriptos ya que no existe norma de adscripción.

Sostienen que su situación obedece a un error administrativo cometido al momento de confeccionar la norma de pase a planta que fue reconocido por la Administración en el Expte. 4795-001252.

Narran que en junio de 2010 se los incluyó en el Decreto 862/10, pese a que no podía obligárselos a rendir concurso para ingresar cuando ya habían sido designados en planta permanente del Poder Ejecutivo.

Entienden que dicho acto vulnera su derecho de defensa y de igualdad, ya que otorgaba mayores beneficios a los practicantes rentados (que podían ingresar con categoría FUC o FUD) que a los restantes, entre los que estaban ellos (que podían ingresar con categoría OSA).

Agregan que también se vulneró el debido proceso porque no estaba previsto algún procedimiento de impugnación lo que denota un peligroso margen de discrecionalidad respecto de las calificaciones y el orden de mérito, y sin posibilidad de revisión.

Alegan que el Decreto es irrazonable ya que en sus considerandos se estableció que se llamaba a concurso para regularizar la situación cuando los únicos objetivos de un concurso pueden ser el ingreso o las promociones de los agentes.

A su modo de ver, la intención de la DPR fue empeorar su situación laboral con un sistema de estabilidad impropia y, por ello, el concurso es nulo, irrazonable e ilegal. Añaden que se dictó para buscar fundamentos para denegarles por más de tres años la percepción del Fondo Estímulo.

Afirman que la publicidad del llamado a concurso fue deficiente e incompleta.

Asimismo, sostienen que no se cumplió con los recaudos establecidos en el reglamento para el llamado a concurso y señalan irregularidades en punto a la designación de los jurados, a la función de los veedores, a que no se detallan los requisitos específicos para cada puesto, a la forma de evaluación y el requisito académico impuesto como condición -con la intención de colocarlos en desventaja ya que, de antemano, sabían que reunirían el 40% de los puntos en juego.

Aseguran que tienen un derecho adquirido a la percepción del Fondo Estímulo porque, si bien los designaron en la planta permanente de la Subsecretaría de Finanzas, siempre prestaron servicios en la DPR con idénticas tareas y de la misma complejidad que el personal permanente de dicho sector.

A continuación, analizan la naturaleza del Fondo Estímulo que percibe el personal de la DPR. Refieren a la Ley 2253 y al Decreto 2747/87 y sostienen que es una bonificación que requiere la prestación efectiva de servicios y que, por lo tanto, les corresponde su percepción.

Afirman que su falta de percepción configura un trato discriminatorio injustificado y que no es razón suficiente para no pagárselo, la existencia de



una norma que dispuso su reubicación.

Refieren a actos posteriores al concurso a través de los cuales –entienden- que se los amedrentaba para que desistan de sus derechos. Añade que alegaron acoso laboral y que fueron perseguidos de manera verbal y que se los presionaba para que se presentaran a rendir el concurso y que, ante su negativa y la interposición del recurso impugnando el Decreto 865/10, se les notificó que debían prestar servicios en el Ministerio de Hacienda.

Dicen que se presentaron ante el Subsecretario de Ingresos Públicos quien les informó que ya vería dónde los ubicaban, que ficharan y se retiraran porque no había espacio físico ni tareas para asignarles.

Califican la conducta estatal como un ejercicio abusivo del ius variandi porque entienden que se utilizó a modo de sanción y porque, a la vez, implica un perjuicio ya que los priva de percibir el Fondo Estímulo que puede alcanzar, dependiendo de la recaudación, hasta el 100% más de salario.

Mencionan el Decreto 2589/10 que resolvió el recurso contra el Decreto 865/10 y señalan que en sus considerandos se estableció que el examen era optativo sin afectación del derecho a la estabilidad ni al ascenso pero que, sin embargo, se los expulsó de la DPR por negarse a rendir lo que indica que no era opcional.

Detallan los vicios que le endilgan a la Resolución 370/09 y al Decreto 2587/10 respecto de su motivación y, también, los derechos y garantías constitucionales que estiman vulnerados (14 bis, 16, 17, 28, 75 incs. 22 y 23 de la CN y 29 de la CP).

Por último, hacen reserva del caso federal, ofrecen prueba y efectúan su petitorio.

II.- A fs. 111, mediante Resolución Interlocutoria 305/11 se declaró la admisión del proceso.

Efectuada opción por el proceso ordinario y ofrecida la prueba, se corrió traslado de la demanda.

III.- A fs. 126/134 compareció la Provincia del Neuquén y efectuó su responde.

Luego de las negativas de rigor, refirió a los antecedentes del caso. Entre ellos menciona la Resolución 169/07, ratificada por Decreto 2049/07, que designó a los accionantes en la planta de la Subsecretaría de Finanzas Públicas con categoría OSA; el reclamo de diciembre de 2009 por el que los actores y otros agentes solicitaban el pago del Fondo Estímulo; la Resolución 370/09; el Decreto 865/10 que aprobó el llamado a concurso; el Decreto 986/10 que aprobó el nuevo cronograma de fechas y plazos del concurso; el Decreto 1253/10 que ratificó el acta de resultados finales del concurso; y el Dictamen 364/10 que recomendó rechazar el reclamo de pago de Fondo Estímulo.

Sintetiza los considerandos del Decreto 2587/10 y resalta los que aluden a que los reclamantes, a pesar de prestar servicios en la DPR desde el inicio del vínculo, pertenecen a la planta de la Subsecretaría de Ingresos Públicos, dependencia que abona sus haberes y controla su presentismo.

A continuación, se ocupa del Decreto 2589/10, que rechazó el reclamo contra el Decreto 862/10 con fundamento en que se dio la posibilidad a los actores de ser nombrados en la planta de la DPR; que el concurso era optativo para quienes cumplieran los requisitos pero quienes no participaran debían regresar a la Secretaría de Ingresos Públicos, lugar en el que habían sido designados, sin que ello vulnerara el derecho a la estabilidad, ni a la carrera administrativa.

Sostiene que resulta aplicable el art. 8 de la Ley 1305 porque la pretensión de que se registre a los actores como empleados de la DPR, que no es accesoria de la de pago de fondo estímulo, no fue introducida en sede administrativa, ámbito en el que sólo requirieron el pago del Fondo Estímulo y la anulación del llamado a concurso interno.

Refiere a los argumentos esgrimidos por los accionantes para demandar la nulidad de los Decretos 865/10 y 2589/10, la Resolución 370/09 y el Decreto 2587/10. Destaca que no atacaron la legitimidad de los actos que los designaron en la planta de la Subsecretaría de Ingresos Públicos.

Refuta la pretensión de cobro de Fondo Estímulo y la nulidad del llamado a concurso argumentando que se abrió un llamado a selección interna para el personal de la Secretaría de Ingresos Públicos que prestaba tareas en la DPR (a efectos de ingresar en su planta presupuestaria y el correlativo derecho a la percepción de dicha bonificación) pero que los actores no rindieron el examen.

Respecto a la alegada vulneración al derecho de igualdad, pone de resalto las diferencias existentes entre la situación de los practicantes rentados y el personal de planta permanente de la Subsecretaría de Ingresos Públicos.

Manifiesta que la Resolución 370/09 es legítima y ajustada a derecho.

Cita el art. 45 de la Ley de Remuneraciones y los Decretos 2247/87 y 4177/98 (art. 6 inc. 4) y concluye que los actores están excluidos del derecho a percibir la bonificación Fondo Estímulo porque la aplicación al personal adscripto no está contemplada.

Señala que son requisitos para la percepción de este adicional pertenecer a la planta presupuestaria de la DPR y prestar servicios efectivos en ese organismo o en la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial.

Agrega que los actores sólo cumplen el segundo requisito ya que pertenecen a la planta de la Subsecretaría de Ingresos Públicos por decisión del Poder Ejecutivo órgano que, en uso de sus facultades, puede crear, restaurar, fusionar y reordenar las plantas de personal, reubicar los recursos humanos y adoptar las medidas necesarias para el funcionamiento de los organismos provinciales y el desenvolvimiento de su personal, para el mejor cumplimiento de la Ley de Ministerios (2571).

Para culminar, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda, con costas.





IV. – A fs. 140 se abrió la causa a prueba y se ordenaron las ofrecidas por las partes.

A fs. 259 se clausuró el periodo probatorio y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 261/2 obra agregado el alegato de la parte actora.

V.- A fs. 265/273 luce el dictamen del Señor Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VI.- Conforme fuera relatado, los actores solicitan que se ordene su registración como empleados de la Dirección Provincial de Rentas y que se les abone el Fondo Estímulo previsto para el personal que se desempeña en dicho organismo, por el periodo agosto de 2007 a julio de 2010.

A tal efecto, requieren se declare la inexistencia y, en su caso, la nulidad de los Decretos 865/10 (y Anexos) y 2589/10 y, en consecuencia, de la Resolución 370/09 de la DPR y el Decreto 2587/10.

La demandada alega que no les corresponde la percepción del adicional porque no pertenecen a la planta presupuestaria de la DPR.

Conforme las posiciones asumidas por las partes, no está discutido que los actores ingresaron a la DPR como pasantes rentados y que en el 2007 fueron designados en planta permanente en la órbita de la Subsecretaría de Finanzas Públicas del Ministerio de Hacienda, Finanzas y Obras Públicas.

Del mismo modo, son contestes en que los actores cumplieron tareas en la DPR desde el ingreso hasta julio de 2010 en que fueron reubicados en distintas reparticiones.

Ahora bien, respecto al adicional denominado Fondo Estímulo, el art. 45 de la Ley de Remuneraciones dispone: “Establécese para los distintos niveles de Dirección, funcionarios y personal dependiente de la Dirección Provincial de

Rentas y de la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial un “Fondo Estímulo” del uno punto veinte por ciento (1.20%) del importe mensual de la recaudación de los impuestos, tasas y otros gravámenes cuya percepción y fiscalización se encuentra a cargo de la Dirección Provincial de Rentas. ...: a) La bonificación de este Fondo Estímulo es variable, no permanente, con derecho a su percepción sólo por parte del personal que preste servicios efectivos en relación de dependencia en los citados organismos...”

A su vez, el Decreto 4177/98 –Reglamento de Distribución de la bonificación Fondo Estímulo- dispone que se aplicará a todo el personal de planta presupuestaria que preste servicios efectivos en relación de dependencia en la DPR y en la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial.

El mencionado reglamento en su art. 6 enumera los casos en que la bonificación en cuestión tendrá un tratamiento particular.

Así, en los puntos 3 y 4 refiere al personal que prestando servicios en las Direcciones Provinciales tenga carácter de contratado para cualquier tipo de prestación, o se encuentre cumpliendo tareas a través del régimen de prácticas rentadas y al personal afectado mediante adscripciones desde otras unidades organizativas, contando con la correspondiente norma legal.

Para ambos casos el inc. c) dispone que no percibirán bonificación fondo estímulo mientras mantengan dicha situación de revista.

Tanto de las prescripciones de la ley como del Decreto surge que esta bonificación alcanza a los agentes dependientes de la DPR o de Catastro que prestan servicios efectivos en dichas reparticiones

Así, conforme a la normativa aplicable, la situación en que se encontraban los actores, tanto a su ingreso como luego de la incorporación a planta permanente, no cumple con los recaudos necesarios para la percepción de la bonificación.

Es que, si bien prestaban tareas en la Dirección Provincial de Rentas, no dependían de dicho organismo.

En efecto, tal como antes se señalara, en el año 2007 los accionantes fueron designados en la planta permanente de la Subsecretaría de Ingresos Públicos.

Luego, en el año 2009, sin impugnar el acto de designación, interpusieron un reclamo en el que sólo peticionaron el pago de la bonificación Fondo Estímulo (pretensión rechazada mediante Resolución 370/09).

Por otro lado, mediante Decreto 865/10, en lo que aquí interesa, se aprobó el llamado a Selección Interna para los agentes que perteneciendo a la planta de personal de la Subsecretaría de Hacienda y de la Subsecretaría de Ingresos Públicos del Ministerio de Hacienda y Obras Públicas, se encontraban desarrollando tareas en la DPR.

En los considerandos del decreto se fundamentó dicha decisión en que correspondía regularizar la situación de los agentes que se encontraban en tales circunstancias.

Los accionantes cuestionaron el llamado, decidieron seguir la vía impugnativa planteando la nulidad del Decreto y no se presentaron.

Sin embargo, el referido llamado a selección interna les daba la posibilidad de pasar a depender de la DPR, tal como ocurrió con otros agentes en idéntica situación que se presentaron al llamado, cumplieron con la metodología establecida en el Anexo II del Decreto 865 y luego fueron reubicados en la DPR (cfr. Decreto 1253/10 que obra a fs. 158/9 del Expte. 4795-006076/2010).

Además, no se advierte en el expediente administrativo en el que tramitó el llamado (4795-006076/2010) la existencia de irregularidades que habiliten su invalidación. Por el contrario, surge de dichas actuaciones que se intentó, de acuerdo a las necesidades del organismo y con la idoneidad como norte, regularizar la situación de practicantes rentados y de agentes que perteneciendo a otros organismos prestaban tareas en la DPR.



Por otro lado, de las actuaciones administrativas acompañadas (devenidas en única prueba como consecuencia de la negligencia y desistimiento de las restantes ofrecidas), no se advierte el trato discriminatorio o la persecución denunciada en el escrito introductorio.

Entonces, pese a que los actores prestaron tareas en la DPR hasta julio de 2010, el hecho de que nunca dependieron de dicho organismo y de que optaron por no participar de la posibilidad concreta de regularizar su situación, se presentan como obstáculos a las pretensiones de cobro de la bonificación y de incorporación a la estructura funcional de la DPR, esgrimidas en esta causa.

Frente a este cuadro de situación, deviene innecesario profundizar el análisis de la cuestión ya que las falencias señaladas y la ausencia de elementos que permitan reprochar de algún modo la conducta estatal aquí cuestionada, determinan la improcedencia de la pretensión.

En consecuencia, el rechazo de la demanda se impone.

En atención al modo en que se resuelve, las costas se impondrán a la actora vencida (art. 68 del CPCyC y 78 de la ley 1305). ASI VOTO.

El Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: adhiero a la postura sustentada por el

Señor Vocal que me precede en el orden de votación, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda interpuesta por Leandro José María Ventura, Ximena Guadalupe De Martín, Verónica Paola Carrera y Patricia Silvana Domínguez contra la Provincia de Neuquén. 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del CPCyC y 78 de la ley 1305). 3º) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

## "BLOK MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"

– Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4088/2013) – Acuerdo: 108/17 – Fecha: 08/11/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

### EMPLEADO PUBLICO. REENCUADRAMIENTO LABORAL. REQUISITOS.

La prestación de tareas en jornadas de 8 hs diarias (con excedente respecto de su encuadramiento P.30) no es suficiente para la obtención del reencuadramiento, correspondiendo acumular los demás requisitos de dedicación exclusiva o cargo de conducción.

#### Texto completo:

ACUERDO N° 108. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "BLOK MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 4088/2013, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 50/55 vta. Se presenta el Sr. Miguel Ángel Blok, por apoderado y promueve demanda contra la Provincia del Neuquén. Solicita el pago de las diferencias salariales entre la categoría P.30 y P.40 (del Sistema de Salud Público provincial) entre el 10/12/2007 y el 18/03/2009, las que estima en la suma aproximada de \$38.000 más intereses y costas. Requiere la anulación del Decreto N° 2270/12 que denegó su reclamo administrativo.

Invoca que es Contador Público Nacional y empleado de la Subsecretaría de Salud, que fue reubicado en el Hospital Provincial de Neuquén, proveniente del IPVU, por Decreto 237/98 del 27/01/1998, para ocupar el cargo de Gerente Administrativo de dicho nosocomio, con categoría FUA de acuerdo a concurso interno efectuado por Decreto 3513/97.



Sostiene que posteriormente se le asignaron funciones en otras áreas del Estado Provincial, destacando que el 30/03/2006 fue designado en "comisión de servicios" en el Ministerio de Jefatura de Gabinete según Res. Conjunta N° 315/06 de esa dependencia y el Ministerio de Salud y Seguridad Social, desarrollando funciones en tales condiciones en CORFONE hasta el 21/12/2007.

Desde esa fecha, agrega, se reintegró a la planta de la Subsecretaría de Salud, haciendo uso de licencia ordinaria hasta el 08/03/2008.

Alega que luego pasó a prestar funciones de Coordinador Administrativo de la Oficina de Tecnologías de la Información y la Comunicación (OTIC), iniciándose el trámite de reubicación y traspaso de la carga presupuestaria desde la Subsecretaría mencionada que, finalmente, quedó trunco debido a la necesidad de personal profesional contable en su organismo de origen.

De este modo, afirma, fue destinado a cumplir funciones de Auditor en la órbita de la Dirección General de Auditoría Interna de la Subsecretaría de Salud.

Refiere que, por su trabajo profesional en la administración pública, siempre percibió haberes correspondientes a categoría FUA y que a su regreso a la Subsecretaría de Salud se le comunicó su recategorización como "Profesional

Área Contable P.30" conforme nuevo Escalafón -Ley 2562- a partir del 10/12/2007.

Reprocha la decisión, en tanto considera que el encuadre correcto era en categoría P.40, toda vez que esta resulta asimilable a la categoría que, según el anterior Escalafón General detentaba -FUA-, por ser, ambas, las más altas en cada régimen; además de la función profesional que siguió desarrollando.

Agrega que esa asimilación recién fue acordada mediante Decreto N° 418/09 del 19/03/2009 pero a partir de su dictado cuando, entiende, debió hacérselo retroactivamente a su regreso a la Subsecretaría de Salud, máxime porque el Subsecretario -Dr. Ferrón- tenía conocimiento de su reclamo del 8/10/2008.

Cuestiona dicho acto por la falta de argumentación.

Invoca perjuicio económico (diferencias salariales) por la incorrecta recategorización, violación del derecho a la propiedad y enriquecimiento sin causa del Estado Provincial. Y, a continuación, detalla los diversos reclamos interpuestos y las respuestas denegatorias de la administración (Disp. N° 1673/11).

Destaca que a partir del 18/01/2008, cuando ya se había reincorporado a la Subsecretaría de Salud, ésta, de hecho, le asignó tareas que implicaban una jornada de 8 hs. diarias y 40 hs. semanales, cumpliendo de ese modo el requisito de carga horaria fijado para el agrupamiento P.40.

De este modo, considera que es el encuadre que originalmente debió acordársele con "dedicación exclusiva".

Postula que su pretensión encuentra respaldo en la Ley 2562 que establece regímenes laborales específicos para profesionales (Art. 2° -apartado E-1) y disposiciones transitorias para recategorización de profesionales no médicos (Art. 6°). En base a este último precepto, afirma que los profesionales no médicos bajo régimen de 40 hs. semanales sin dedicación exclusiva o de 35 hs. semanales debían ser reubicados en el de 40 hs. semanales con dedicación exclusiva (P.40).

Asimismo, sostiene que de modificarse esta directiva legal, tendría que haberse notificado para que pudiera hacer uso de su derecho de defensa, lo cual en este caso, no ocurrió, afectándose el principio de legalidad y defensa garantizados en la Ley 1284.

Ofrece prueba, funda en derecho, y formula petitorio.

II.- Mediante RI 489/13 -fs. 68- se declara, de conformidad con el dictamen fiscal, la admisión del proceso. A fs. 70 el actor formula opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

III.- A fs. 79/84 contesta demanda la Provincia del Neuquén, y solicita el rechazo de la acción incoada.

Realiza las negativas de rigor procesal, y desconoce la autenticidad de los documentos acompañados con la demanda, que no fueran objeto de expreso reconocimiento.

Efectúa un resumen de los antecedentes administrativos del caso y da su versión de los hechos.

Coincide con la carrera administrativa descrita por el actor, su categoría de revista FUA, los diversos pases a otros organismos y sectores del estado Provincial, uso de licencias ordinarias y reincorporación a la Subsecretaría de Salud en fecha 21/12/2007.

Destaca que a raíz de ese reintegro a su lugar de trabajo, más precisamente a partir del 10/12/2007, fue recategorizado como Profesional de Área Contable (PAC) con régimen de 30 hs. semanales y que al momento de contestar demanda había sido encuadrado en el puesto "Profesional Área Contable (PAC)" de la Subsecretaría de Salud, agrupamiento profesional bajo el régimen de 40 hs. semanales con dedicación exclusiva.

Enumera los reclamos y recursos interpuestos por el accionante a fin de que se le reconozcan diferencias salariales entre dichas recategorizaciones (durante el período comprendido entre el 10/12/2007 al 18/03/2009) y las respuestas denegatorias de la administración (Disp. N° 1673/11, Res. N° 479/12 y Decreto N° 2270/12), transcribiendo sus fundamentos.

Detalla que el encuadre en el régimen laboral que reclama el Sr. Blok constituye una facultad discrecional de la administración puesto que el Art. 6 de la Ley 2562 dispuso que la inclusión en los mismos quedaba sujeto a la estimación de necesidad del servicio que hiciera la autoridad.

Afirma que el encasillamiento en el agrupamiento PAC con un régimen de 30 hs. semanales sin dedicación exclusiva, impide el cobro de haberes correspondientes a otro encuadre.



Aduna que el Decreto N° 418/09 fue claro en cuanto a la vigencia de esa medida, esto es del 19/03/2009 en adelante, no efectuando reconocimiento retroactivo alguno.

Sostiene que no hubo arbitrariedad ni ilegitimidad en los diversos encasillamientos, conforme la Ley 2562, por cuanto se ajustaron a dicha normativa.

Deniega incorrecta liquidación de sueldos y existencia de deuda alguna toda vez que la remuneración de actor se ajustó al agrupamiento y encuadre dado.

Por tal motivo, considera que debe rechazarse la demanda. A continuación, se opone a la pericial contable, alegando improcedencia de la misma y solicitando su diferimiento para la etapa de ejecución de sentencia. Subsidiariamente, manifiesta desinterés de dicha prueba.

Finalmente, formula petitorio.

IV.- A fs. 88 se abre la causa a prueba. A fs 91, mediante RI N° 423/14, se difiere la producción de la prueba pericial contable para la etapa de ejecución de sentencia.

A fs. 97 se dispone darle, al presente, trámite directo en función del Art. 61 de la Ley 1305.

V.- A fs. 111/115vta. emite opinión el Fiscal General, quien destaca que no existen elementos en la causa que indiquen que el agente, luego de operada su reincorporación a la dependencia de origen, hubiera sido incluido en la modalidad dedicación exclusiva ni que se le hubiera acordado dicho adicional.

Continúa enfatizando que el propio accionante jamás afirmó haberse encontrado en tal situación, circunstancia confirmada a través de los recibos de haberes adjuntados.

Bajo tales premisas, y considerando la carencia de tal designación, propicia rechazar la demanda.

VI.- A fs. 116 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Previo a abordar la cuestión, es dable realizar un repaso de los antecedentes obrantes en autos, en orden cronológico.

VIII.1.- Mediante Decreto N° 0231/98 (fs. 9 del Expte. 4400-002010/2011), se reubicó al Sr. Miguel Angel Blok a partir del 15 de enero de 1998 y por el término de seis meses, en el Hospital Provincial Sr. Eduardo Castro Rendón, dependiente de la Subsecretaría de Salud, afectado al programa 006-Atención Integral de la Salud-Sub programa 001.

El mismo acto, y por el mismo plazo, lo designa como Gerente Administrativo del Hospital, por haber resultado ganador del Concurso Interno, Categoría FS1.

Establece, del mismo modo, que vencido dicho término, y previa evaluación positiva, las funciones de Gerente de Administración serán asignadas en forma definitiva, con la fecha de finalización estipulada en el concurso.

Posteriormente, mediante Resolución N° 315/06 (fs. 13 Expte. 4400-002010/2011) del 30/03/2006, se destaca en Comisión de Servicios en el ministerio Jefatura de Gabinete al Sr. Blok, entre otros agentes, a partir del 1° de noviembre de 2005 y mientras sean necesarios sus servicios en dicho organismo.

A fs. 15 del citado expediente administrativo, consta la Nota N° 414/08 del 13/06/2008, de la Coordinación de la Oficina Provincial de Tecnologías de la Información y la Comunicación.

En la misma se informa al Subsecretario de Salud Pública que el Sr. Blok presta servicios desde el día 26 de mayo de 2008 en la referida Oficina, por lo que le solicita el pase, específicamente, al área de Administración.

Destaca que el empleado desempeñará tareas de Coordinación Administrativa con categoría FUA, con sus respectivos puntajes según corresponda y hasta tanto se realce el pase con la carga presupuestaria a la Secretaría de Estado.

A fs. 16 se agrega un pase de la Dirección Gral. de Recursos Humanos de la Subsecretaría de Salud, informando que se autoriza el pase del agente desde la Subsecretaría, únicamente con la reposición de la vacante respectiva, teniendo en cuenta la necesidad de designar un reemplazante.

Por su parte, consta a fs. 14 de dichas actuaciones, una certificación laboral de la Corporación Forestal Neuquina S.A., fechada el 15/12/2009, que acredita que el actor desempeñó actividades contables en dicha empresa hasta el día 21/12/2007, a solicitud del Presidente de la misma.

A fs. 61/66, se agrega el Decreto N° 1894/07 del 10/10/2007, mediante el cual se propone jerarquizar las tareas de conducción del nivel Central a fin de consolidar y fortalecer la organización.

Aprueba, a partir del 1° de Julio de 2007, la planta funcional del Nivel Central de la Subsecretaría de Salud.

Finalmente, a fs. 07 y mediante Decreto 0418/09 del 19/03/2009, se asigna a partir de la firma del acto, en la Planta Funcional de la Subsecretaría de Salud, al puesto “profesional área Contable (PAC), secuencia 010”, lo establecido en el Artículo 2° Punto E-1 Agrupamiento “Profesional” inciso a), Punto E-2 Inciso c) de la Ley 2562, en el Nivel Central de la Subsecretaría de Salud.

VIII.2.- Por su parte, en cuanto a la base normativa de aplicación al caso concreto, la Ley 2562 expresamente establece: E - 2 c) dedicación exclusiva: es una modalidad especial de trabajo en el Sistema de Salud Pública provincial (SSPP) que implica la limitación absoluta del ejercicio



profesional fuera de su ámbito propio, determinando en consecuencia el bloqueo de la matrícula y/o título habilitante.

Asimismo, la referida Ley prevé: E - 1. FÍJASE para el escalafón Salud los siguientes agrupamientos de personal según su función y capacitación específica y los diferentes regímenes laborales correspondientes a los mismos:

Profesional: personal cuya función o actividad laboral específica requiere acreditar formación universitaria de grado o superior. Para este agrupamiento existirán los siguientes regímenes:

a) Cuarenta (40) horas semanales con dedicación exclusiva; b) Treinta (30) horas semanales sin dedicación exclusiva; c) Cuarenta (40) horas semanales en turnos rotativos o treinta y seis (36) horas semanales en turnos rotativos de seis (6) horas (para las áreas críticas de Hospitales de Nivel VIII: terapias intensivas, neonatología y quirófanos) -exclusivo para los licenciados en Enfermería que desarrollan tareas con alguna de esas dos modalidades; d) Sistema de residencias en ciencias de la Salud.

Luego, en su Artículo 6° fijó las disposiciones transitorias que ordenaban el encuadramiento provisorio de los trabajadores en los nuevos agrupamientos y regímenes en base a su actividad laboral, hasta que se acordare la carrera sanitaria en la paritaria sectorial: C. Para el ordenamiento de los regímenes laborales actuales que caducan a partir de la entrada en vigencia de la presente ley y teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias vigentes, se seguirán las siguientes pautas:

Agrupamiento Profesional: 2) Los profesionales no médicos en similar condición, y quienes estén en un régimen de treinta y cinco (35) horas semanales, deberán reubicarse en el de cuarenta (40) horas semanales con dedicación exclusiva o en el de treinta (30) horas semanales, de acuerdo a los criterios establecidos en el apartado E - 2.c) con el acuerdo de la conducción formal del SSPP.

IX.- Ahora bien, en base a lo desarrollado en autos, la cuestión principal reside en determinar si le asistía derecho al actor a ser encuadrado, entre el 10/12/2007 y el 19/03/2009, en el Agrupamiento Profesional con régimen laboral de 40 hs. y dedicación exclusiva, previsto en la Ley 2562 – Art. 2° Punto

E.1.a- (P.40 según sistema de liquidación de haberes).

Tal como fuera adelantado por el Fiscal General, no consta ningún acto de designación del actor en la modalidad dedicación exclusiva.

Del mismo modo, no se registra en el período evaluado, designación -o ejercicio de funciones- del agente en un cargo de conducción, que pudiera habilitar el pago de la dedicación exclusiva, según lo dispone el Art. E-2-d): La modalidad dedicación exclusiva es obligatoria para quienes pertenecen al agrupamiento Profesional y ocupen los cargos de conducción comprendidos en la carrera sanitaria, y del técnico hasta el nivel de jefes de sección de Enfermería, y accederán a esta modalidad durante el período en que asuman funciones de conducción. La permanencia en el régimen poseerá carácter transitorio y cesará automáticamente según la fecha de alta y baja en el cargo de conducción. En el marco de esa carrera se establecerán las condiciones de obligatoriedad para otros puestos de trabajo y las eventuales excepciones a esta regla.

El ingreso o la salida de esta modalidad depende de las condiciones establecidas por la carrera sanitaria para el puesto de trabajo.

En efecto, tras su regreso a la Subsecretaría de Salud y desarrollo de labores profesionales no médicas con una jornada de 8 hs. diarias, sin dedicación exclusiva, ni ejercicio de cargos de conducción, el supuesto de aplicación es el establecido en el Art. 6° inc. C-2 de la Ley 2562, ya que desarrolló funciones de auditor en la órbita de la Dirección General de Auditoría Interna, según manifiesta el propio actor.

Como se describió previamente, el inciso C-2 contempla la ubicación de los profesionales no médicos que no tienen dedicación exclusiva, con un régimen de 30 hs. semanales.

En sus recibos de haberes, consta el detalle de su Agrupamiento Profesional Área Contable (PAC) con régimen de 30 hs. semanales sin dedicación exclusiva.

Sabido es que “la bonificación por dedicación exclusiva importa una modalidad especial de trabajo que requiere indefectiblemente de una previa autorización emanada de la Subsecretaría de Salud para poder desempeñarse bajo dicho régimen. Es decir, la “prohibición” del ejercicio de la profesión, deriva de las particularidades del régimen de trabajo en el cual es incluido por una decisión de la Subsecretaría de Salud y en función de las necesidades del servicio (no de la voluntad del agente). Es que, debe quedar claro, se trata de una bonificación que viene a compensar la retención del título profesional que implica el desempeño de la modalidad especial de trabajo y, precisamente, por no ser la ordinaria, requiere de un acto de autorización; de lo contrario, bastaría con que cualquier profesional universitario, independientemente de la necesidad del servicio, optara por trabajar exclusivamente en relación de dependencia para ser acreedor de esta bonificación. Este supuesto, evidentemente, no es el previsto por la normativa” (cfr. Ac. 45/12).

En este caso, recién a partir del dictado del Decreto N° 418/09, la Administración define designarlo en el agrupamiento del Art. 2-E-1.a), que importa dedicación exclusiva, ligada a las necesidades del servicio en materia de organización del recurso humano, y por tanto se lo recategoriza a P.40.

X.- En función de las consideraciones de hecho y derecho vertidas, a modo de conclusión surge que el agente no se encuentra designado como profesional de dedicación exclusiva; ni ha acreditado desempeñarse como profesional en ejercicio de cargos de conducción, ambos supuestos en los que corresponde el encuadramiento P.40.

Asimismo, que la prestación de tareas en jornadas de 8 hs. diarias (con excedente respecto de su encuadramiento P.30) no es suficiente para la





obtención del reencuadramiento, correspondiendo acumular los demás requisitos de dedicación exclusiva o cargo de conducción.

Por todo ello, es que propongo al Acuerdo desestimar la demanda interpuesta en todas sus partes.

Con relación a las costas, no encuentro motivo para apartarme de la regla de imposición a la parte vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria).

En base a ello, propicio el rechazo de la acción intentada. TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por el Sr. Miguel Ángel Blok contra la Provincia del Neuquén. 2º) Las costas serán soportadas por el actor (Art. 68 del CPCyC). 3º) Diferir la regulación de honorarios, hasta contar con pautas para ello. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"CAMU NILDO EMILIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3438/2011) – Acuerdo: 110/16 – Fecha: 08/11/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO MUNICIPAL. REMUNERACION. VIA PÚBLICA. TRABAJO DE ORGANIZACION, COORDINACION Y SUPERVISION. ADICIONAL POR TAREAS RIESGOSAS Y PELIGROSAS. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA. COSTAS POR SU ORDEN.

1.- La demanda en donde el actor desempeña para el municipio demandado funciones de organización, coordinación y supervisión de tareas fundamentalmente en la vía pública y pretende por tal labor percibir el adicional -25%- por tareas riesgosas o peligrosas debe ser rechazada, puesto que más allá de las declaraciones testimoniales, la prueba con mayor incidencia era la realizada por el experto en Higiene y Seguridad; luego, reexaminada la cuestión a la luz del informe pericial, sus conclusiones no se apartan en forma determinante de lo considerado por la demandada para negar la procedencia de la bonificación. En este cuadro de situación, es claro que no puede darse la razón al actor cuando a sus argumentos se oponen con igual fuerza los traídos por la demandada, y los elementos probatorios arrojados a la causa no coadyuvan a la pretensión esgrimida.

2.- La circunstancia de haber otorgado la bonificación al accionante –incluso siendo Jefe de División– pudo haber creado razonablemente en éste el convencimiento de su derecho a reclamar judicialmente su restitución –más porque no varió la dependencia del sector–, todo lo cual justifica que las costas sean impuestas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC de aplicación supletoria en la materia).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 110. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de noviembre del año dos mil



dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “CAMU NILDO EMILIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3438/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 23/27, el Sr. Nildo Emilio Camu, mediante apoderado, promueve acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén.

Solicita que se declare la nulidad del Decreto municipal 768/11, de la Resolución 201/11 y de las Disposiciones 180/10 y 034/10.

Asimismo, requiere que se le abone el plus por tareas riesgosas y peligrosas, por lo períodos no prescriptos, con más intereses, gastos y costas.

Manifiesta que, en julio de 2009, en atención a las tareas que desarrolla, solicitó el pago del suplemento del 25% por tareas riesgosas y peligrosas previsto en el artículo 49° del Anexo II de la Ordenanza 7694/96 –Estatuto del Personal Municipal-.

Indica que el reclamo tramitó por expediente OE 10890-C-09, donde mediante la Disposición 180/10 fue rechazado. Señala que en dicho acto se hizo referencia al Dictamen 404/08 de la Dirección de Seguridad e Higiene Laboral que estableció que las tareas desempeñadas tienen en su ejecución riesgos “poco significativos”, en virtud de que son discontinuas y la principal función es la organización y coordinación de las mismas.

Indica que, con posterioridad, el 4 de junio de 2010, interpuso un nuevo reclamo, con idéntico objeto y, ante el silencio del organismo, presentó un pronto despacho.

Explica que el Subsecretario de Recursos Humanos le notificó la Disposición 34/2010 que rechazó su planteo, sin haber producido prueba y con evidente falta de motivación.

Sostiene que los informes que fundan ambas disposiciones no se ajustan a la realidad, ya que parten de una situación ideal.

En tal sentido, apunta que parten de una premisa falsa y yerran en la conclusión, al referir que su función es la de “organización y coordinación de tareas” y se ubica a las tareas de riesgo como “discontinuas”.

Afirma que, además de ejercer la función de supervisión sobre los operarios, lleva a cabo tareas operativas, tal como la conducción de vehículos, operaciones con máquinas (rodillo de compactado, compactadora, etc.) desparramado y reglado de asfalto en las reparaciones de calzadas a altas temperaturas.

Considera que estas prestaciones no fueron tenidas en cuenta al momento de dictaminar acerca de la exposición al riesgo.

Cuenta que presentó un nuevo reclamo el 18 de febrero de 2011 ante la Secretaría de Coordinación y Economía, que fue rechazado, ratificándose la Disposición 34/10 del Subsecretario de Recursos Humanos.

Por último, dice que ocurrió ante el Sr. Intendente e insistió con el otorgamiento de la bonificación y la declaración de nulidad de los actos denegatorios.

Expone que, a través del Decreto 768/11, se rechazó la petición por considerar que ejerce funciones de organización y coordinación de tareas, de acuerdo a lo expuesto por la Dirección de Asuntos Jurídicos laborales en el Dictamen 208/11 y al Informe 317/11 de la Dirección de Personal – Dirección Municipal de Administración de los Recursos Humanos.

Brinda los fundamentos que avalan su postura, en especial, respecto a las características de las tareas riesgosas desempeñadas.

Señala que la demandada reconoció el derecho al pago del adicional por tareas riesgosas, con efecto retroactivo, a otros empleados que se encontraban en iguales condiciones.

Denuncia la falta de motivación del Decreto 768/11 y la vulneración del principio de igualdad ante la ley.

Por último, ofrece prueba, efectúa reserva del caso federal, funda en derecho y realiza su petitorio.

II.- A fs. 36, mediante Resolución Interlocutoria 533/11 se declaró la admisión de la acción.

A fs. 38/39 el actor formuló opción por el procedimiento ordinario.

III.- A fs. 48 tomó intervención el Sr. Fiscal de Estado, conforme los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 51/54, se presentó la Municipalidad de Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado y contestó la demanda. Peticiona su rechazo, con costas.

Efectuadas las negativas de rigor, refiere a los fundamentos brindados al rechazar el reclamo del actor y reseña el marco normativo aplicable.

Explica que, en diciembre de 1996, el Ejecutivo Municipal emitió el Decreto 1522/96, en el que se establecieron las funciones cuya naturaleza implica la realización de tareas consideradas insalubres y de riesgo.

Señala que, respecto a las tareas realizadas por el actor, se ordenó que se instruyeran las actuaciones administrativas para verificar la certeza del reclamo.

Dice que el área administrativa competente en la materia realizó un informe técnico de seguridad e higiene que permitió evaluar con objetividad el riesgo de las mismas.

Expresa que el resultado del informe emitido por la Dirección de Seguridad e Higiene fue terminante en punto a que el riesgo era “poco significativo”. Añade que se informó que el agente “cumple funciones como Jefe de División, realiza tareas en forma discontinua y su función





principal es la organización y coordinación; por lo que no reúne los requisitos establecidos en el Estatuto del Personal Municipal”.

Acota que, conforme surge de su legajo, el Sr. Camu nunca presentó certificados médicos que permitan inferir alguna dolencia vinculada a su trabajo.

Menciona que cumplió con las obligaciones inherentes a la seguridad e higiene de sus dependientes y resalta que, sin perjuicio de no estar expuesto en forma directa y permanente a una tarea riesgosa, al accionante se le entregaron los elementos de seguridad necesarios para desempeñar las tareas que realiza.

Dice que la situación del accionante no encuadra en el supuesto de hecho contemplado por la norma para su procedencia, razón por la cual, su pretensión debe ser rechazada, con costas.

Indica que, la posibilidad de desconocer la facultad de la Administración municipal para fijar el régimen especial para sus empleados, significaría violentar la autonomía municipal, que se encuentra garantizada por la Constitución federal y provincial, máxime cuando las normas cumplen con el test de razonabilidad, no son discriminatorias, ni afectan el derecho de igualdad de los empleados públicos municipales.

Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal y solicita que se rechace la demanda.

V.- A fs. 63 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 330, poniéndose los autos para alegar.

A fs. 337/340 obra agregado el alegato del actor y a fs. 341/345 el de la demandada.

VI.- A fs. 347/351 se expidió el Sr. Fiscal General quien propicia hacer lugar a la pretensión actoral.

VII.- A fs. 352, se dictó la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Conforme fuera expuesto, el actor pretende percibir el adicional por tareas riesgosas o peligrosas, con efecto retroactivo, por los períodos no prescriptos.

La demandada se opone con fundamento en que las funciones del actor son de organización y coordinación de tareas y, por lo tanto, no implican un riesgo significativo. Se apoya en la evaluación de riesgo efectuada por la División de Seguridad e Higiene, el Dictamen 208/11 de la Dirección de Asuntos Jurídicos Laborales y en el Informe 317/11 de la Dirección de Personal –Dirección Municipal de Administración de los Recursos Humanos-.

Ahora bien, en atención a la posición defensiva de la accionada, la resolución del presente requiere el análisis de la previsión normativa de la bonificación reclamada y la determinación fáctica, esto es, si las tareas desarrolladas por el Sr. Camu encuadran en el supuesto de hecho contemplado por la norma para su procedencia.

Conforme a ello, la materia en debate gira en torno al pago del suplemento por tareas riesgosas fijado en el artículo 49, Anexo II de la Ordenanza 7694/96.

Dicha norma dispone: “Los agentes que desempeñen funciones cuya naturaleza requiera la realización, en forma permanente y con exclusividad, de acciones o tareas que impliquen un riesgo para la integridad psicofísica, y dicho riesgo no sea previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas, podrán percibir un suplemento que será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico de la categoría de revista. Estas funciones serán determinadas por el Órgano Ejecutivo, previa intervención del Área de Medicina Laboral e Higiene y Seguridad Laboral, la que podrá recabar información y asesoramiento de organizaciones reconocidas en la materia.”

El Decreto 1522/96 reglamentó el artículo 49, y, en su art. 2, se describen las funciones consideradas “riesgosas” –art. 49- (con el suplemento allí establecido); que alcanzan al personal que, con carácter permanente y con exclusividad, presta funciones de zoonosis, bacheo y afines, herrería, semáforos, carpintería, buceo, desmalezamiento de área urbana).

Ahora bien, tanto la norma como su reglamentación reparan en el carácter permanente y con exclusividad de la prestación de tareas consideradas riesgosas.

De allí que, en la posición de la demandada, como el actor es Jefe de División y cumple tareas de coordinación y supervisión, su exposición al riesgo no cumple con las condiciones de permanencia y exclusividad que la normativa establece.

IX.- Cabe, seguidamente, examinar las constancias administrativas acompañadas.

De ellas (Expte. OE-10890-C) surge que en el año 2009, el accionante solicitó el pago del plus por tareas riesgosas tal como lo había percibido desde 1984 hasta el 2000.

La Dirección de Obras Viales avaló la petición efectuada con fundamento en que el accionante se encontraba expuesto a los mismos riesgos que el resto de los operarios. Menciona, además, que el Jefe de División Planta Asfáltica, había cobrado el plus hasta su jubilación en ese año.

Así, se dio intervención a la División y a la Dirección de Seguridad e Higiene para que efectúe la evaluación del riesgo del puesto de Jefe de División Reparaciones Pavimento Flexible desempeñado por el Sr. Camu, dependencia que calificó que el riesgo es poco significativo y que los controles son suficientes.

Para ello, le fue remitido al Director de Obras Viales, para que completara, las planillas que describían: “Puesto de Trabajo. Tareas; Frecuencia; Protección Personal; Procedimientos de Seguridad, Capacitación, Experiencia”.



Y dicho funcionario (fs.6) consignó como “Tareas”: 1.- Control de Equipos p/Inicio de Jornada; 2.- Reparación en la vía pública; 3.- Terminación de Reparación.

Luego, describió esas tres tareas de la misma forma: Frecuencia: exclusiva; protección personal: calzado de seguridad, casco/cofia/Gorra, Anteojos de Seguridad; Procedimientos de Seguridad: Totales (se aplican normas internas generales y específicas); Capacitación: Específica (sobre la tarea) y Experiencia: Experimentado (más de tres años)

A fs. 8, obra la Planilla vinculada con las “características” del Puesto de Trabajo en relación con los Factores de Riesgo y exigencias de Tiempo, la que también fue completada por el mismo Funcionario (Director de Obras Viales); allí señala: que el ambiente de trabajo era en un 90% en vía pública; equipamiento de trabajo utilizado: 90% Automóvil/Camioneta; Posición Corporación: 90% de pie; Otras capacidades personales: 90% Atención; Interacción con otras personas: 90% Supervisar; Organización del Trabajo: 90% Trabajos planificados.

A fs. 10 se completa –por la División de Higiene y Seguridad- la Planilla de “Identificación de Peligros”: Clase, tipo, Exposición (por ejemplo, polvo, líquido, niebla, gas, inflamable combustible, desengrasante, venenosa, tóxica) tildándose en el caso “Otra”, agregándose “Ocasional, material caliente-verificar calidad” [no se tildó ninguna opción vinculada con “Mecánica”, “Eléctrico”, “Radiactivo”, “Biológico”; “Ergonómico”].

En lo que respecta al factor “Ambiental”, se tildó “frio excesivo”: Exposición Temporal-Invierno; y “calor excesivo” Exposición Temporal-Verano; Ruido: Exposición permanente control de tareas de rotura de pavimento; y “otro”

Exposición permanente: tránsito automotor.

Con todo ello se completó la Planilla de Evaluación de Riesgos en el que considerando la descripción del Director de Obras Viales concluyó: 1.- Las tareas que realiza el Jefe es la de supervisar las tareas planificadas que se realizan en la vía pública; 2.- Cuenta con gran experiencia en el trabajo; 3.-

El lugar de trabajo en la vía pública es planificado; 4.- El lugar de trabajo permanece señalizado; 5.- Está expuesto al ruido del equipamiento; 6.- El riesgo más importante es el generado por el tránsito; 7.- El nivel de riesgo es poco significativo. (cfr. fs. 11).

A fs. 12 y 13 obran las Referencias a considerar para la confección de la planilla de Evaluación de Riesgos, explicando los factores a ponderar para llegar a la estimación del nivel de riesgo y control del mismo.

A fs. 14, la Directora de Seguridad e Higiene realiza su informe tomando como antecedente las planillas citadas.

Y, en igual sentido, la Dirección de Asuntos Jurídicos Laborales de la

Subsecretaría de Recursos Humanos, emitió dictamen en el que sugirió que se desestimara el reclamo (fs. 17).

A raíz de ello, la Dirección Municipal de Recursos Humanos dictó la Disposición 180/10 que rechazó el pedido del actor.

Frente a ello, insistió con su reclamo a través de la vía jerárquica y la demandada, en las distintas instancias competentes, después de analizar las tareas desempeñadas, reiteró la desestimación del reclamo (Disposición 31/10 de la Subsecretaría de Recursos Humanos, Resolución 201/11 y Decreto 768/11 del Ejecutivo Municipal).

X.- Luego, de la prueba producida en estas actuaciones, se observa que:

X.1.- El perito en Higiene y Seguridad en el Trabajo, en su dictamen (fs. 253/8), explicó que decir que el riesgo es “poco significativo” significa que el mismo ha sido reducido a un cierto nivel de acuerdo a la valorización efectuada –en este caso por el área de Seguridad e Higiene de la Municipalidad de Neuquén-.

En respuesta a cuáles son las condiciones laborales en que el actor desempeña sus tareas, sostuvo que las condiciones son las básicas de acuerdo a la legislación vigente según su categoría jerárquica (organización, coordinación y supervisión de tareas).

En cuanto a qué tareas realiza contestó que son las de organización, coordinación y supervisión y que, eventualmente, realiza actividades operativas de colaboración cuando falta algún operario, momento en el que puede verse expuesto a algún riesgo no considerado en la evaluación inicial.

Asimismo informa que las actividades que desempeña exceden las propias de su función, ya que colabora con el personal a su cargo en actividades operativas que implican un mayor riesgo.

En sus conclusiones el experto afirma que las funciones realizadas por el actor son insalubres y peligrosas de acuerdo al Decreto 1522/96.

No obstante, paso seguido, explica que todas las actividades tienen riesgos y peligros que se valoran a través de diferentes métodos y, a partir de ese valor, se definen medidas de control y de mitigación.

Añade que la valoración efectuada por el municipio, conforme la Norma IRAM 3800, dio un riesgo poco significativo.

El informe pericial fue impugnado por la demandada que criticó la falta de objetividad en los parámetros utilizados y la ausencia de sustento técnico.

Sustanciado el planteo, el perito no contestó.

X.2.- En el legajo del actor (Módulo 4 -normas legales-) consta que mediante Decreto 94/96, del 26/1/96, fue asignado a cargo de la Jefatura de la División Reparaciones Pavimento Flexible de la Dirección de Mantenimiento Vial y se autorizó el pago del PLUS por responsabilidad y



dedicación en la función.

Posteriormente, a través del Decreto 1623/97, del 19/11/97, en consideración al pedido efectuado por la Subsecretaría de Servicios para que el agente perciba el suplemento en concepto de riesgo y tareas peligrosas, por desempeñarse en la División de Reparación de Pavimento Flexible, se procedió a darle el alta para el pago de dicho plus a partir del 1/9/97.

Por medio del Decreto 12/00, ante un nuevo organigrama funcional de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos, se designa políticamente al actor como Jefe de la División Reparaciones de Pavimento Flexible, autorizándose el plus por responsabilidad jerárquica y dedicación a la función-.

Luego, en dicho módulo, obra copia del informe 104, del 12/2/2001 de la Dirección General de Personal y Política Laboral en el que se solicita a la Dirección de Despacho la elaboración de la norma legal mediante la cual se deje sin efecto la parte pertinente del Decreto 1623/97 (tareas riesgosas y peligrosas), con efectividad al 01/02/01, debido a que “reviste actualmente en el cargo de Jefe de División”.

Por Decreto 261/01 se concretó lo solicitado y se dejó sin efecto lo dispuesto en el Decreto 1623/97 respecto del actor –además de otro agente en la misma situación-.

A raíz de ello, tal como puede comprobarse con la copia de los recibos de haberes agregados a fs. 135/199, el actor, desde febrero de 2001, dejó de percibir el plus por tareas riesgosas.

X.3.- Las testimoniales rendidas en la causa (agentes que trabajaron o trabajan en la dependencia a su cargo o en otras con funciones similares, cfr. fs. 101, 102, 202/4, 207/211, 232) son contestes en que, además de las tareas de organización, coordinación y supervisión, el Sr. Camu desempeñaba otras que consistían en manejo de vehículos o máquinas, desparramado o reglado de asfalto, sobre todo cuando faltaba algún operario.

El testigo ofrecido por la demandada, Julio Cesar Steinbach, (empleado municipal, responsable de Seguridad e Higiene, quien hace las evaluaciones de riesgo) refirió que cumplía funciones en el área de Servicios Urbanos, como jefe, conduciendo una cuadrilla que hacía trabajos en la vía pública (cfr. fs. 289).

En punto al riesgo opinó que debía ser poco significativo o, en algún caso, podía ser moderado, que habría que ver las tareas que se van haciendo.

Consultado acerca de cuántas veces el Municipio efectuó las evaluaciones correspondientes para verificar el riesgo de las tareas que realizaba el Sr. Camu respondió que deben haber sido por lo menos dos.

X.4.- A fs. 307, obra contestación del oficio librado a la Secretaría de Servicios Urbanos, del 27/8/2012, en el que se informa que “en la actualidad el agente Camu Nildo realiza tareas de logística, en el presente año se le entregó la indumentaria al efecto (botín de seguridad, pantalón, camisa y campera de abrigo)”.

XI.- De la consideración de la prueba reunida puede colegirse, entonces, que si bien el actor tiene asignadas funciones propias del cargo de Jefe de División (supervisión y coordinación de tareas), también desempeña algunas funciones operativas a la par del personal a su cargo.

Sin embargo, lo determinante para la decisión que aquí debe adoptarse es si, tal circunstancia, es suficiente para otorgarle el suplemento previsto en el art. 49 del Estatuto que, como quedara dicho, exige que las tareas riesgosas se presten en forma permanente y con exclusividad y que dicho riesgo no sea previsible con medidas de seguridad factibles de ser aplicadas.

En este caso, la tarea desempeñada por el actor no fue calificada por el órgano competente como susceptible de ser compensada por el pago del adicional, pues fue calificada como de riesgo “poco significativo”, contexto en el que según el “cronograma de acciones” previsto en la planilla obrante a fs. 13 del Expediente 10890, se consignó “los controles son suficientes. Se debe dar prioridad al control de riesgos más importantes. Se requiere seguimiento para asegurar que se mantengan los controles”.

De cara a ello, la pericia practicada en la causa, no ha sido concluyente en punto a determinar que ha sido errado el criterio de la Administración o que las tareas desempeñadas involucren un riesgo significativo que justifique el encuadre pretendido o, que a través de las medidas de seguridad factibles de ser aplicadas no pueda hacerse previsible el riesgo, lo que daría lugar al pago del suplemento.

En este orden de ideas, si el otorgamiento de la bonificación depende, en cada caso, de si se cumplen los recaudos establecidos en la norma y si en esta causa, tales presupuestos no emergen de la prueba reunida, no es posible arribar a una solución distinta de la que se extrajo en sede administrativa y que fundaron los actos administrativos cuya nulidad fue planteada.

Se reitera, más allá de las declaraciones testimoniales, la prueba con mayor incidencia era la realizada por el experto en Higiene y Seguridad; luego, reexaminada la cuestión a la luz del informe pericial, sus conclusiones no se apartan en forma determinante de lo considerado por la demandada para negar la procedencia de la bonificación.

En este cuadro de situación, es claro que no puede darse la razón al actor cuando a sus argumentos se oponen con igual fuerza los traídos por la demandada, y los elementos probatorios arrojados a la causa no coadyuvan a la pretensión esgrimida.

Vale señalar que lo anterior no se altera aún de sopesarse la cuestión bajo la óptica del principio de igualdad de trato que el accionante considera vulnerado; ello, en relación con que se le habría abonado el adicional al Jefe de la División Planta Asfalto (Enrique Obregón) hasta su jubilación



en el año 2009.

Es que dicho recorrido de análisis no es posible de ser realizado al no existir elementos de prueba que permitan advertir la identidad de los supuestos; se desconocen las tareas específicas que realizaba el Sr. Obregón así como el grado de riesgo de las mismas de acuerdo a la evaluación efectuada por el área competente municipal.

Y, en este punto, también es pertinente señalar que si bien no pasa desapercibido que al Sr. Camu le fue otorgada anteriormente la bonificación por medio del Decreto 1623/97 –la que aquí se reclama por haber sido suprimida- lo cierto es que al no contar con los antecedentes que justificaron esa decisión (vgracia, las planillas y el análisis efectuado para fundar el rechazo de los reclamos vinculados con el tipo de tareas, riesgos y medidas de seguridad), no podría, a partir de ello, acordarse un derecho para el cual, legalmente, se han establecido ciertos requisitos y éstos, en el caso, no lucen reunidos.

XII.- En definitiva, al no advertirse que exista mérito para declarar la nulidad de los actos impugnados, en tanto no se ha logrado acreditar la reunión de los requisitos que harían procedente el pago del adicional reclamado, el rechazo de la demanda se impone.

En cuanto a las costas, más allá del modo en que se resuelve el tópic, no puede soslayarse que la circunstancia de haber otorgado la bonificación al accionante –incluso siendo Jefe de División- pudo haber creado razonablemente en éste el convencimiento de su derecho a reclamar judicialmente su restitución –más porque no varió la dependencia del sector-, todo lo cual justifica que sean impuestas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que me precede en el orden de votación, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda incoada por el Sr. NILDO EMILIO CAMU contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN; 2º) Costas en el orden causado (art. 68 del CPCC segunda parte y 78 ley 1305); 3º) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VAZQUEZ ANA TEODORINDA S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3636/2012) – Acuerdo: 111/16 – Fecha: 14/11/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

DOCENTE. DIRECTORA DE ESCUELA. CESE EN EL CARGO. HABERES ABONADOS EN EXCESO. RECUPERO. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. INTERESES.

1.- Debe prosperar la demanda promovida por la Fiscalía de Estado con el objeto de obtener el recupero de los haberes que le fueron abonados en exceso a la demandada por el cargo de Directora Escuela Primaria correspondiente al mes de abril de 2009, pues surge –del Expediente Administrativo y en especial del informe de la Dirección De Sueldos (Dirección General de Recursos Humanos y Sistemas) del Consejo Provincial de Educación- que el cese en dicho cargo operó el día 23/03/2009, y que a partir de allí se dio el alta en el cargo de DA-3: Maestra de Grado Escuela Primaria (...).

2.- En relación con los intereses de dicha suma -\$ 3.023,96-, peticionados por la parte actora, cabe reiterar el criterio sentado en Acuerdos N° 33/13 y 54/13, por cuanto los mismos se deben desde la fecha en la



que la demandada debería haber cumplido con la restitución de lo percibido.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 111. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E.MASSEI con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa Analía Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ VÁZQUEZ ANA TEODORINDA S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3636/2012, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 6/10 se presenta el Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén, con patrocinio letrado, e inicia demanda contra la Sra. Ana Teodorinda Vázquez, por la suma de \$3.023,96, solicitando se haga lugar a la demanda y se condene al reintegro del capital reclamado con más sus intereses desde la fecha de pago sin causa y las costas del juicio.

Explica los antecedentes fácticos que provocaron que la demandada perciba haberes en exceso y las gestiones pertinentes para el recupero de la deuda.

Sostiene que las liquidaciones en exceso se correspondieron al mes de abril de 2009, que se habría pagado la suma de \$5.114,28, cuando correspondía solo 218,36; que se obtuvo un recupero voluntario de \$1.871,96, quedando pendiente la suma demandada en autos.

Alude a los fundamentos de la demanda: el pago indebido y el enriquecimiento sin causa.

II.- Declarada la admisión del proceso mediante RI N° 184/14 a fs. 14, y corrido el traslado de la demanda, a fs. 16 la actora opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

A fs. 34/41, contesta la demandada, que niega por imperativo procesal en forma genérica todos y cada uno de los hechos narrados por la Provincia del Neuquén, y ofrece su versión: que el reclamo de la actora no solo resulta infundado sino que también carece de legitimidad.

Detalla que desde el mes de julio de 1989 es docente de la Provincia del Neuquén y presta servicios como tal en la Escuela 102 y Departamento de Aplicación del Instituto de Formación Docente N° 1, ambos establecimientos educativos de la ciudad de Cutral-Có.

Sostiene que el 23 de marzo de 2009, momento en que se desempeñaba como directora de la Escuela 102, inició el goce de licencia por enfermedad profesional, que culminó con un alta médica de la ART de la empleadora, con fecha 3 de abril de 2009.

Luego, indica que el 4 de abril tomó posesión en sus cargos de maestra de grado en la Escuela 102 y en el Departamento de Aplicación de la Ciudad de Cutral C6 hasta el 1° de julio del mismo año, fecha a partir de la cual se hizo cargo de la Vicedirección.

Admite que con fecha 1° de julio de 2009 fue notificada de una deuda, mediante la Nota 5035/09; que se presentó en el Distrito Educativo II, de Plaza Huincul, donde le informan que fueron mal liquidados sus haberes, ello como consecuencia de que no informaron su licencia por enfermedad profesional en el cargo de Directora de la Escuela primaria 102 por el período 23/03/2009 – 03/04/2009.

Asevera que presentó sendas notas de las que no obtuvo respuesta.

Niega el supuesto pago sin causa, insiste en que la Directora actuante le generó un perjuicio en sus haberes al no informar su licencia, lo que denunció.

Ofrece prueba, funda en derecho y formula el petitorio.

III.- A fs. 61 se abre la causa a prueba y se provee la ofrecida por la parte actora.

A fs. 160 se clausura el período probatorio. A fs. 174/176 ofrece alegato la parte actora.

IV.- A fs. 178/181 dictamina el Sr. Fiscal General quien, atendiendo a los términos del proceso, propicia hacer lugar a la demanda.

V.- A fs. 182 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VI.- El presente supuesto, se enrola en el marco del Decreto 1494/02 –Reglamento de gestión del módulo de deudas contra la Administración Pública Provincial-, artículo 7:“... en el caso que el agente hubiera percibido sumas en más indebidamente y no reintegra las diferencias a su empleador en forma inmediata a su percepción, tales diferencias serán recuperadas por la Administración, previa notificación al agente, en la forma que ésta disponga, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar, si no se reintegraran los fondos y no fuera factible una compensación”.

El artículo 8, establece que “excepcionalmente la Administración podrá, con causa justificada, aprobar un Acuerdo de reintegro de fondos en cuotas con intereses, bajo las modalidades que establezca la reglamentación que dicte la Dirección Provincial de Control de Gestión y Recursos Humanos”.

El artículo 10 dice “no procederá el desembolso de liquidación conforme el artículo anterior, cuando registrada deuda, no se verificara la compensación respectiva de crédito y débito”.

El artículo 11, prevé que “las obligaciones de reintegro o compensación de fondos mal liquidados a los agentes de la Administración, serán





cumplidas con la afectación de haberes y podrán extenderse a cualquier otro ámbito patrimonial del deudor”.

El artículo 12 establece que “La Administración será la que realizará la imputación de los fondos que le fueran reintegrados” y el artículo 13, “si se verificara incumplimiento de un Acuerdo de reintegro o fuera manifiesta la reticencia al reintegro de fondos habidos irregularmente, o fuera imposible la compensación, las actuaciones respectivas serán giradas a la Fiscalía de Estado por las vías jerárquicas correspondientes para el ejercicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar”.

Entonces, como puede seguirse del reglamento aludido, el Organismo que pagó erróneamente haberes debe: notificar al deudor, viabilizar una compensación, puede aprobar un acuerdo de reintegro de fondo en cuotas con intereses; es la Administración la que realizará la imputación de los fondos que fueran reintegrados y, recién, si no se cumple con el acuerdo de reintegro o fuere manifiesta la reticencia del deudor o fuera imposible la compensación, debe girar las actuaciones a la Fiscalía de Estado para el recupero judicial de la deuda.

VII.- En los presentes, se pretende el recupero de haberes abonados en exceso, los cuales fueron previamente intimados a devolver.

De este modo, la cuestión central reside, entonces, en determinar si la Sra. Ana Teodorinda Vazquez debe restituir al Estado Provincial la suma reclamada. Para ello, corresponde determinar si la misma ha sido abonada en forma indebida, en carácter de haberes de abril de 2009 para el cargo de Directora de Primera, escuela común, tiempo completo.

En efecto, la demandada sostiene que ejerció funciones de Directora hasta el 3/04/2009, y que desde el 23/03/2009 hasta dicha fecha, usufructuó licencia por enfermedad.

Del cotejo del Expediente Administrativo N° 5225-00245/9 y en especial del informe de la Dirección De Sueldos (Dirección General de Recursos Humanos y Sistemas) del Consejo Provincial de Educación -obrante a fs. 101-, se desprende que la Sra. Vazquez percibió en el mes de abril 30 días correspondientes al cargo DAI-3: Directora Escuela Primaria.

No obstante, del mismo informe, surge que el cese en dicho cargo operó el día 23/03/2009, y que a partir de allí se dio el alta en el cargo de DBA-3: Maestra de Grado Escuela Primaria (con cese el 01/07/2009). Por lo tanto, se reliquidaron 22 días del mes de marzo de 2009, y ningún día del mes de abril de 2009.

Por su parte, del legajo laboral de la Sra. Vázquez –acompañado- se desprende que la licencia usufructuada entre el 23/03/2009 y el 03/04/2009 corresponde al código de cargo DBA-3 (Maestra de Grado Titular), que es la situación de revista titular de la Sra. Vazquez.

Así lo corroboran la nota de la Sra. Directora (08/04/2009), y el certificado Médico Laboral – Formulario 012 (29-04/2009).

De esta manera, calculadas las diferencias, solo correspondía abonar a la demandada la suma de \$218,36, aunque se abonó \$5.114,28, lo cual da un saldo a favor de la Provincia de \$4.895,92.

Constan dos recuperos de sumas, mediante Cheque 24321759 de \$1.191,83; y 243211757 de \$680,13; por lo que la diferencia de saldo restante de \$3.023,96 es reclamada en sede administrativa (Expte. precitado adjuntado) y en autos.

Es por ello que la actora no reclama suma alguna correspondiente al mes de marzo, y la controversia se suscita en torno a 3 días del mes de abril, en los cuales la demandada sostiene que se encontraba bajo licencia médica en el cargo de Directora; en tanto la actora sostiene que aquella había cesado en el cargo en el mes de Marzo.

No puede soslayarse bajo este vértice, que la demandada no logra probar que le correspondía percibir los haberes del cargo DAI-3 en el mes de abril de 2009.

A mayor abundamiento, mediante RI N° 477 -fs. 155/6- se declaró la negligencia de la prueba de la parte demandada y en su mérito, dado por perdido el derecho a producir la pericia contable y el requerimiento de la documental no producida.

En consecuencia, las constancias administrativas recién reseñadas, que no han sido desvirtuadas en autos, dan suficiente respaldo a la pretensión actoral.

En este orden, sabido es que el enriquecimiento sin causa actúa como un principio general del derecho, que, como tal, es inmanente a nuestro régimen jurídico, no siendo descartable su aplicación en la esfera administrativa (cfr.

Acuerdo N° 939, “Aroca”, con cita de Acuerdo N° 74/82, “Petrovial”).

Tenemos entonces, que los requisitos para que proceda el enriquecimiento sin causa quedarán conformados a partir de la existencia del enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la contraria; una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, entrelazado todo ello, por la inexistencia de una causa lícita que justifique el enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento del otro.

Por lo tanto, procede la repetición promovida por la Fiscalía de Estado de la suma de \$3.023,96, correspondiente a haberes pagados a la demandada en demasía.

VIII.- En relación con los intereses de dicha suma, peticionados por la parte actora, cabe reiterar el criterio sentado en Acuerdos N° 33/13 y 54/13, por cuanto los mismos se deben desde la fecha en la que la demandada debería haber cumplido con la restitución de lo percibido.

Es que, tal como establece el art. 7 del Decreto N° 1494/02, el recupero por parte de la Administración de las sumas percibidas en más, requería una previa notificación al agente y, en el caso, el emplazamiento fehaciente fue efectivizado a través de la carta documento recibida el 06/04/2010, donde se le hizo saber que contaba con un plazo perentorio e improrrogable de 10 días hábiles para que abonara la suma debida.





Entonces, la suma de \$3.023,96 genera intereses desde del vencimiento de dicho plazo y, a los fines de su liquidación, se aplicará la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén.

En cuanto a las costas, no se aprecian motivos para apartarse de la regla, que es su imposición a la demandada vencida (art. 68 del CPCy C). MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la demanda promovida por la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, condenar a la Sra. Ana Teodorinda Vazquez a reintegrar la suma de \$3.023,96, con más los correspondientes intereses, que se calcularán en la etapa de ejecución de sentencia, desde la fecha determinada según el considerando VIII y hasta que se haga efectivo el pago del capital, a la tasa promedio activa-pasiva mensual del Banco de la Provincia del Neuquén. 2º) Costas a la demandada (art. 68 del CPCy C). 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta que existan pautas para ello. 4º) Regístrese, notifíquese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"FELDMANN JOSÉ EDUARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3625/2012) – Acuerdo: 115/16 – Fecha: 15/11/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO MUNICIPAL. DESIGNACION EN PLANTA POLITICA. DIRECTOR GENERAL DE OBRAS. DECRETO DE CESE EN PLANTA POLITICA. DIFERENCIAS SALARIALES. MOBBING. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- La demanda en donde el actor empleado de planta permanente del municipio demandado impugna por ilegítimo el decreto que lo dio de baja en el cargo de Director General de Obras lo cual le irrogó un daño patrimonial en concepto de diferencias salariales debe ser rechazada, pues el referido cargo es de tipo político, así está expresamente dispuesto en el acto de designación, y por tanto no genera estabilidad. Consiguientemente la Municipalidad de Centenario no ha actuado en forma ilegítima al disponer el cese en el cargo directivo y por ende, nada posibilita atender la pretensión de mantener la remuneración proveniente de tal cargo [menos con el alcance petitionado]. Es que, el cese de la función conlleva al cese en la percepción de la categoría referencial prevista para dicho cargo.

2.- La indemnización pretendida en concepto de daño moral por mobbing o maltrato laboral padecido por un trabajador municipal que alegó ser víctima de diversos tipos de injurias, es improcedente, puesto que el actor desempeñaba una función –Dirección General de Obras- que conllevaba responsabilidad directiva pero en un grado intermedio (con lo cual confluían en esa situación inferiores y superiores) y que la tarea implicaba una vorágine laboral como la descrita por los testigos (por la naturaleza de las obras, los compromisos presupuestarios y las distintas formas propuestas para llevar a cabo las mismas), sumado a



la reestructuración del sector y los datos que proporcionó tanto el Informe Psicológico ofrecido por el actor como la pericial llevada a cabo -en punto a su personalidad-, es dable colegir que las molestias sufridas por el accionante si bien pueden ser entendibles, no por ello resultan indemnizables ya que, de la prueba reunida, no emerge acreditada la grave situación de hostigamiento denunciada.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 115. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “FELDMANN JOSÉ EDUARDO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. N° 3625/2012, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor Dr. OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 19/26 se presenta el Sr. José Eduardo Feldmann, por apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Centenario, a fin de obtener el reconocimiento de sus derechos a una justa indemnización y la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, con más intereses.

Concretamente, pretende el pago de las sumas no abonadas desde el mes de diciembre de 2010 hasta el momento que se haga efectiva su incorporación al salario mensual, con más intereses, y el monto de \$80.000 en concepto de daño por “Mobbing”.

Relata su ingreso a la Municipalidad de Centenario el 2/2/1987 en calidad de Inspector de Obras, exclusivamente para la Oficina Técnica Municipal, tal como consta en el contrato de trabajo obrante a fs. 5 del legajo personal.

Contabiliza 19 contratos laborales sucesivos con anterioridad a su pase a la planta permanente como Inspector de Obras en 1987, aunque luego (1/11/1988) como Dibujante Técnico.

Destaca que a partir del Decreto N° 1754/89 fue designado como Capataz de Obras, dependiente de la Secretaría de obras y Servicios Públicos.

Prosigue, describiendo las diferentes designaciones y cargos, que también ocupó en la planta política. Recuerda que el 17/12/2003 se lo nombra Director General de Obras e Infraestructura, designación prorrogada por sucesivos Decretos del Intendente Adrián Cerda, hasta que el 9/01/2008 fue nombrado Director General de Obras, Categoría B, por el intendente Javier César Bertoldi.

Alega que a partir del día 25/10/2010 comenzó una licencia por enfermedad de larga evolución, con motivo de la afección psiquiátrica producida por los maltratos y fraudes sufridos en su relación de empleo público.

Detalla las injurias sufridas, que originaron el daño psicológico, como vejaciones, insultos, descrédito a sus opiniones, silencio ante sus requerimientos, tanto en orden al cumplimiento de sus funciones, como en el ejercicio de sus derechos, indiferencia hacia su labor y órdenes por parte de sus superiores.

Entre ellas, destaca la negativa a toda solicitud por parte del Municipio, al extremo de negarle el goce de las vacaciones anuales, el aumento de categoría, e inclusive el acceso a su legajo personal.

Concluye que ha sido objeto de una evidente persecución, que le ha generado un daño psicológico gravísimo.

Informa que hasta la interposición de la demanda, se encuentra en tratamiento de rehabilitación y sin posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo, y desde el mes de diciembre de 2010 fue disminuida su remuneración en un 50%.

Apunta que el Decreto N° 1241/10, que intentara dejar sin efecto su designación como Director General de Obras daba como fundamento la innecesariedad de contar con los servicios de un Director General, lo que considera que no se corresponde con la realidad, atento a que esa función no es ejercida por el Subsecretario de Obras –como lo especifica dicho Decreto- sino por Eduardo D’Andrea, quien fuera designado Director General de obras, al poco tiempo de la revocación del cargo del actor.

Interpreta, por lo tanto, que la motivación del Decreto N° 1241/10 es falsa, lo que configura el vicio grave tipificado en el Art. 67 inc. s) de la Ley 1284.

Añade que ello denota claramente el fraude, aunque la designación en planta política, por naturaleza, no genere estabilidad.

Atribuye evidencia al maltrato sufrido, en ocasión de que pretendiera tomar vista y obtener copias de su legajo personal. Aduna que luego de reclamos verbales y escritos, mediante notas y telegramas colacionados, el director de Personal y Recursos Humanos, excediéndose en sus prerrogativas y con un formalismo desorbitado, le negó el requerimiento, a consecuencia de lo cual debió iniciar una acción de amparo ante el Juzgado Laboral N° 3 (Expte.

448.441/11).

Cita que en la contestación de demanda de dicho amparo, la Municipalidad no sólo manifiesta su desconfianza hacia el actor, por la eventual pérdida del legajo, sino también hacia sus letradas patrocinantes, al expresar que el rechazo del préstamo se debía a que se había extraviado documentación y prueba importante. Apunta que el juez del amparo puso de manifiesto que no sólo se ofendía la integridad del accionante y se lo



privaba del derecho indiscutible a tomar vista de su legajo, sino que además se vulneraban normas provinciales y nacionales.

Entiende que la Administración también ha sido desconsiderada, al omitir responder su petición de que lo promocionaran de categoría, a pesar de reunir las condiciones necesarias.

Sostiene que no pretende fundamentar el daño a partir de la destitución del cargo, sino que la destitución fue uno más de los hechos que debió soportar entre numerosas situaciones, a lo largo del cumplimiento de sus funciones, y de la licencia por enfermedad, que contravinieron la buena fe en que debe basarse la relación de empleo.

Asimismo, señala que el Decreto N° 1241/10 adolece de un vicio muy grave, que lo torna inexistente a tenor del artículo 66 inc. a) de la Ley 1284, por ser absurdo e imposible de hecho, careciendo de sustrato jurídico.

Ello así, en tanto el acto ordena dejar sin efecto la designación efectuada por Decreto N° 30/07, siendo que no era ese el acto administrativo que lo había nombrado en el cargo de Director, sino que era el Decreto N° 34/08. Argumenta que no puede dejarse sin efecto un decreto que no generaba efectos, por no estar vigente.

Del mismo modo, destaca la falta de debida notificación del Decreto N° 1241/10 y su falta de publicación en el Boletín Oficial, con lo cual considera que no produce efectos. Así, indica que en la notificación por carta documento, se transcribió únicamente la parte dispositiva, incumpléndose con lo ordenado en el Artículo 146 de la Ley 1284.

Invoca que la publicación en el Boletín Oficial está obligada por el Art. 64 de la Carta Orgánica Municipal.

En tal sentido, solicita se declare su permanencia en el cargo y se le abonen las diferencias salariales desde el mes de diciembre de 2010.

En consecuencia, considera ilegítima la reducción en un 50% de sus haberes mensuales, a partir del Decreto de destitución, con lo cual se ha afectado su derecho constitucional de propiedad, cuya indemnización pretende.

Luego, se exhibe sobre el reclamo de resarcimiento del daño extrapatrimonial, que encuentra generado por la irregularidad de la relación laboral, que tradujo –a su criterio– un evidente acoso moral.

Relata que el hostigamiento permanente en su lugar de trabajo le generó la necesidad de someterse a tratamiento psiquiátrico de larga evolución, así como que la decisión abrupta e injustificada de separarlo de su cargo lo ha perjudicado tanto en sus haberes como en su salud.

Sostiene que fue despreciado en el ejercicio de su función, acusado de no ser confiable para exhibirle su legajo personal, degradado hasta el punto de intentar desafectarlo del cargo en descrédito de su eficiencia.

Invoca que ha sido perseguido por sus iguales y superiores jerárquicos, y cuestionado su cargo sin justificación valedera. Dice que ha sido víctima de un fraude laboral por los constantes malos tratos en el ámbito de trabajo.

Agrega que durante todo el tiempo de la relación laboral y durante el ejercicio del cargo de Director General de Obras, se desempeñó con diligencia y esmero, realizando sendos cursos de capacitación, con compromiso constante en su función, interrumpiendo en reiteradas circunstancias sus licencias ordinarias, y no mereció sanción ni observación alguna, siendo sus calificaciones siempre positivas.

II.- Mediante RI 256/12, a fs. 36/37 se declara, de conformidad con el dictamen fiscal de fs. 33/33vta., la admisión del proceso. A fs. 42 el actor formula opción por el procedimiento ordinario, y se ordena correr traslado de la demanda.

III.- A fs. 56//70 contesta demanda la Municipalidad, por apoderado y patrocinante, y solicita el rechazo de la acción incoada, con costas.

Realiza las negativas de rigor procesal, y desconoce la prueba documental adjunta.

Esboza su versión fáctica, en la cual refiere que el actor comenzó a prestar servicios en calidad de contratado, a partir del año 1987, siendo designado en planta permanente desde el 1/08/1989, conforme el Decreto N° 1754/89, y que ostenta la categoría FUB del escalafón, de acuerdo al Decreto N° 195/06.

Afirma que ante cada cese de funciones públicas políticas, el actor siguió desarrollando tareas para el Municipio, atento a que pertenece a la planta permanente y nunca se puso en duda su continuidad laboral.

Detalla que mediante Decreto N° 30/07 se lo designó como Director General de Obras, a partir del 10/12/2007, y posteriormente se modificó esa norma, sustituyéndose el artículo 1° mediante Decreto N° 34/08, por la cual se aclaró la categoría bajo la cual se desempeñaría el actor, a los efectos de la determinación del monto de sus haberes (Director Categoría B).

Destaca que dichas funciones no generaban estabilidad en el cargo, situación conocida por el actor.

Relata que en octubre de 2010, el entonces Secretario de Obras y Servicios Públicos decidió realizar una reestructuración y resolvió que por el momento no era necesaria la Dirección General de Obras, por lo que, en consecuencia, el puesto del actor dejó de tener razón de ser, dejándose sin efecto su designación como Director mediante Decreto N° 1241/10.

Enfatiza que, contrariamente a lo manifestado en la demanda, recién luego de casi 6 meses, el 18/03/2011, se designó un nuevo Director General de Obras, recayendo tal designación en Eduardo Rubén D'Andrea. Destaca además que ese nuevo nombramiento fue dispuesto cuando se encontraba ya en el cargo de Secretario de Obras y Servicios Públicos, un funcionario distinto al que había dispuesto la baja del actor como Director.

Considera que el presente litigio se encuadra como diferencias de haberes y supuesto “mobbing” laboral, cuando en realidad se aprecia que está



motivado por la mera disconformidad del actor con la decisión de cese de su cargo político, pretendiendo perpetuarse en el mismo, invocando erróneamente un derecho adquirido que no es tal.

Señala que la designación o remoción del personal de planta política, conforme la Carta Orgánica Municipal, corresponde al Poder Ejecutivo, quien puede designar o remover a los funcionarios en cualquier momento, sin ser necesario para ello fundamentación alguna, aunque en este caso la tuvo en la mencionada reestructuración y de hecho la Dirección de la cual era titular el actor no continuó existiendo durante meses.

Argumenta que el cargo desempeñado por el demandante se encuentra excluido del Estatuto y Escalafón Municipal, conforme lo establece el Art. 1° inc. f) de la Ordenanza N° 3237/98.

Apunta que si se observan los recibos de haberes del Sr. Feldmann, se puede constatar a simple vista que no existe la disminución del 50% alegada, ya que si bien cambiaron las remuneraciones, no lo fue en tal medida.

Añade que lo que sucedió fue que, al cesar en su cargo de Director, necesariamente dejó de percibir la remuneración correspondiente a esa función, comenzando a cobrar los haberes conforme a su situación de revista, propia de haber retomado su puesto como empleado de planta permanente, que estaba suspendida mientras ejercía el cargo político. Añade que esa situación se había dado en otras ocasiones, conforme se desprende del legajo personal.

Expone que desde el punto de vista jurídico, no se redujo el sueldo, sino que se dejaron de abonar las remuneraciones que correspondían a la función en que cesó el actor.

Apunta que el accionante no accedió al puesto de Director mediante carrera administrativa, sino que se trató de una designación discrecional del Poder Ejecutivo municipal.

Interpreta que adentrarse en la fundamentación de la designación o remoción de un empleado de planta política, vulnera el principio de división de poderes, toda vez que son actos discrecionales de la Administración, exentos de control judicial. Cita los Arts. 57 incs. b) y c), 61 y 103 de la Carta Orgánica.

Expone que en todos los Decretos de nombramiento del accionante en cargos de planta política, se mencionaba expresamente que la designación no generaba estabilidad.

Niega que el Decreto N° 1241/10 debiera haber dejado sin efecto el Decreto N° 34/08 porque éste no hizo más que reafirmar que el decreto originario de nombramiento (N° 30/0) se encontraba vigente, modificando únicamente la asignación de categoría B al cargo.

Respecto de la notificación, también rechaza los agravios de la demanda. Dice que del expediente administrativo surge que se concretó en 3 oportunidades: el 1/11/10 la agente Claudia Pereyra intentó entregar copia al Sr. Feldmann, quien se negó a recibirla, lo que quedó plasmado en el legajo; después, se enviaron 2 cartas documento poniendo a disposición del actor el Decreto de su cese y luego transcribiendo el Decreto N° 1241/10, ante la negativa a notificarse.

Agrega que sin perjuicio de ello, el accionante no puede desconocer un acto administrativo del que ostensiblemente tomó conocimiento, habiendo incluso realizado reclamos administrativos e iniciado el presente proceso judicial contra dicha norma.

Sostiene que la publicidad del acto a los efectos de que el mismo adquiera eficacia es un requisito de los que tienen alcance general, no siendo este el caso.

Desarrolla que la razón de ser de los medios de notificación es poner en conocimiento del interesado lo dispuesto por el acto administrativo que lo involucra, situación que ha sido lograda en este caso, aún cuando el Sr. Feldmann, a sabiendas de la existencia del Decreto N° 1241/10 y su contenido, maliciosamente se negara a su recepción en repetidas oportunidades.

Luego, aborda el “mobbing”. Deja aclarado que el actor en ningún momento anterior a la presente demanda, informó o señaló las personas que realizaban los supuestos maltratos, hechos que la demandada desconoce y niega rotundamente.

Dice que en los supuestos de mobbing, corresponde identificar a los presuntos autores de los aparentes maltratos u hostigamientos, a fin de poder garantizar el derecho de defensa, ya que es imposible a esa parte interpretar a quienes se refiere el actor, dado que en la Secretaría de Obras y Servicios Públicos prestan tareas cientos de personas.

Del mismo modo, remarca la falta de descripción de los actos de hostigamiento y maltrato, lo que también obsta al ejercicio adecuado del derecho de defensa.

Así, afirma que resulta descabellado fundar el acoso laboral en el acto de destitución, cuando era una facultad del Poder Administrador. Niega que se haya omitido dar respuesta a los requerimientos del actor, lo que considera desvirtuado con la Resolución N° 35/11 de la SOySP.

En relación con el acceso a su legajo personal, alega que solamente se le requirió al actor que fundara su petición, como exige a cada uno de los agentes municipales sin distinción, con el objeto de lograr una mejor organización de la Dirección General de Personal, no involucrando de ninguna manera una actitud discriminatoria.

Explica que el supuesto mobbing laboral está mayoritariamente dirigido a lograr la renuncia del trabajador, tanto en el ámbito público como privado, por lo tanto, al tratarse en el caso de un puesto que no generaba estabilidad, no era necesaria la dimisión ni la invocación de causa alguna para apartarlo.



Entiende que el mobbing implica siempre un proceso a lo largo del tiempo, nunca un acontecimiento súbito.

Justifica que el hecho de dejar sin efecto una designación, ya sea en la esfera pública o privada, resulta un avatar propio de todo trabajo, no pudiendo cargar el empleador con las consecuencias que tales acontecimientos provocan a sus destinatarios, cuando se trata de un accionar absolutamente legal.

En torno al daño moral, sostiene que las supuestas situaciones y problemas que menciona el actor como fundamento de la procedencia de ese rubro, las denunció con posterioridad al dictado del Decreto N° 1241/10.

Infiere que dicho acto administrativo no basta para constituir un factor de atribución que genere responsabilidad. Agrega que el actor conocía que una de las características de su puesto era la falta de estabilidad, por la cual, en algún momento iba a dejar el cargo.

Apunta también que el actor continúa trabajando para el Municipio, en el mismo sector en el que se desempeñaba antes de asumir como Director, por lo que no se encuentra en una situación de desamparo o buscando empleo.

IV.- A fs. 75 la actora contesta el traslado conferido, y desconoce la documental aportada por la demandada. Solicita apertura a prueba.

V.- A fs. 76 se abre la causa a prueba y se provee la ofrecida. A fs. 272 se clausura el período probatorio y se ponen los autos par alegar, derecho del que hace uso la parte actora a fs. 281/282, y la demandada a fs. 284/292.

VI.- A fs. 294/306 vta. emite opinión el Fiscal General, quien propicia rechazar la demanda.

VII.- A fs. 307 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Previo a abordar la cuestión, es necesario contextualizar la pretensión de autos.

De acuerdo a cómo fue estructurada la demanda, el actor reclama “una justa indemnización y la reparación de los daños y perjuicios ocasionados –mas intereses–”.

Ello, según expone, a consecuencia de reputar ilegítima la conducta de la demandada quien habría proferido maltratos e injurias laborales que le habrían afectado su salud –daño psicológico-, sumado a que, en el mes de diciembre del año 2010, redujo su remuneración en un 50% como consecuencia de haber dejado sin efecto su designación como Director General de Obras del Municipio.

A tal fin, describe una serie de sucesos que –a su entender- denotan una persecución hacia su persona y, por tal situación reclama indemnización por daño patrimonial (a partir de los vicios que le imputa al Decreto 1241/10 que dejó sin efecto la designación, contexto en el que petitiona que “se declare la permanencia en el cargo y se abonen las diferencias salariales desde el mes de diciembre de 2010 hasta el momento de hacer efectiva su incorporación al salario mensual”) y por daño extrapatrimonial (\$80.000 por daño moral a consecuencia del “mobbing”).

En ese cuadro, alega que “el daño ocasionado es a partir de una serie de constantes conductas represivas de la Municipalidad y de los funcionarios jerárquicos. No se trata aquí de fundamentar el daño a partir de la destitución del cargo, por el contrario, la destitución es uno más de los hechos que el actor debió soportar...”.

IX.- Clarificada la cuestión traída, vale comenzar por repasar los antecedentes relevantes de autos:

A fs. 217 del legajo personal del Sr. Feldmann, consta el Decreto N° 030/07, mediante el cual se referencia la necesidad de organizar la estructura funcional y direccional del palacio Municipal, y las designaciones de funcionarios que desempeñan cargos políticos.

Que es necesario designar a los Directores dependientes de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos de este municipio (...) que, en razón de lo dispuesto en los Arts. 61 y 103 de la Ley Provincial N° 2195 el Poder Ejecutivo tiene la facultad de nombrar y remover al personal de Planta Política.

Que las personas designadas en forma discrecional por el Ejecutivo municipal, cumplen tareas transitorias, con funciones públicas políticas, denominadas autoridades, que son las que ejercen funciones de Dirección, Gobierno,

Conducción Ejecutiva por determinado tiempo.

Que estos nombramientos no generan estabilidad permanente, conforme lo determina la Ordenanza Municipal N° 3237/98, Estatuto de Empleados Municipales de Centenario, pudiendo cesar en sus servicios cuando así se disponga por acto administrativo o cuando se cumpla el plazo fijado para la designación.

En consecuencia, designa al Sr. Eduardo Feldmann como Director General de Obras. Asimismo, establece: notifíquese a las personas designadas (...) bajo debida constancia, haciéndole saber que en ningún caso su designación adquirirá estabilidad permanente, según lo expuesto en los considerandos.

A fs. 223 del legajo personal, consta el Decreto N° 034/08, mediante el cual se manifiesta la necesidad de dar a la nueva estructura funcional y direccional del personal de planta política del Poder Ejecutivo Municipal en el presente mandato, en lo que hace a la designación de funcionarios que desempeñan los distintos cargos de Directores Generales.

Que es indispensable a tales fines establecer las diferentes categorías en los cargos de Directores Generales de este Municipio de la ciudad de Centenario, en una estructura funcional, que genere una completa organización estructural.

Que atendiendo a lo dispuesto por el Decreto municipal N° 004/08, se hace imprescindible que se establezca qué categoría debe aplicarse a cada





cargo de los puestos de Dirección, a fin de determinar las remuneraciones que en tal sentido le corresponde.

Reitera, nuevamente lo ya advertido en el Decreto N° 030/07: que, en razón de lo dispuesto en los Arts. 61 y 103 de la Ley Provincial N° 2195 el Poder Ejecutivo tiene la facultad de nombrar y remover al personal de Planta Política, así como el de designar la estructura organizativa que considere más adecuada.

Que las personas designadas en forma discrecional en los mismos cargos, cumplen tareas transitorias, con funciones públicas y políticas de Dirección Gobierno y Conducción Ejecutiva por tiempo determinado.

Por ello, establece: sustitúyase el Art. 1° del Decreto N° 030/07 (...) por el siguiente: DESIGNAR al Sr. Eduardo Feldmann (...) como Director General de Obras, con Categoría B, a partir del 10 de Diciembre de 2007 y por el tiempo que corresponda, según lo expuesto en los considerandos.

A fs. 246 del legajo del Sr. Feldmann, se adjunta la Nota de fecha 25/10/2010, mediante la cual el Secretario de Obras y Servicios Públicos municipal informa al Sr. Intendente, que para la realización de una reestructuración de la Subsecretaría de Obras, para mejor funcionamiento y agilización de los trámites y trabajos, se ha dispuesto una serie de modificaciones que no necesitan por el momento de los servicios de la Dirección de Obras. Y solicita al intendente, disponga del cargo correspondiente.

A fs. 243 del legajo personal, se agrega el Decreto N° 1241 del 25 de octubre de 2010. En este acto, con invocación de la nota referida en el párrafo precedente, se considera que no resulta necesario mantener la designación del agente municipal FELDMANN.

En consecuencia, deja sin efecto la designación del Agente Municipal Feldmann, en el cargo de Director General de Obras a cargo de la Dirección de Obras dependencia de la Subsecretaría de tenor, que fuere efectuada por Decreto Municipal N° 30/2007 del 13 de diciembre de 2007.

A fs. 247 del legajo personal, luce la Notificación del Decreto municipal N° 1241/10, en la cual el agente notificador deja constancia que el día 01/11/2010, el Sr. Feldmann no quiso notificarse.

A fs. 250, consta Carta Documento de fecha 04/11/2010 en la que el Director Gral. de Personal y RRHH comunica al Sr. Feldmann que habiéndose negado a recibir el Decreto Municipal N° 1241/10, en su domicilio el día 01 de noviembre de 2010, que deja sin efecto su designación como Director Gral. de Obras.

Notifico a usted que el mismo está a su disposición en la Dirección Gral. de Personal y RR.HH.

A fs. 252 del mismo legajo, consta nueva Carta Documento del Director Gral. de Personal y RRHH, fechada el 27/12/2010, en la cual se transcribe la parte dispositiva del Decreto N° 1241/10.

A fs. 263 del legajo, consta la Nota N° 148/2011 del 06/04/2011, dirigida a la Dra. Portanko (apoderada del Sr. Feldmann), en la que se le comunica que previo a dar vista del legajo personal, deberá justificar su pedido.

A fs. 269, consta que la Dra. Portanko toma vista del legajo de su poderdante.

Finalmente, resulta imprescindible transcribir el Artículo 103 de la Carta Orgánica Municipal (citado en el Decreto 030/07, objeto de análisis): Los Poderes municipales podrán designar personal en planta política, los que cesarán en sus funciones en cualquier momento por decisión de las autoridades que los designaron o cuando las mismas finalicen sus mandatos. En ningún caso los cargos políticos generarán estabilidad en la planta permanente del Estatuto y Escalafón del Agente Municipal.

En idéntico sentido, cabe recordar que el Art. 12 del Estatuto Municipal replica este principio, estableciendo que el personal de planta política no goza de derecho a la estabilidad.

X.- Ahora bien, en base a la descripción efectuada, se impone aclarar desde ya que en esta controversia no aparece comprometida la garantía de estabilidad en el empleo público toda vez que el cargo del que fue desafectado (y del que se derivarían las diferencias salariales que reclama en concepto de daño patrimonial) era de naturaleza política y, por lo tanto, carecía de estabilidad en el mismo.

Sabido es que, en este tipo de designaciones (cargos de conducción y políticos), no existe una regulación a la que deba ajustarse el Órgano con competencia decisoria (no hay concurso, ni procesos de selección): de allí que la subjetividad de la valoración y la libertad de opción, caracterizan a la designación en un ámbito de amplia discrecionalidad.

Es que, en el ejercicio de las facultades atinentes a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes de los agentes, ha de reconocerse a la Administración Pública una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores y reglamentaciones en juego, en aras de lograr un mejor servicio.

La Administración tiene amplias facultades para reestructurar y renovar sus cuadros directivos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, facultades que, sin hesitación alguna, pertenecen al ámbito de discrecionalidad del poder administrador (Ac. 627/00 entre otros).

En este punto, cobra virtualidad la premisa en cuanto a que "las designaciones en la administración pública tienen estabilidad relativa, salvo en los casos que están siempre a disposición de la autoridad que los designa... En consecuencia se puede disponer el cese de sus funciones en cualquier momento, sin invocación de causa alguna. Es uno de los supuestos en que no parece necesario que el acto tenga motivación o fundamentación, ni requiera sumario o defensa previa, porque no importa un juicio de valor sobre la persona ni su desempeño. Si el acto





expresamente formula consideraciones negativas sobre el funcionario puede generar responsabilidades pero no por ello el funcionario tiene derecho a continuar en el cargo (cfr. Ac.1088/05, con cita de Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3 “El acto administrativo VI-22).

XI.- De acuerdo a lo anterior, cabe examinar si la Administración actuó en forma ilegítima al dejar sin efecto el nombramiento político del actor; es que, como se dijo, el accionante funda la pretensión de reparación del daño patrimonial a partir de reputar viciado el Decreto 1241/10, entendiendo que encontrándose afectada su validez le corresponde percibir la remuneración derivada del cargo directivo.

XI.1.- Al respecto, el actor comienza afirmando que el Decreto 1241/10 “adolece de un vicio muy grave que lo sentencia de inexistente”.

Fundamenta su posición en que ese acto dejó sin efecto el Decreto 30/07 (del 13/12/07), cuando en realidad su nombramiento había sido dado por el Decreto 34/08 (del 9/1/08), lo cual hace que “resulte clara y terminantemente absurdo o imposible de hecho” (art. 66 inc. a) de la Ley 1284). Agrega que “como fuera expresado...el Sr. Feldmann es Director General de Obras en virtud de sendos decretos. El último de ellos data del día 9 de enero de 2008 de validez en el cargo hasta la actualidad”.

Ahora bien, como se describió previamente, el Decreto 34/08 reformula el Art. 1º del Decreto 30/07, estableciendo qué categoría debía aplicarse a cada cargo de los puestos de Dirección a fin de determinar las remuneraciones que corresponden (repárese, incluso que se trata de la misma gestión de gobierno; el primero dictado el 13/12/07, el segundo el 9/1/08).

De manera que, en modo alguno alcanza a patentizarse el vicio imputado toda vez que es claro, en la redacción del Decreto 1241/10, que lo que se dejó sin efecto es la “designación” en el cargo de Director Gral. de Obras y tal designación no operó mediante el Decreto 34/08 sino por el Decreto Municipal 30/07.

Asimismo, el actor invoca la falta de debida notificación del acto, y de publicación en el Boletín Oficial.

Sin embargo, de la documentación descripta anteriormente, emergen las diligencias llevadas a cabo en este sentido: la primera, del día 1/11/10 en la que se deja constancia de la negativa del actor a notificarse; la segunda, la carta documento de fecha 4/11/10 en la que se le comunicaba que la copia del Decreto 1241/10 quedaba a su disposición en la Dirección de Personal; la tercera, la carta documento fechada el día 27/12/10, en la que se transcribe la parte dispositiva de dicho acto. Por su parte, también toma vista del Legajo Personal la apoderada del actor; con lo cual todas estas actuaciones, conllevan a asumir que el Decreto Nº 1241/10 se encuentra notificado al actor.

Y, más allá de que ningún elemento en la causa permitiría arribar a la conclusión de que el actor no fue notificado de dicho acto [máxime frente a la conducta asumida y la actividad recursiva llevada a cabo], repárese que el vicio de inexistencia está previsto para cuando “se omita absoluta y totalmente la notificación” [que no es el caso]; en tanto, constituye un vicio “leve” que la “notificación sea incompleta, parcial o deficiente” [que es el supuesto que el actor trae al afirmar que se transcribió solo la parte resolutive del acto].

Desde dicho vértice, de poder seguirse la línea de razonamiento esbozada, el vicio sería de “anulabilidad” y no tendría efectos más que hacia el futuro, con lo cual, de haber existido dicho vicio, tampoco generaría los efectos que el accionante pretende (pago de las sumas dejadas de percibir desde el mes de diciembre de 2010). Y, tampoco puede perderse de vista que los efectos del Decreto 30/07 se hubieran extinguido por vencimiento del plazo de la designación (cfr. art. 80 de la Ley 1284) con lo cual tampoco hubiera procedido la pretensión deducida en autos con el alcance reclamado.

Para más, no merece detenerse en el reproche en cuanto a la “publicación en el Boletín Oficial” toda vez que dicho recaudo es un presupuesto de “eficacia” de los reglamentos administrativos (cfr. art. 90 de la Ley 1284) pero no de los actos administrativos –como en el caso-.

XI.2.- Desde otro lado, el accionante cuestiona la motivación del Decreto 1241/10, afirmando que resulta falsa –Art. 67 inc. s) de la Ley 1284 (carezca de motivación o ésta sea indebida, equívoca o falsa). Alega que el fundamento de la innecesariedad de contar con los servicios de un Director General no se corresponde con la realidad, ya que tal función no es ejercida por el Subsecretario de Obras sino por el Sr. Eduardo D’Andrea, designado Director General de Obras a la brevedad.

En relación con ello, más allá que, como se dijo anteriormente, se trataba de una designación sujeta a disposición de la autoridad que lo nombró y que ésta podía disponer el cese en cualquier momento –incluso sin invocación de causa-, tras la lectura del Expte. Nº 1969/2012, no emerge acreditada la existencia de tal vicio.

Adviértase que: a) el Decreto 1241/10 fue suscripto el día 25/10/2010 y refrendado por el Sr. Fernando Roberto Pieroni en calidad de Secretario de Obras y Servicios públicos; b) la primera designación del Sr. D’Andrea como Director General de Obras se realiza el día 09/03/2011 mediante el Decreto 199/11; es decir, cinco meses después del cese del Sr. Feldmann en el cargo. c) luego, consta una segunda designación del Sr. D’Andrea, a través del Decreto Nº 1116/2011, fechada el 12/12/2011; d) finalmente, el 09/04/2012 se designa en el mismo cargo a la Sra. Lozano, mediante Decreto 0212/12.

Como puede repararse, el cargo que ocupaba el actor no fue cubierto en forma inmediata, tal como se afirma y, por lo demás, no hay elementos que permitan deslegitimar la causa invocada en punto a la necesidad de reestructuración del área para desprender de allí que se trate de un supuesto de “falsa motivación” que, en rigor, solo haya perseguido justificar el cese del accionante.

A mayor abundamiento, de la prueba testimonial producida, surge que, tras ser preguntado desde qué año existió la Dirección General de Obras,



el Sr. Fernando Pieroni (Secretario de Obras y Servicios Públicos que refrenda la baja del Sr. Feldmann) manifiesta a fs. 246 vta.: “con anterioridad, no sé. Desde mi gestión estuvo del inicio de la misma hasta que se determinó reestructurar la misma.

Esa reestructuración se produce debido a que la gente de Obras que era muy reducida, se encargaba casi en su totalidad del mantenimiento de edificios públicos. En esos trabajos tenían que participar mucha gente de Servicios

Públicos. La idea era que pase a depender del Subsecretario de Servicios Públicos. Como me tuve que ir antes, quedó trunca”.

Tras ser interrogado por el período que abarcó su gestión, el mismo testigo afirma: “de Diciembre de 2007 a Febrero de 2011”.

Por su parte, quien fuera Subsecretario de Obras, el Ing. José María Diego Busso, ofrece testimonio a fs. 254. Al ser preguntado para que diga si sabe a cargo de quién quedaron las funciones que le correspondían al Director General de Obras, manifiesta que “en la práctica, al estar acéfala la Dirección pasaron a cargo de la Subsecretaría. Por escrito no me llegó ningún decreto ni notificación que yo recuerde”.

Tras consultársele si sabe si el puesto de Director General de Obras fue desempeñado por otra persona en forma inmediata luego de la baja de la designación de Feldmann, sostuvo: “en el tiempo en que estuve yo, no se cubrió.

Yo entré de licencia en enero de 2011 y ya no regresé a la Municipalidad. De octubre a diciembre que yo estuve como subsecretario el puesto no fue cubierto. No sé qué pasó después”.

Del mismo modo, el Sr. Inzulza presta declaración testimonial a fs. 108 vta. y manifiesta en punto a quién se hizo cargo de la Dirección de obras posteriormente a que se dejara sin efecto la designación de Feldmann: “recuerdo que me entregaron la nota que se desarmaba la dirección y que todo pasaba a manos de la Subsecretaría, que la Dirección de Obras no existía más. Se sacaba la Dirección de Obras y se daba de baja a la persona que estaba a cargo por una reestructuración, según se manifestaba en el decreto, y todo pasaba a depender de la Subsecretaría. A los cinco meses más o menos se crea nuevamente la Dirección y el Subsecretario que estaba, el Ing. Busso, deja de ser Subsecretario y se va de la Municipalidad. Yo ya no dependía de la Subsecretaría de Obras Públicas”.

Es decir que, sobre la base de la premisa anterior, no puede reconocerse que la motivación dada al Decreto 1241/10 traduzca razones que no encuentren sustento en la realidad de los sucesos.

XI.3.- Entonces, recapitulando, desde el momento en que el actor fue designado en un cargo de planta política y para acompañar al gabinete de Secretarios y Subsecretarios, el nombramiento estuvo signado por la transitoriedad (hasta la finalización de la gestión de gobierno, precisamente por resultar cargos de confianza, o que sean necesarios los servicios).

Por ello, de estimarse que ya no son necesarios los servicios –en este caso debido a una reestructuración funcional- la Administración municipal puede dar de baja al funcionario designado en la planta política.

Nótese que la locución “y mientras sean necesarios sus servicios” adquiere significación sólo frente a la posibilidad de que, en el transcurso de la misma gestión de gobierno que nombró al funcionario, la Administración estime innecesario mantener esas funciones –tal como aconteció en el caso-.

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

En este escenario, entonces, donde no surgen acreditados los vicios que el actor le imputa al Decreto 1241/10, cabe considerar que la Municipalidad de Centenario no ha actuado en forma ilegítima al disponer el cese en el cargo directivo y por ende, nada posibilita atender la pretensión de mantener la remuneración proveniente de tal cargo [menos con el alcance peticionado].

Es que, el cese de la función conlleva al cese en la percepción de la categoría referencial prevista para dicho cargo.

De cara a lo dicho hasta aquí, no surgiendo la ilegitimidad imputada al Municipio, deviene improcedente la pretensión de reparación del daño patrimonial esbozada por el accionante en punto al “pago de las sumas de dinero no abonadas desde el mes de diciembre de 2010 hasta el momento de hacer efectiva su incorporación al salario mensual del actor”.

XII.- Zanjada la cuestión atinente al reclamo por daño patrimonial, resta abordar la reparación por daño moral y mobbing, solicitada por el actor.

En relación con la problemática del “mobbing”, este Tribunal ha tenido ocasión de expedirse, fundamentalmente en el Ac. 6/11 “Romero Nilda”. Allí se ha sostenido que dicha figura no escapa al ámbito de la Administración Pública... que, más allá de las distintas aprehensiones del concepto de “acoso laboral”, “acoso moral” o “mobbing”, en términos generales, esta figura se caracteriza por la repetición o reiteración de conductas hostiles, persistentes, producidas en el ámbito laboral y que tienen como objetivo, provocar un desgaste psicológico con la intención de que se abandone el puesto de trabajo, de disciplinar, de que se acepten determinadas condiciones o, simplemente, como forma de denigración. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, es importante concebir el acoso del modo más objetivo posible, puesto que no toda percepción subjetiva de acoso lo será también para el Derecho: El comportamiento ha de ser objetivamente humillante o vejatorio.

Y “así definido, el acoso se diferencia claramente del estrés -derivado de las muchas tareas por realizar- o de la falta de amabilidad del empresario, sus representantes o los compañeros de trabajo, y, sobre todo, de la existencia de condiciones laborales insatisfactorias o de la conflictividad -incluso judicial- entre el trabajador y el empresario. En principio, no supone un acoso el hacer uso de derechos legítimos, reconocidos por el ordenamiento jurídico.



No habrá acoso por ejercitar, de forma legítima, el poder directivo o disciplinario. No habrá acoso por adoptar decisiones razonables sobre la organización del trabajo en la empresa que afecten a los trabajadores, por incrementar los sistemas de control sobre la realización de la actividad laboral -lo que facilitan las nuevas tecnologías- o por indagar si el trabajador ha incurrido en un incumplimiento contractual. En definitiva, del hecho de que el trabajador se integre en el ámbito de organización y dirección de la empresa no es posible deducir que el trabajador se halle en permanente peligro de sufrir un acoso. Para hablar de acoso habrá de existir un ejercicio anormal, irregular o irrazonable de las prerrogativas y los poderes empresariales” (cfr. Sagardoy Bengochea, Juan A. - Gil y Gil, José L., Título: El acoso psicológico en el trabajo Fuente: JA 2007-III-1302 - SJA 18/7/2007)”.

Aplicando estas consideraciones al caso analizado y traspolados al ámbito de la relación de empleo público, conforme a la posición actoral (injurias sufridas-insultos, descrédito, indiferencia hacia su labor, negarle vacaciones anuales, no haberlo recategorizado, fraude laboral, etc.) lo actuado por la demandada habría importado un ejercicio irregular o irrazonable de las prerrogativas y de los poderes de organización de sus cuadros, provocándole un daño que debe ser resarcido.

Ahora bien, como ocurre en todos los casos que vienen a resolución de este Tribunal, es necesario que, quien afirma el acaecimiento de un determinado hecho o conducta generadora de responsabilidad, acredite su existencia.

No se desconoce, sin embargo, que una de las mayores dificultades para la efectividad de la protección contra el acoso psicológico atañe a la prueba de los comportamientos.

Pero ello no quita que, mínimamente, quien alega su existencia debe presentar los indicios de los que pueda inferirse el acoso: Es indispensable probar los hechos (aún indiciarios) en los que se fundan las afirmaciones y, en un estadio –si se quiere, anterior- es exigible que se describan concretamente, las conductas desplegadas por quien, se dice, ofició de acosador y cómo, en el caso, se configuró tal situación.

Y, como ya se ha indicado, la posición actoral parecería situar la antijuridicidad y arbitrariedad del accionar estatal en las injurias sufridas, que originaron el daño psicológico, como vejaciones, insultos, descrédito a sus opiniones, silencio ante sus requerimientos, tanto en orden al cumplimiento de sus funciones, como en el ejercicio de sus derechos, indiferencia hacia su labor y órdenes por parte de sus superiores, entre otras.

En resumen, sostiene haber sido objeto de una evidente persecución, que le ha generado un daño psicológico gravísimo.

Veremos cada uno de los reproches formulados a la demandada, sin perjuicio de que se haya cerrado el análisis en punto a la legalidad del desplazamiento del actor del cargo de Director General de Obras.

En torno al reclamo de ascenso de categoría, la demandada formalizó respuesta expresa a través de la Resolución N° 35/11 del Secretario de Obras y Servicios Públicos (fs. 276 del legajo personal), detallando que el actor ostenta la anteúltima categoría del escalafón general, que la recategorización no procede de manera automática, y no concurren los requisitos para tal supuesto.

Respecto del acceso al legajo personal, se describió previamente que la apoderada del actor tomó vista del mismo, previa intimación de justificar el pedido.

En ambos supuestos, denegación de ascenso y método de toma de vista del legajo personal, no se advierte el hostigamiento denunciado por la parte actora.

Luego, el actor afirma que se denegó injustamente el goce de sus vacaciones, lo que configuraría otra hostilidad por parte de la demandada.

En tal sentido, del legajo personal consta que en todas las oportunidades, el agente solicitó licencias anuales de 35 días, 44 días, 30 días. En dichos supuestos, siempre se autorizó el usufructo, aunque se suspendieron por razones de servicio una vez transcurridos casi todos los días autorizados.

La suspensión de la licencia por razones de servicio, no constituye per se una negación del usufructo, ni una desnaturalización del mismo. No se agrega, al respecto, otra prueba que la de los dichos del actor.

Lo mismo ocurre tras repasar la prueba testimonial rendida, la que si bien ofrece apreciaciones sobre el carácter -por momentos incompatible del actor y su entorno laboral-, no alcanza para acreditar una situación de constante hostigamiento hacia su persona.

Así, la declaración del Sr. Luis Hernán Inzulza –compañero de trabajo del actor en la misma Dirección-, a fs. 107, infiere cierto grado de conflicto con el área que dirigía el actor, al punto de advertir que “se hablaba despectivamente de la persona que estaba a cargo de la Dirección, tanto desde la Secretaría como de la Subsecretaría.”.

Tras ser preguntado el testigo sobre “qué comentarios y/o críticas percibió por parte de empleados del municipio respecto del Sr. Feldmann, respondió “Como el actor siempre pedía los papeles para no tener problemas, los comentarios era que era cabrón... Esas cosas les molestaba a los otros directores o a los otros compañeros”.

Luego, se le consulta al testigo “que describa quienes hacían los comentarios que mencionó en la respuesta anterior”, y contestó: “Lo escuché desde el Secretario, el Subsecretario de Obras y Servicios y los otros Directores”.

Al preguntársele “cómo tomó conocimiento de los supuestos comentarios despectivos del Secretario y Subsecretario hacia el Sr. Feldmann, respondió “Me lo decían personalmente”.



En relación al temperamento que en forma general, tenía el entonces Secretario de Obras y Servicios Públicos, el testigo afirmó: “Cuando estaba todo bien estaba todo bien. Cuando uno quería sugerirle algo para que las cosas se hagan mejor, para cubrirse o no tener problemas, lo tomaba mal, como que uno le impedía hacer las cosas o se oponía a que las cosas salgan lo mejor posible”.

Que “cuando yo hablaba con él o me impartía alguna orden pasaba así. Con respecto a los otros empleados calculo que ha sido igual el trato. Específicamente con la Dirección de Obras no era asidua la relación respecto de las otras Direcciones”.

Posteriormente, a fs. 110 presta declaración el Sr. Antonio Roberto Olea, también compañero laboral del actor, quien afirma que el ambiente laboral en el que se desempeñaba el Sr. Feldmann con anterioridad al comienzo de su licencia psicológica, era bueno entre ellos, y acerca del trato que impartían los superiores al actor, sostuvo: “A él le hablaban directamente los jefes.

Nosotros no sabemos cómo eran las conversaciones”, aunque luego sostiene que “por ahí charlábamos con Feldmann y él nos decía que se llevaban bien. Sólo lo sé por comentarios de él.

A fs. 245 presta declaración testimonial el Sr. Fernando Roberto Pieroni, quien era Secretario de Obras y Servicios Públicos al momento de disponerse el cese del cargo directivo del actor.

El Sr. Pieroni sostiene que esta última se produjo por una reestructuración, y durante la gestión “el actor tenía su oficina, su vehículo, comunicación, y aparte se le renovó la confianza en su cargo político que venía de la gestión anterior y fue reafirmado en la nueva gestión. Era una relación cordial”.

Manifiesta buenos conceptos respecto del actor en su calidad de trabajador. Que “él tenía un puesto político y no era uno más del corralón, estaba en la tercer línea de mando de mi Secretaría. No era un empleado común. Eran pocas las personas que lo mandaban a él: dos”.

Por su parte, el Sr. José María Diego Busso (fs. 254), quien fuera Subsecretario de Obras en el período en cuestión, manifestó que el Sr. Pieroni “era una persona muy temperamental a la hora de expresarse”. “A la hora de impartir órdenes, respecto a los modos, no tenía grises. Te decía hay que hacer esto y nada más. Era directo”.

Respecto del Sr. Feldmann, sostuvo que “era una persona muy trabajadora pero siempre tenía alguna objeción para hacer en la forma de encarar los trabajos.

Al tener muchos años de actividad en la Dirección tenía una forma de trabajar incorporada. Se cumplían los objetivos pero él tenía un modelo que no coincidía con el modelo de la gestión. Lo hacía igualmente pero opinaba que había otra manera de trabajar. Me refiero a cosas exclusivamente técnicas, no al trato personal. Por ejemplo, si nosotros queríamos empezar varias obras a la vez, él decía que había que hacer de a una por vez”.

Sostuvo que se reunía con el Sr. Pieroni por lo menos tres veces por semana en la oficina que tenía la Dirección General de Obras Públicas o en una obra en particular, los tiempos eran variables, dependiendo de la obra en cuestión.

Sobre el final de mi gestión a veces se extendía no por temas laborales sino por esta sensación de él respecto de que no se sentía cómodo por la forma en que trabajábamos.

Sobre la actitud que asumía Pieroni ante algún cuestionamiento sobre la forma de realizar alguna actividad laboral, el testigo afirma: “Lo escuchaba y si compartía el cuestionamiento le daba una solución. Pero dependía del cuestionamiento. En cosas técnicas no se metía. En cosas referidas a lo político lo tenía que valorar él. Yo le elevaba los reclamos pero no le hacía cuestionamientos porque no está dentro de mis atribuciones. Era como que un Secretario cuestione a un intendente”.

Relata que no escuchó comentarios del Sr. Pieroni hacia el Sr. Feldmann, pero sí de esa “Dirección hacia arriba, no a la inversa”.

Tanto el Sr. Pieroni como Bussi, en sus declaraciones, manifiestan inconvenientes financieros para afrontar las labores cotidianas de la Secretaría, que impactaron en el desenvolvimiento de los procedimientos de las obras.

Otro testigo, Sr. Mario Sergio Montoya, quien fuera Subsecretario de Servicios Públicos en el año 2010, sostiene a fs. 268 que el trato entre el Sr. Pieroni y el actor era “normal entre jefe y subalterno”, y que el primero era igual con todos los empleados, sin advertir maltrato hacia Feldmann.

Por su parte, a fs. 139/140, obra la pericia psicológica efectuada en la causa -a cuya lectura cabe remitirse- en la que se señalan distintos componentes de la personalidad del actor (principalmente en cuanto a los recursos para enfrentar situaciones laboralmente complejas), informe que -se observa- guarda compatibilidad con el realizado por la Lic. María Agustina de Francisco adjuntado a la demanda (fs. 17 -cuyo contenido y firma fue reconocido por dicha profesional en la declaración de fs. 179).

Llegados a este punto del análisis, no es posible reconocer que el actor haya padecido una situación de hostigamiento permanente por parte de sus superiores.

Antes bien, en el escenario descripto, tal como concluyó el Sr. Fiscal General en su dictamen, podría colegirse que los padecimientos psicológicos no logran desvincularse de su personalidad y las percepciones subjetivas del entorno laboral.

Repárese que, aún de sopesar la declaración del testigo Inzulza, en relación con ciertas desavenencias en el entorno de trabajo, el resto de las declaraciones no coadyuvan a formar una convicción en tal sentido y, por lo demás, conservan coherencia con los rasgos de la personalidad del accionante que han sido descriptos en la pericial psicológica.

Bajo este vértice, considerando que el actor desempeñaba una función que conllevaba responsabilidad directiva pero en un grado intermedio (con



lo cual confluían en esa situación inferiores y superiores) y que la tarea implicaba una vorágine laboral como la descripta por los testigos (por la naturaleza de las obras, los compromisos presupuestarios y las distintas formas propuestas para llevar a cabo las mismas), sumado a la reestructuración del sector y los datos que proporcionó tanto el Informe Psicológico ofrecido por el actor como la pericial llevada a cabo -en punto a su personalidad-, es dable colegir que las molestias sufridas por el Sr. Feldmann si bien pueden ser entendibles, no por ello resultan indemnizables ya que, de la prueba reunida, no emerge acreditada la grave situación de hostigamiento denunciada.

En definitiva, si en orden a la causa de la pretensión deducida en autos, lo fundamental era probar que, efectivamente, existieron conductas enderezadas a producir un acoso laboral, en este caso ello no aparece logrado.

Por lo tanto, no estando acreditados los extremos en base a los cuales se solicita la reparación, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, cabe colegir que la demanda debe ser desestimada.

XIII.- En función de las consideraciones efectuadas, entonces, se propone al Acuerdo desestimar la demanda interpuesta en todas sus partes. Y, con relación a las costas, no encontrándose motivo para apartarse de la regla de imposición a la parte vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria), corresponden sean soportadas por la parte actora. TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por el Sr. José Eduardo Feldmann contra la Municipalidad de Centenario. 2º) Las costas serán soportadas por la actora (Art. 68 del CPCyC). 3º) Diferir la regulación de honorarios, hasta contar con pautas para ello. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"PÉREZ JUANA C/ ENTE PROVINCIAL DE TERMAS S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** –  
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2750/2009) – Acuerdo: 117/16 – Fecha:  
28/11/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADOS PUBLICOS. PERSONAL TRANSITORIO. DERECHO A LA ESTABILIDAD. INDEMNIZACION.  
DISIDENCIA.

1.- Establecido que el presente es un caso atípico en el que la forma de la relación responde a condiciones de estacionalidad para la prestación de las tareas, toda vez que la parte actora se vinculó mediante sucesivas designaciones en planta temporaria, y que desempeñó tareas como masajista en el Complejo Termal Copahue, dependiente del Ente Provincial de Termas y, luego, en el Spa Termal de la ciudad de Neuquén, la solución que se propicia es otorgar una indemnización compensatoria que permita concretar la aplicación del principio protectorio. Es que, la interrupción injustificada de los sucesivos vínculos de temporada sin prodigarle ningún tipo de protección, vulneró la consagrada en la norma suprema, en la que anida la obligación de la Administración de responder por su comportamiento irregular. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

2.- Toda vez que no existe en el derecho público local (vgr. normas estatutarias) una disposición que en forma razonable logre compensar la protección omitida, y considerando que ésta debe traducir una





“reparación integral y equitativa”, contexto en el que se inscriben las normas constitucionales provinciales que se ocupan del “derecho al trabajo” (art. 40, aplicación de la legislación laboral más beneficiosa para el trabajador), a efectos de poder establecer una “indemnización adecuada” habrá de recurrirse, en forma analógica, a la escala prevista en el art. 245 de la LCT. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

3.- Conforme los antecedentes laborales de la actora, de donde surge que fue designada en planta transitoria/temporaria/política, prestando servicios por un plazo que se extendió por el período 1991/2005 y en tareas (masajista) que son inherentes, normales y habituales del E.Pro.Te.N. –cfr. en este sentido la Ley de creación N° 1762, su objeto, competencias y recursos-, sumado a las expresas disposiciones estatutarias que han sido examinadas (art. 3 del E.P.C.A.P.P.) y, que se encuentra ampliamente superado el plazo de cinco años de servicios efectivos discontinuos –atendiendo a la modalidad de la prestación-, todo lleva a concluir que la actora ha alcanzado estabilidad en el empleo público y, por ende, cabe reconocerle el status de personal permanente en tareas discontinuas (por temporada) de la Administración Pública Provincial. Consecuentemente, cobrando operatividad tal garantía, corresponde ordenar la incorporación de la accionante a la planta permanente de la Administración. (del voto del Dr. Massei, en minoría).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 117. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Superior Tribunal de Justicia integrada por los señores Vocales Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI y, por existir disidencia, con el señor Presidente Subrogante Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA BERMÚDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “PÉREZ JUANA C/ ENTE PROVINCIAL DE TERMAS S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 2750/2009, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal, y conforme con el orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: I.- A fs. 5/9 se presenta la Sra. Juana Pérez, por derecho propio, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra el Ente Provincial de Termas del Neuquén.

Pretende la declaración de nulidad del Decreto 939/09, que rechazó el reclamo interpuesto contra la Resolución 213/08 la que, a su vez, denegó la solicitud de reincorporación a las funciones y a la planta permanente del Ente Provincial de Termas; requiere asimismo el pago de una indemnización por el daño patrimonial causado, equivalente a los salarios dejados de percibir, con más sus intereses, desde la fecha del cese y hasta el momento de su efectiva reincorporación, más la indemnización del daño moral que dice haber sufrido.

Cuenta que se desempeñaba como empleada de la planta transitoria del Ente Provincial de Termas del Neuquén.

Indica que prestó funciones como masajista en dicho Ente, desde el año 1991 hasta el 2005, bajo una modalidad similar a la de los trabajadores de temporada, aunque con una relación de empleo público.

Dice que, conforme surge de los antecedentes laborales obrantes en el expediente 3371-2169/06, en julio de 2006, fue notificada de la Resolución 112, en la que se estableció que “por necesidades operativas” (sin especificar cuáles) el Ente “había resuelto abstenerse de renovar su contrato”.

Señala que intimó al Ente a aclarar su situación laboral y que, como respuesta, se le informó que “este organismo contrata personal temporario para la prestación de servicios en el SPA termal de Neuquén Capital, dándose el alta administrativa y consecuente baja en cada año calendario, conforme lo amerite las necesidades del servicio”.

Alega que se desempeñó durante más de 15 años como personal temporario encontrándose sujeta la relación a disposiciones internas de encuadre legal “sui generis”, porque el E.P.C.A.P.P. nada establece para los trabajadores de temporada.

Describe las contrataciones efectuadas que obran en su legajo personal. Destaca que en el 2003, mediante Decreto 757/03 del Poder Ejecutivo se la designó en la planta política, designación que fue dada de baja el 21 de mayo de 2004. Añade que en los considerandos de dicho acto se estableció la necesidad de designar agentes con idoneidad y experiencia.

Destaca la continuidad de la relación. Indica que, en enero de 2008, entró en vigencia el Convenio Colectivo de Trabajo para el Personal del Ente Provincial de Termas.

Entiende que, eventualmente, una aplicación analógica de lo previsto en los artículos 96 y ss. de la Ley de Contrato de Trabajo, más la





integración con el Título II del referido convenio colectivo y el EPCAPP, permiten concluir que corresponde la reincorporación a sus funciones.

Considera que jurídicamente su situación se encuadra como personal de la planta permanente temporaria, con estabilidad laboral y con una antigüedad medida en las sucesivas contrataciones desde 1991, superior a los cinco años que prevé el art. 3 del E.P.C.A.P.P.

Refiere a la designación en planta política y plantea que ha acontecido un fraude a la ley, por aparentar una designación en un cargo político cuando se trataba de una tarea específica, habitual y permanente de masajista.

Cita jurisprudencia. Funda en derecho.

II.- A fs. 26, mediante R.I. 13/10, se decretó la admisión de la acción.

Efectuada opción por el proceso ordinario (fs. 29) y corrido traslado de la demanda, a fs. 32 tomó intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

III.- A fs. 285/286 vta. se presentó el Ente Provincial de Termas del Neuquén, mediante apoderado, y contestó la demanda. Solicita su rechazo, con costas.

Efectuadas las negativas de rigor, expresa que, tal como manifiesta la Sra. Pérez ingresó a la Planta temporaria del organismo provincial.

Indica que los servicios prestados por la accionante, como los del resto de los agentes de planta temporaria, se desarrollan desde el dictado de la norma legal de alta hasta el correspondiente dictado del acto que dispone la baja.

Agrega que en las pertinentes normas legales se consigna, en forma expresa, la fecha de culminación de la vigencia de la relación con el Ente Provincial de Termas del Neuquén, como también que su ingreso es a la Planta Temporaria del Organismo.

Manifiesta que, en el caso de la actora, tal metodología, se encuentra documentada en su legajo personal.

Destaca que la Sra. Juana Pérez nunca fue designada en la planta permanente del Personal de la Administración Pública, por lo que no pudo haber alcanzado en algún momento la garantía de estabilidad en el empleo que reclama. Por ende, tampoco tiene derecho a la reincorporación peticionada.

Respecto al marco normativo aludido por la accionante, refiere que el E.P.C.A.P.P. prevé que no gozan de estabilidad aquellas personas que se desempeñen bajo regímenes especiales.

Alude a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional, en punto a que el transcurso del tiempo no trastoca la situación de revista (cfr. doctrina de la causa “Vaquero”). Cita jurisprudencia de este Cuerpo en igual sentido.

Refiere que no es cierto que a partir de enero de 2008 rija el Convenio Colectivo de Trabajo para el personal del Ente Provincial de Termas del Neuquén.

Afirma que el Decreto 757/03 (mediante el cual se designó a varias personas en la planta política, entre ellas la actora, para desempeñar funciones en el SPA Termal que se inauguraba en la Ciudad de Neuquén) no puede ser considerado como un supuesto de “fraude a la ley”; agrega que la parte omitió consignar que tal designación era “partir del 1 de mayo de 2003 y hasta que dure la gestión de gobierno” lo cual patentiza que dicho acto poseía expresamente establecida la fecha de finalización de la relación.

IV.- A fs. 290 se abrió la causa a prueba, produciéndose la obrante en autos.

A fs. 349 se pusieron los autos para alegar, derecho que ejerció la actora a fs. 354/357 vta.

V.- A fs. 359/363 se expidió el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 366 se dictó la providencia de autos para sentencia, la que, encontrándose a la fecha firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Entonces, la accionante, con sustento en el derecho a la estabilidad, reclama su reincorporación, el pago de una indemnización por daños materiales equivalente a los salarios caídos y una indemnización en concepto de daño psicológico y daño moral.

No se encuentra controvertido que la parte actora se vinculó mediante sucesivas designaciones en planta temporaria (ver legajo, Tomo 2 - Módulo 1 que en copia obra agregado a fs. 73/183), y que desempeñó tareas como masajista en el Complejo Termal Copahue, dependiente del Ente Provincial de Termas y, luego, en el Spa Termal de la ciudad de Neuquén.

De las constancias obrantes en su legajo surge que las tareas se prestaban desde diciembre o enero hasta abril o mayo del año siguiente. Es decir que trabajaba, dependiendo de la extensión de cada temporada termal, de tres a cinco meses al año.

En los actos de nombramiento se establecía, en forma expresa, que era una designación en la planta temporaria y se instituía la fecha de alta, el tipo de tareas de cada agente y la categoría a la que se referenciaba la remuneración.

Luego, al finalizar la temporada, se dictaba otro acto que establecía que, por haber finalizado ésta, se prescindía o se daba de baja al personal temporario y se detallaba, en cada caso, la fecha de baja.

Una vez dictado el acto de alta, se notificaba a los agentes la fecha en la que comenzaban a prestar tareas.

Esa metodología perduró desde el inicio de la relación en la temporada de los años 1990/1991 hasta el 2003. Ese año, luego de la baja por fin de temporada -1/5/03 según Resolución 140/2003 (fs. 109)- se dictó el Decreto 757/03 (fs. 103) que designó a la actora y a otros agentes en Planta Política a partir del 1° de Mayo de 2003 (A fs. 102, consta en el legajo una certificación que da cuenta de que la agente Juana Pérez prestaba



servicios como masajista desde el 4/01/2003 en la ciudad de Neuquén).

En diciembre de 2003 -Resolución 242/2003, fs. 98- se la dio de alta, a partir del 11/12/03, para cumplir funciones de masajista en el Área de la Dirección Médica y fue dada de baja el 22/5/2004 –Resolución 124/04, fs. 95-.

A fs. 90 del Legajo (cfr. fs. 94 de esta causa) obra una certificación de los servicios prestados por la actora desde el 9/01/91 al 22/5/04.

En noviembre de 2004 –Resolución 076/04, fs. 89/93- se la dio de alta a partir del 1/12/04, en el Spa Neuquén, y de baja el 31/5/05 –Resolución 116/05, fs.81/88-.

En junio de 2005, se la designó en el Spa Neuquén –Resolución 149/05- y se la dio de baja el 31/12/05 –Resolución 275/05-.

Entonces, la forma, las tareas desempeñadas y el modo en que se desarrolló la vinculación laboral, permiten asumir que se trató de una modalidad especial de trabajo justificada en las necesidades funcionales del servicio prestado por el E.Pro.Te.N. en el Complejo Termal Copahue en época estival y, a partir de 2003, en algunos períodos, también en el Spa Termal inaugurado en la ciudad de Neuquén.

La actividad que la Sra. Pérez prestaba en el aludido complejo termal, por su propia naturaleza, presenta rasgos típicos y definitorios de estacionalidad, en tanto sus tareas estaban llamadas a cumplirse sólo en una época preestablecida y cierta del año (“temporada termal” tal como se consignaba en los actos de alta y de baja) que, cuando culminaba cesaban las causas que justificaban la implementación del servicio.

Este aspecto repercute en forma directa sobre la pretensión de reincorporación con amparo en la estabilidad en el empleo público con anclaje en el E.P.C.A.P.P., esgrimido por la aquí accionante, desde que, tal régimen no resulta aplicable al caso sub examine; precisamente, por tratarse de un régimen especial de trabajo.

Repárese que la misma accionante está asumiendo que su vinculación fue de tipo “sui generis” en función de que no está regulada en el E.P.C.A.P.P.

Es que no lo está, pues la situación encuadra en el supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de dicho marco, que involucra al “personal de Organismos Provinciales que por la naturaleza de sus funciones específicas, requiera regímenes especiales y el Poder Ejecutivo así lo resuelva”.

VIII.- Lo anterior se reafirma si se advierte que los trabajadores eran convocados al inicio o reinicio de cada temporada termal. Una vez finalizada, cesaba la vinculación y con ello la obligación por parte del empleado de mantener su fuerza de trabajo a disposición de la empleadora (es decir, se liberaba su capacidad de trabajo), y de ésta, la obligación del pago de la remuneración.

Dichas notas tipificantes de la relación de empleo de temporada se patentizan en el caso, manteniéndose desde 1991 hasta 2005.

Sin embargo, al llegar la temporada 2006, no se la dio de alta ni se notificó a la actora que debía presentarse a prestar las tareas de masajista que cumplió las temporadas anteriores.

Esta situación, dadas las características antes mencionadas, si bien no es susceptible de ser tamizada por las disposiciones del E.P.C.A.P.P. (atento que, como se dijo, la modalidad de trabajo está excluida del ámbito de aplicación de dicho régimen y, por ende, no existe un compromiso de la garantía de estabilidad en el empleo, propia de los empleados de planta permanente) no es menos cierto que, igualmente, amerita el análisis desde el vértice de la protección constitucional al “trabajo en todas sus formas” (art. 38 de la Constitución Provincial).

IX.- En efecto, no puede dejar de reconocerse que la vinculación laboral (aún cuando fuera en “temporada”) se mantuvo por un lapso considerable de tiempo (más de diez períodos), generando en la actora la razonable expectativa de ser convocada a la temporada siguiente para continuar prestando sus tareas en el ámbito del E.Pro.Te.N.

Es que, el accionar de la propia Administración sin desbaratar el carácter transitorio de las designaciones, le confirió al vínculo ciertos rasgos de permanencia (altas y bajas continuadas).

De manera tal que, la decisión unilateral de la Administración, de no convocarla al inicio de una nueva temporada –tal como lo venía haciendo- (sin brindar razones que justificaran tal proceder), ha impactado en la esfera de protección que constitucionalmente cabe dispensarle al “trabajo”, obligando a encontrar una solución (si bien no es la pretendida) que logre concretar efectivamente la protección omitida.

En este punto, cabe traer a colación también que, el art. 14 bis de la Constitución Nacional, consagra un doble orden de derechos. Por un lado, la estabilidad en el empleo público (propia de los agentes estatales pertenecientes a los cuadros permanentes de la Administración, cuyo vínculo no puede ser resuelto sin invocación de una causa justificada y razonable, ni aún mediante el pago de una indemnización) y, por el otro, la protección contra la ruptura incausada de la relación laboral (estabilidad impropia), garantía que si bien fue concebida como exclusiva y propia de los trabajadores privados, fue ampliada por la CSJN para resguardar, a través del pago de una indemnización –bajo ciertas y determinadas condiciones- a aquellos agentes públicos en situación precaria –sin estabilidad- que sufrieran, con la extinción antes de tiempo o con la no renovación arbitraria de su fuente de trabajo, un menoscabo del derecho reconocido por la Carta Magna (cfr. “Ramos” Fallos:333:311).

Tutela también impuesta por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que el reconocimiento que este instrumento efectúa sobre el derecho a trabajar “implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 18, artículo segundo).

Entonces, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, se encuentra el art. 38 de nuestra Carta Magna Provincial, que consagra en forma expresa al “normal ejercicio del trabajo” como un derecho personal con carácter inviolable, y al “derecho al



trabajo” como un derecho social, el que además, por ser un derecho humano, es protegido vigorosamente por el ordenamiento jurídico internacional, reforzando el llamado “principio protectorio”.

Y la protección especial hacia la “persona” también inspira a los principios que informan la actuación de la Administración, toda vez que la efectividad de los deberes del Estado y de la protección de los derechos, han transformado los contornos y funciones de la Administración Pública Provincial.

De tal forma, la aplicación de principios protectorios propios del derecho laboral ha trascendido el ámbito privado, para ubicarse en el marco de los principios generales de todas las relaciones de trabajo, los que encuentran su base, como ya fuera advertido, en la dignidad del hombre.

Puede concluirse, entonces, que el reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores dependientes, tanto públicos como privados, ha sido dispuesto en el derecho positivo internacional, nacional y provincial, acordándose estándares mínimos de protección.

Y, en este esquema protectorio, ha de insertarse el tratamiento de la situación de la Sra. Pérez.

X.- Sentado lo anterior, y establecido que el presente es un caso atípico en el que la forma de la relación responde a condiciones de estacionalidad para la prestación de las tareas, la solución que se propicia es otorgar una indemnización compensatoria que permita concretar la aplicación del principio protectorio.

Es que, la interrupción injustificada de los sucesivos vínculos de temporada sin prodigarle ningún tipo de protección, vulneró la consagrada en la norma suprema, en la que anida la obligación de la Administración de responder por su comportamiento irregular.

Ocurre que, aunque el caso difiere de la situación de los agentes “contratados”, ya que aquí no podría hablarse de fraude (en tanto la modalidad obedeció a la estacionalidad de la actividad termal), lo cierto es que, en ambos casos, emerge la necesidad de concretar el referido principio protectorio.

Para ello, tal como lo ha apuntado la Corte Nacional en el caso “Ramos”, dado que se trata de reparar la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debe buscarse primero en el ámbito del derecho público y administrativo (cfr. consid. 9).

Repárese que, en la misma línea, este Tribunal en casos en que se indemnizó a trabajadores estatales municipales contratados, aplicó analógicamente la escala contemplada en el régimen estatutario correspondiente al trabajador (cfr. “Tamborindogui”, Ac. 12/11).

No obstante, toda vez que no existe en el derecho público local (vgr. normas estatutarias) una disposición que en forma razonable logre compensar la protección omitida, y considerando que ésta debe traducir una “reparación integral y equitativa”, contexto en el que se inscriben las normas constitucionales provinciales que se ocupan del “derecho al trabajo” (art. 40, aplicación de la legislación laboral más beneficiosa para el trabajador), a efectos de poder establecer una “indemnización adecuada” habrá de recurrirse, en forma analógica, a la escala prevista en el art. 245 de la LCT.

Es que en ausencia de previsiones legislativas que, en el contexto del derecho público, permitan acordar una medida equitativa para la reparación, se podrá acudir analógicamente a las previsiones de la Ley de Contrato de Trabajo (cfr.

Bottasi, Carlos, “Ensayos de Derecho Administrativo”, Ed. Platense, Capítulo II: “Empleo Público y Derecho Social”, pág. 92/93).

Esta solución, por lo demás, está en línea con la regla de interpretación que propone la CSJN en el fallo “Madorrán”, cuando expresa que “...el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales..., sumado al principio pro homine, connatural con esos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales”.

En función de lo expuesto, entonces, frente al modo de finalización del vínculo laboral que unió a las partes, y por aplicación del principio constitucional de la protección al trabajo en todas sus formas, resulta razonable otorgar a la accionante una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor.

Para el cómputo del tiempo de servicio, se deben tener en cuenta los lapsos efectivamente trabajados.

Dicho importe devengará intereses a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén, computables desde que se produjo la desvinculación definitiva -enero de 2006- y hasta el 01/01/08; desde tal fecha y hasta el efectivo pago, se calculará a la tasa activa de dicha institución bancaria. Ello deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia.

Por último, con relación a las costas, y considerando que la demanda prospera parcialmente, corresponde imponerlas en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.). ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: He de disentir con la solución que, en definitiva, propone mi colega de Sala, toda vez que en este caso estimo comprometida la garantía de estabilidad en el empleo, aun considerando las especiales características de la relación laboral mantenida.

1.- Previo a todo, viene al caso recordar cuál es mi posición en punto a la garantía de la estabilidad en el empleo.



Ya en la causa “Hernández” –Ac.14/11- sostuvo: “Sin ánimo de sobreabundar sobre conceptos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la garantía constitucional de la estabilidad en el empleo, reiteradamente expresados en los pronunciamientos de este Cuerpo, creo sí oportuno traer a colación, lo sostenido en Acuerdo 318/94, autos “Rebolledo”, en cuanto a que, la operatividad -de las normas constitucionales que contienen el derecho a la estabilidad en el empleo-, debe ser entendida como un principio que hace a la propia esencia de la función pública, pero ello no implica que no pueda ser razonablemente reglamentada en orden, por ejemplo, a cuándo se adquiere. (cfr. Caso “Madorrán” CSJN, Fallo 330:1989 (2007)). También, que la estabilidad del empleado público exige, por un lado, la configuración de una relación de empleo permanente, y por otro, el ajuste de cada situación a lo normado por el Estatuto correspondiente. Entonces, partiendo de la premisa que la adquisición de la garantía de estabilidad en el empleo puede ser válidamente reglamentada, no puede, en este análisis, soslayarse las concretas y expresas disposiciones contenidas en el Capítulo II del EPCAPP (arts 2, 3 y 4). En lo que aquí importa, su art. 3, determina cuando se adquiere la garantía de estabilidad en el empleo, estableciendo que ésta nace al cumplir los agentes tres años de servicios efectivos y continuos o, cinco años de servicios discontinuos, desde su ingreso a la Administración Provincial... En virtud de lo expuesto, es claro entonces que con anterioridad al cumplimiento del plazo referenciado en el art. 3 del EPCAPP, el agente no se encuentra amparado con la garantía de estabilidad en el empleo...”.

En este orden de ideas, también vale recordar que este Cuerpo –en distinta composición- en la causa “Trinciante” –AC. 372/95- señalaba, en relación con el personal en “Planta Temporal”, que “de la lectura del Estatuto (EPCAPP) se desprende que la situación del Personal Transitorio no ha sido contemplada en el mencionado cuerpo legal, el que sólo comprende al Personal Civil que revista en Planta Permanente, por lo cual y en ausencia de toda otra normativa regulatoria, el Personal Transitorio queda tan solo sometido a las condiciones que se estipulan en el acto administrativo por el que se los designa, y sujeto a un término de duración determinado, vencido el cual y no siendo prorrogado por la Administración, de pleno derecho pone fin a la relación de empleo público...”.

No obstante, en dicho fallo, ya se señalaba –obiter dicta- que se consideraba razonable aplicar al personal transitorio la disposición del art. 3° del EPCAPP –tres años continuos o cinco discontinuos- “ya que algún límite debía fijarse a la transitoriedad y que lo contrario importaría una situación de irritante desigualdad con respecto al personal de Planta Permanente, posibilitando que se cometan abusos por parte de la Administración al mantener en estado de inseguridad “sine die”, respecto de la estabilidad, y negándoles el derecho a la carrera administrativa, a agentes de reconocida capacidad e idoneidad para el cargo”.

Más tarde, en la causa “Fuentes” -Ac. 540/98- el Tribunal, si bien señala que la “estabilidad” en el empleo no puede adquirirse por el mero transcurso del tiempo, sino que requiere de un acto administrativo formal del que surja indubitadamente la designación en función de empleo público permanente, o de una disposición legal que establezca la adquisición de la estabilidad a partir de la concreción de determinadas condiciones, sostuvo que “al personal transitorio de la Administración Pública Provincial, y salvo regímenes especiales, le es aplicable la disposición del art. 3 del EPCAPP, según el cual, el derecho subjetivo a la estabilidad nace cuando el agente cumple tres años de servicios efectivos continuos, o cinco discontinuos, prescripción que aparece razonable, dado que algún límite debe fijarse a la transitoriedad...”(trae a colación en este aspecto el fallo “Trinciante”).

De tal modo, prosigue el fallo, “estamos en presencia de la fuente de la obligación de estabilidad por parte de la accionada y en favor del demandante, cual es el art. 3 del EPCAPP que, aplicado al caso, implica que el Estado tenía la obligación de definir la situación de revista del actor con anterioridad al vencimiento del plazo que la norma contempla”.

Concluyó “...lo que la Administración no tiene es el derecho de mantener sine die en una situación indefinida a parte de su personal. Cumplido el plazo de tres años en el desempeño de sus actividades, el actor se hizo acreedor al beneficio de la estabilidad en el empleo público; ello implica, que al cabo del plazo del art. 3° del EPCAPP debió ser nombrado en planta permanente”.

Luego, vale completar la línea de razonamiento que se viene plasmando con las premisas expuestas en el Acuerdo 318/94, autos “Rebolledo” –voto del suscripto-, donde he sostenido que es cierto que no toda contratación temporal viola siempre y necesariamente la garantía de estabilidad, porque “la voluntad contractual en la relación de empleo público puede válidamente darse en casos especiales originando un vínculo destinado a extinguirse en el lapso de tiempo estipulado y respetando el principio de la razonabilidad administrativa y de las normas constitucionales dictadas al efecto”.

Por ello, dije, resulta necesario evaluar en el caso concreto las circunstancias de hecho que se extraigan de la causa; es a los jueces a quienes les corresponde, conforme cada circunstancia, evaluar todo el contexto a fin de descubrir y alcanzar la verdad material u objetiva por sobre la formal, y en su caso, si la verdad formal –una contratación temporal- encubre una treta para eludir la estabilidad, la verdad material estará, en principio, a favor de la incorporación estable, regular y no la transitoria.

A la par, estimé que “no puede válidamente primar una cuestión formal (acto administrativo de designación en planta permanente) por sobre una situación de hecho abusiva (la administración prolongando sine-die el dictado del acto) que lesiona derechos de raigambre constitucional como lo es –en este caso- el de la estabilidad en el empleo previsto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional de completa operatividad tanto en el orden nacional, como en las administraciones provinciales y municipales”.

De manera que, recapitulando: la adquisición de la garantía de estabilidad nace al cumplir los agentes tres años de servicios efectivos y continuos



o cinco años de servicios discontinuos, desde su ingreso a la Administración Provincial –art. 3 del EPCAPP-; dicho dispositivo resulta aplicable al personal temporario/transitorio –fallo "Fuentes"-; si del análisis del contexto de la relación laboral (tipo de tareas, duración, etc.) emerge que se dan las notas tipificantes de una relación de empleo permanente, se impone asumir que el empleado es acreedor de la garantía de estabilidad en el empleo.

2.- La descripción efectuada tiene por finalidad patentizar cuales son los criterios que, en este caso, me llevan a sostener que ha existido un compromiso de la garantía de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, propiciar que se le reconozca a la accionante el status de personal permanente de la Administración.

En efecto, conforme los antecedentes laborales de la actora, de donde surge que fue designada en planta transitoria/temporaria/política, prestando servicios por un plazo que se extendió por el período 1991/2005 y en tareas (masajista) que son inherentes, normales y habituales del E.Pro.Te.N. –cfr. en este sentido la Ley de creación N° 1762, su objeto, competencias y recursos-, sumado a las expresas disposiciones estatutarias que han sido examinadas (art. 3 del E.P.C.A.P.P.) y, que se encuentra ampliamente superado el plazo de cinco años de servicios efectivos discontinuos –atendiendo a la modalidad de la prestación-, todo lleva a concluir que la actora ha alcanzado estabilidad en el empleo público y, por ende, cabe reconocerle el status de personal permanente en tareas discontinuas (por temporada) de la Administración Pública Provincial .

Consecuentemente, cobrando operatividad tal garantía, corresponde ordenar la incorporación de la accionante a la planta permanente de la Administración.

3.- Despejado ello, corresponde analizar el requerimiento resarcitorio consistente en la reparación del daño, que es cuantificado –en la demanda- en el monto de los haberes que dejó de percibir como consecuencia de la finalización de la relación laboral.

También, como dije en reiteradas oportunidades, la cuestión debe partir de una dinámica procesal probatoria que se concreta en la presunción de la existencia del daño, como consecuencia de la ilegitimidad de la conducta desplegada por la demandada.

En consecuencia, en el supuesto que hoy me ocupa, tengo por acreditado el daño producido a la accionante con motivo de habérsela desvinculado de las funciones que prestaba para E.Pro.Te.N, desconociéndole el derecho a la estabilidad en el empleo.

Pero tal presunción, en modo alguno, autoriza la procedencia del pago de los salarios caídos en su integridad. La presunción del daño producido por la ilegitimidad del obrar administrativo no puede alcanzar, también, a la magnitud del mismo y, sin más, determinarse que éste siempre será equivalente a la totalidad de las remuneraciones dejadas de percibir por el agente ilegítimamente cesado.

El monto del perjuicio, es decir, el alcance de la indemnización, permanece supeditado a la demostración que efectúe la parte actora y, en su caso a la prueba en contrario de la demandada, en virtud del juego interactivo y dinámico de las cargas probatorias.

Debo concluir, entonces, que la responsabilidad de la Administración en modo alguno implica que no resulte necesario probar la relación de causalidad jurídica entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se reclama (Fallos 312:1382). Este extremo, unido a la aplicación del principio que en materia indemnizatoria suele resumirse bajo la fórmula “compensación del lucro con el daño”, y que señala que del monto del daño deben deducirse las ventajas que del hecho ilícito pueden devenir para el damnificado, determina la improcedencia del pago de “salarios caídos”, puesto que si bien es cierto que la cesantía ilegítima le restó utilidades a la demandante, no lo es menos, que dejó liberada su capacidad laboral.

Luego, ponderando la prueba rendida en la causa, se advierte que en la ofrecida y rendida no existen elementos que permitan conceder una indemnización en los términos antes explicitados.

Por ello, considero que, en el caso, los elementos probatorios arrojados a la causa resultan insuficientes para acreditar la cuantificación del daño con el alcance reclamado, en la medida requerida.

No obstante ello, frente a la presunción de la existencia del daño, como se dijo anteriormente, la ausencia de prueba que acredite fehacientemente el perjuicio sufrido conlleva a que, a los efectos de proceder a la determinación del importe correspondiente al daño material, se imponga su fijación prudencial en base a lo dispuesto por el art. 165 del CPC y C (aplicable por reenvío en el art. 78 de la Ley 1305).

A fin de mensurar el daño, debe partirse de considerar que la actora -a diferencia de otros casos en los que se carece de más conocimientos que el derivado de una mayor o menor experiencia en la tarea desempeñada como dependiente (cfr. Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de daños” 3, Hammurabi, pág. 183)-, contaba con una especialidad que, si bien la ruptura del vínculo le restó utilidades (las provenientes de los haberes que percibió como empleada), no es menos cierto que dejó liberada por completo su capacidad laboral, la que podía ser ejercida por fuera de la estructura administrativa.

En ese escenario, no pasa desapercibido que en la causa no se ha probado perjuicio en relación con la real repercusión de la merma sufrida en su actividad.

Por ello, estimo que debe otorgarse a la actora a título indemnizatorio el 10% del monto equivalente a los salarios dejados de percibir desde la desvinculación en enero de 2006, hasta la reincorporación que por el presente se ordena. Dicho importe devengará los correspondientes intereses, a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén, computables desde la fecha en que se produjo el hecho dañoso o ilegítimo hasta el 1° de enero de 2008 y, desde entonces, a la tasa activa de dicha entidad; todo lo que deberá ser determinado en la etapa de





ejecución de sentencia.

4.- Las costas, en mi opinión, deben ser soportadas por la demandada vencida, en función de la inexistencia de motivos que lleven a apartarse de la regla general de la derrota (art. 68 primera parte CPC y C). ASI VOTO.

El señor Presidente Subrogante Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE 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 lo que respecta a la solución que, en definitiva, corresponde adoptar de cara a las pretensiones de demanda.

Luego, analizadas las posiciones, estimo que la sustentada por el Dr. Kohon (en cuanto fundamenta las razones por las cuales la situación solo amerita el otorgamiento de una indemnización frente a la finalización del vínculo por imperio de las disposiciones constitucionales de protección al trabajo en todas sus formas –y no el reconocimiento del status de personal permanente y la “reincorporación”-) es la que más se adecúa para resolver el conflicto.

Ello, toda vez que, a la par de otorgar una debida protección en mérito a los postulados constitucionales vinculados con el derecho al trabajo y su protección (art. 37 y 38 de la Constitución Provincial), concilia también los restantes, vinculados con el acceso a los cargos públicos (art. 156 C.P.), los principios orientadores de la Administración del Estado, (eficacia, eficiencia, equidad, igualdad) y la creación de empleos “necesarios y justificados” (art. 153 C.P).

Por ello, adhiero en un todo al voto formulado por el Vocal que votó en primer término. ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por mayoría, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda incoada por la señora Juana Pérez contra el Ente Provincial de Termas; 2º) En consecuencia, condenar a la demandada a abonar a la accionante una indemnización con el alcance previsto en el considerando X del presente pronunciamiento. Dicho importe, devengará intereses, a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén computables desde enero de 2006 y hasta el 01/01/08; desde esa fecha y hasta el efectivo pago, se calculará a la tasa activa de dicha institución bancaria, todo lo que deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia; 3º) Imponer las costas en el orden causado (art. 71 del C.P.C.y C., de aplicación supletoria en la materia); 4º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Presidente Subrogante. Dr. RICARDO TOMAS KOHON -

Dr. OSCAR E. MASSEI

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

## **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CALA JOSÉ RICARDO Y OTROS S/ ACCIÓN DE LESIVIDAD" –**

Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2430/2008) – Acuerdo: 121/16 – Fecha: 06/12/2016

**DERECHO ADMINISTRATIVO:** Acción de lesividad.

**BANCO PROVINCIA. ENTIDAD AUTARQUICA. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. PODER DE POLICIA BANCARIO. SANCIONES. MULTA. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. ESTADO PROVINCIAL. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL. ACCION DE LESIVIDAD.**

1.- Corresponde hacer lugar a la acción de lesividad promovida por la Provincia del Neuquén y anular los Decretos del Poder Ejecutivo Provincial Nros. 2280/07 y 2281/07 mediante los cuales el Estado provincial se hace cargo de la multa impuesta por el Banco Central de la República Argentina a funcionarios del Banco de la Provincia en ejercicio del poder de policía financiero y en el ámbito de sus funciones, pues tales sanciones no puede ser asumida por la Provincia, toda vez que de tal modo no





cumple con la finalidad sancionatoria y persuasiva tenida en cuenta por la Ley de Entidades Financieras, y vulnera lo dispuesto en esa normativa. Ello así, por cuanto, aun cuando la Provincia se encuentre facultada para adoptar las medidas que estime conducentes en el ámbito de una entidad autárquica, como lo era el Banco de la Provincia del Neuquén –con anterioridad a su transformación en sociedad anónima-, ello no la habilita a dictar disposiciones que contraríen normas de carácter federal, como resulta ser la Ley de Entidades Financieras.

2.- El accionar estatal por el dictado de Decretos en los que se hace cargo de la multa impuesta por el BCRA a funcionarios del Banco de la Provincia del Neuquén, vulnera la competencia prevista en la ley de entidades financieras, en tanto quien impone la multa a las personas físicas es la superintendencia de entidades financieras (con posibilidad de revisión por el Poder Judicial). El Poder Ejecutivo Provincial no es el organismo competente para revisar tal sanción o, en su caso, asumir el pago de la multa. El sistema financiero ha previsto una solución diferente en la reglamentación de tal actividad que presenta características especiales. En consecuencia los Decretos atacados adolecen de los vicios graves mencionados en los puntos m) y s) del art. 67 de la Ley 1284.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 121. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CALA JOSÉ RICARDO Y OTROS S/ ACCIÓN DE LESIVIDAD”, Expte. N° 2430/08, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 4/19 se presenta la Provincia del Neuquén e interpone acción de lesividad solicitando se anulen los Decretos del Poder Ejecutivo Provincial Nros. 2280/07 y 2281/07. Afirma que causan lesión jurídica a los intereses del Estado Provincial por razones de ilegitimidad. Inicia la acción contra los beneficiarios de cada Decreto atacado: Decreto 2280/07: Néstor Darío DEL CAMPO y José Manuel OSER; Decreto 2281/07: José Ricardo CALÁ, Guillermo José CARNELLI, Manuel ENRIQUEZ y Marcos T. Alfonso PERINETTI. Agrega que no demanda a Carlos Natalio SAPAG atento que renunció formalmente al reconocimiento y/o derechos que le fueran otorgados por medio del Decreto Nro. 2281/2007.

Se refiere a la acción de lesividad, a la legitimación activa y pasiva para intentarla, a los requisitos formales de procedencia de la acción.

Luego agrega que la Ley 1305 exige que previo al inicio de la acción judicial se declare la lesividad en sede administrativa de aquellos actos que hayan sido emitidos en franca violación al ordenamiento jurídico, lo que se produjo con el dictado del Decreto Nro. 309/08 mediante el cual el Poder Ejecutivo con fecha 29/02/2008 declara la lesividad de los Decretos Nros. 2280/07 y 2281/07.

Dice que las notificaciones del Decreto Nro. 309/08 se han efectuado, conforme surge de los expedientes administrativos agregados por cuerda.

Transcribe los decretos cuya anulación se persigue, y el Decreto que los declara lesivos a los intereses estatales, al estar afectados por vicios graves conforme al art. 67 de la Ley 1284.

Refiere que el principal ataque que se le hace a los Decretos cuestionados es que no tienen respaldo directo o indirecto en norma legal alguna; constituyen un evidente apartamiento del sistema republicano que establece la obligación personal de los funcionarios públicos de responder personalmente y con su propio patrimonio por el ejercicio de las funciones encomendadas y que a su vez atentan contra la finalidad propia de toda sanción que consiste en reprobado la inconducta y persuadir la no repetición de la misma.

Agrega que de mantenerse la vigencia de los decretos atacados se afectarían los intereses patrimoniales del Estado, actuales (por su eventual deber de pagar y/o reintegrar las multas abonadas) o futuros (ante la posibilidad de tener que abonar las multas a imponer por el B.C.R.A.).

Indica que tal afirmación se respalda, entre otras, en las previsiones del artículo 189 inc. 20) de la Constitución Provincial, y también en la Ley 2141.

Refiere que no pueden pretender los demandados que el Banco de la Provincia del Neuquén S.A., ni el Estado Provincial, se hagan cargo de las sanciones monetarias (multas) que se les pudiese imponer por el Banco Central de la

República Argentina, o que les reintegrase los montos que ya se pudieren haber abonado por tales conceptos, como consecuencia de los sumarios que se les realizare si se les endilgase la comisión de infracciones a las normas legales correspondientes, por haber ejercido funciones en ese



Banco. Agrega que tal derecho otorgado para los beneficiarios de los decretos, resulta inmotivado, irrazonable, ilegal e ilógico.

Apunta que los vicios que poseen los decretos cuya anulación se persigue son los establecidos en diferentes incisos del artículo 67 de la Ley 1284, a saber:

e) que el objeto esté prohibido por el orden normativo, excluidos los casos del artículo 66 inc. a), b) y c); i) que adolezca de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones de otros órganos o entes administrativos; k) que sea dictado sin haber obtenido la previa autorización, siendo ella exigida; m) que no se cumpla con la finalidad debida o sea irrazonable; o) que viole principios elementales de la lógica; s) que carezca de motivación o ésta sea indebida, equívoca o falsa.

Dice que se pretende la declaración de lesividad a fin de volver sobre el propio accionar administrativo a través de los Decretos Nros. 2280/07 y 2281/07 a efectos de restablecer el orden jurídico lesionado, estando en la presente demanda debidamente invocada y acreditada la lesión, por lo que procede su anulación por los motivos invocados.

Agrega que los mencionados instrumentos permiten inferir que se pretende otorgar una suerte de “carta de indemnidad” al funcionario actuante pasado, presente y futuro del BPN S.A., quien es y será consciente que su actuar, de ser reprochable desde la órbita del B.C.R.A., no repercutirá en su patrimonio ya que la Provincia asumirá el pago de la multa a ser impuesta, afectándose además el patrimonio estatal.

Cita jurisprudencia, funda en derecho y ofrece prueba documental.

II.- A fs. 29/30vta., mediante R.I. 6820, se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 32) y corrido traslado de la demanda, a fs. 78/85vta. contesta José Ricardo CALÁ, que se presenta mediante apoderado.

Luego de realizar las negativas de rigor, relata que fue designado por el Poder Ejecutivo Provincial para integrar el Directorio del Banco de la Provincia del Neuquén en el período que corrió entre los años 1995 y 1999.

Dice que en mérito a las facultades propias, el Banco Central de la República Argentina dispuso la instrucción del sumario financiero N° 996 que tramitó mediante Expediente N° 100.196/00, caratulado: “Banco de la Provincia del Neuquén”, en mérito al cual se procedió a determinar la comisión de irregularidades cometidas por el Banco de la Provincia del Neuquén y sus Directores, entre julio de 1998 a diciembre de 1999.

Agrega que en dicha causa se dicta la Resolución N° 89 que dispuso imponerle una multa por la suma de \$140.000.

Alega que como se desprende de la propia resolución, las irregularidades detectadas en modo alguno afectaron el normal desenvolvimiento de la entidad, motivo por el cual a la hora de aplicar la condena impuesta se consideró en especial la falta de perjuicio ocasionado a terceros y la ausencia de beneficio obtenido por los integrantes del Directorio, entre quienes se encontraba.

Dice que frente a la convicción de que en mérito a los fundamentos que motivaban las multas el pago correspondía al Banco de la Provincia del Neuquén S.A., se presentó ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén a fin de solicitar que se dispusieran las medidas necesarias para reintegrarle las sumas abonadas en concepto de multa al B.C.R.A. en el sumario financiero N° 996 y Resolución N° 89/2004 del 6 de mayo de 2004, del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias del BCRA.

Refiere que en dicho contexto se dictó el Decreto 2281/07 el 7 de diciembre de 2007 en orden al cual se resolvió hacer lugar al reclamo administrativo interpuesto, reconociéndose con carácter de legítimo abono las multas abonadas al B.C.R.A. establecidas por el sumario financiero N° 966 y Resolución N° 89/2004. Transcribe el decreto.

Señala que la cuestión meramente formal, la falta de perjuicio al Banco de la Provincia del Neuquén y para los intereses del Estado provincial, la inexistencia absoluta de beneficio para el presunto infractor y la estricta aplicación de principios de equidad, resultaron ser los pilares en los que se sostuvo el Decreto 2281/07. Posteriormente el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, en composición distinta, dicta el Decreto 309/08 que dispone declarar lesivo a los intereses estatales los Decretos 2280/07 y 2281/07.

Dice que el Decreto 309/08 no reúne los requisitos que deben encontrarse configurados en forma obligatoria para mantener su validez, ni tampoco fundamenta aquella supuesta lesividad que sostiene causan a la Administración los Decretos 2280/07 y 2281/07, motivos en mérito a los cuales deberá oportunamente ser rechazada la acción.

Agrega que no surgen de la norma las causas por las cuales se considera que los Decretos 2280 y 2281 afectan el orden jurídico; no se explica ni siquiera someramente qué intereses provinciales se ven afectados de mantenerse la vigencia de los decretos, y mucho menos se puntualizan los motivos que llevaron al dictado del Decreto 309/08.

Argumenta que el art. 189 inc. 20 de la Constitución Provincial hace alusión a supuestos de responsabilidad civil de funcionarios públicos, que puedan llegar a comprometer los intereses estatales frente a la comisión de delitos y cuasidelitos definidos y reglamentados en el Código Civil, pero no puede extenderse su aplicación a aquellos en los cuales lo que se encuentra en juego es la aplicación de multas impuestas por el B.C.R.A. a los Directores del Banco de la Provincia del Neuquén por irregularidades cometidas por el ente bancario.

Reitera que los Decretos 2280/7 y 2281/7 no pueden ser interpretados como violatorios de dicha manda, porque aquí se discuten otros hechos: no está comprometida ningún tipo de responsabilidad civil generada por los demandados.

Agrega que, en sentido inverso, los decretos lo que hicieron fue reconocer el derecho que poseen los demandados para que el Estado provincial se



haga cargo de las multas a ellos impuestas por el B.C.R.A. por entender que en mérito a la legislación vigente y el fundamento mismo de las multas (falta de perjuicio al fisco y ausencia de beneficio personal) corresponde que sean abonadas por quien, en definitiva, resultó ser el beneficiario de la actuación de los

Directores del Banco de la Provincia del Neuquén.

Refiere que no se puede perder de vista que las multas no fueron impuestas por actuaciones personales de los demandados; por el contrario las irregularidades formales detectadas por el B.C.R.A. se relacionan a una actuación llevada a cabo por el ente (directorío del Banco), motivo por el cual no puede sostenerse que deban los funcionarios en forma particular soportar con su patrimonio el pago de las multas impuestas por anomalías desplegadas por la persona a quien en definitiva representaban.

Destaca que la Ley 2351 fue sancionada el 15 de diciembre de 2000, por lo que presume que antes de su sanción el BPN podía asumir por cuenta y orden de la Provincia las multas con sus accesorios que el B.C.R.A. impusiese a los directores designados por el Poder Ejecutivo.

Concluye que, si fue designado por el Poder Ejecutivo y concluyó con su gestión a fines del año 1999, no le resultan aplicables las limitaciones establecidas en la Ley 2351, que transformó al Banco en sociedad anónima y modificó la relación entre éste y sus órganos de administración, alterándose entonces la relación existente entre el Poder Ejecutivo Provincial y los Directores.

Agrega que el criterio que sustenta el Decreto 309/08 afecta el derecho de propiedad consagrado por el art. 24 de la Constitución Provincial y la igualdad establecida en el art. 22 del mismo cuerpo normativo.

Ofrece prueba y funda en derecho.

IV.- A fs. 109/116vta. contesta demanda Guillermo CARNELLI, por apoderado.

Luego de las negativas de rigor relata que fue designado por el Poder Ejecutivo Provincial para integrar el Directorio del Banco de la Provincia del Neuquén entre los años 1995 y 1999.

Menciona el sumario financiero que llevó adelante el Banco Central de la República Argentina y dice que en la Resolución N° 89 se dispuso imponerle una multa por la suma de \$70.000.

Señala que luego del dictado de la resolución y frente a la convicción de que en mérito a los fundamentos que motivaban las multas impuestas correspondía el pago de ellas al Banco de la Provincia del Neuquén, se presentó ante el Poder Ejecutivo de la Provincia a los fines de solicitar se dispusieran las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto por el B.C.R.A. en el sumario financiero N° 996 y Resolución N° 89/2004; y que en dicho contexto, el

Gobernador dictó el Decreto 2281/07 en mérito al cual resolvió hacer lugar al reclamo administrativo interpuesto en su pretensión de que se abonen las multas establecidas por el sumario financiero N° 966 y Resolución N° 89/2004.

En el resto de la presentación argumenta en iguales términos a los expuestos por el demandado José Ricardo CALÁ.

Ofrece prueba y funda en derecho.

V.- A fs. 136/143vta. contesta demanda José Manuel OSER, por apoderado. Luego de las negativas de rigor relata que fue designado por el Poder Ejecutivo Provincial para integrar el Directorio del Banco de la Provincia de Neuquén entre los años 1999 a 2003.

Dice que en mérito a las facultades propias, el Banco Central de la República Argentina dispuso la instrucción del sumario financiero N° 1114 que tramitó mediante Expediente N° 100.688/00, en mérito al cual se procedió a determinar la comisión de irregularidades cometidas por el Banco de la Provincia del Neuquén y sus Directores, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2002.

Agrega que en dicha causa, se dicta la Resolución N° 139 que dispuso imponerle una multa por la suma de \$140.000.

Señala que luego del dictado de la resolución y frente a la convicción de que en mérito a los fundamentos que motivaban las multas impuestas correspondía el pago de ellas al Banco de la Provincia del Neuquén, se presentó ante el Poder Ejecutivo de la Provincia a los fines de solicitar se dispusieran las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto por el B.C.R.A. en el sumario financiero N° 1114 y Resolución N° 139/2004; y que en dicho contexto, el

Gobernador dictó el Decreto 2280/07 en mérito al cual resolvió hacer lugar al reclamo administrativo interpuesto en su pretensión de que se abonen las multas establecidas por el sumario financiero N° 1114 y Resolución N° 139/2007. Transcribe el Decreto 2280/07.

Señala que posteriormente el Poder Ejecutivo, en composición distinta, dicta el Decreto 309/08 que dispone declarar lesivo a los intereses estatales los Decretos N° 2280/07 y 2281/07.

Refiere que el Decreto 309/08 no reúne ni los requisitos que deben encontrarse configurados en forma obligatoria para mantener su validez, ni tampoco fundamenta aquella supuesta lesividad que, sostiene, causan a la Administración los Decretos 2280/07 y 2281/07, motivos por los cuales debe rechazarse la demanda.

En el resto de la presentación argumenta en iguales términos a los expuestos por el demandado José Ricardo CALÁ.

Finalmente, en el punto 7 de la contestación de demanda (fs. 142 vta.) señala que a tenor de errores conceptuales y jurídicos disgregados en el texto del

Decreto 309/08, corresponde establecer algunas consideraciones en torno a la figura del Banco de la Provincia del Neuquén.



Relata que dicha entidad bancaria, con posterioridad al dictado de la Ley 2351 se transformó en sociedad anónima con participación estatal mayoritaria; que si bien fue designado por el Poder Ejecutivo, aun cuando el BPN resultaba ser una sociedad del Estado, lo cierto es que la mayor parte de su función de Director la cumplió con la entidad bancaria transformada en sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

Dice que tal circunstancia permite determinar que las consideraciones efectuadas por el Decreto 309/08 en torno a que el fundamento de la lesividad debe encontrarse en que los Decretos 2280 y 2281 resultan violatorios del sistema republicano de gobierno, por conculcar los mismos con la responsabilidad del funcionario público, no pueden sostenerse de manera válida y legítima a su respecto, atento que por los períodos por los cuales se impusieron las multas por el B.C.R.A. (01-01-2002 al 31-12-2002) resultaba ser un Director de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, no revistiendo por tanto calidad de funcionario público.

Agrega que fundamentar como lo hace el Decreto 309/08 que el Decreto 2280 conculca contra la responsabilidad del funcionario público es un absurdo, por tratarse de situaciones absolutamente distintas desde el punto de vista legal.

Dice que al considerar que su actuación se había desarrollado dentro de los parámetros de un buen director, que no había existido mala fe, que no existió beneficio personal, que las irregularidades financieras fueron cometidas por el órgano y no por las personas de sus directores, que no se habían comprometido los intereses del Banco, y que no se encontraban dichas multas relacionadas con causas penales, es que resultaba ajustado a derecho que por aplicación de la ley de sociedades fuera el Banco de la Provincia del Neuquén S.A. el que en definitiva soportara el pago de dichas multas, las que serían abonadas por el Estado Provincial por haber sido éste quien nombró al primer Directorio, entre quien se encontraba.

Ofrece prueba y funda en derecho.

VI.- A fs. 169/176vta. contesta demanda Néstor Darío DEL CAMPO, por apoderado.

Luego de las negativas de rigor relata que fue designado por el Poder Ejecutivo Provincial para integrar el Directorio del Banco de la Provincia del Neuquén entre los años 1999 a 2003.

Dice que en mérito a las facultades propias, el Banco Central de la República Argentina dispuso la instrucción del sumario financiero N° 1114 que tramitó mediante Expediente N° 100.688/00, en mérito al cual se procedió a determinar la comisión de irregularidades cometidas por el Banco de la Provincia del Neuquén y sus Directores, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2002.

Agrega que en dicha causa, se dicta la Resolución N° 139 que dispuso imponerle una multa por la suma de \$ 140.000.

Señala que luego del dictado de la resolución y frente a la convicción de que en mérito a los fundamentos que motivaban las multas impuestas correspondía el pago de ellas al Banco de la Provincia del Neuquén, se presentó ante el Poder Ejecutivo de la Provincia a los fines de solicitar se dispusieran las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto por el B.C.R.A. en el sumario financiero N° 1114 y Resolución N° 139/2004; y que en dicho contexto, el Gobernador dictó el Decreto 2280/07 en mérito al cual resolvió hacer lugar al reclamo administrativo interpuesto en su pretensión, de que se abonen las multas establecidas por el sumario financiero N° 1114 y Resolución N° 139/2007.

Transcribe el Decreto 2280/07.

Señala que posteriormente el Poder Ejecutivo, en composición distinta, dicta el Decreto 309/08 que dispone declarar lesivo a los intereses estatales los Decretos N° 2280/07 y 2281/07.

Refiere que el Decreto 309/08 no reúne los requisitos que deben encontrarse configurados en forma obligatoria para mantener su validez, ni tampoco fundamenta aquella supuesta lesividad que sostiene causan a la Administración los decretos 2280/07 y 2281/07, motivos por los cuales debe rechazarse la demanda.

En el resto de la presentación argumenta en iguales términos a los expuestos por el demandado José Ricardo CALÁ.

Finalmente, en el punto 7 de la contestación de demanda (fs. 175) señala que a tenor de errores conceptuales y jurídicos disgregados en el texto del Decreto 309/08, corresponde establecer algunas consideraciones en torno a la figura del Banco de la Provincia del Neuquén.

Relata que dicha entidad bancaria, con posterioridad al dictado de la Ley 2351 se transformó en sociedad anónima con participación estatal mayoritaria; que si bien fue designado por el Poder Ejecutivo, aun cuando el BPN resultaba ser una sociedad del Estado, lo cierto es que la mayor parte de su función de Director la cumplió con la entidad bancaria transformada en sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

Dice que tal circunstancia permite determinar que las consideraciones efectuadas por el Decreto 309/08 en torno a que el fundamento de la lesividad debe encontrarse en que los Decretos 2280 y 2281 resultan violatorios del sistema republicano de gobierno, por conculcar los mismos con la responsabilidad del funcionario público, no pueden sostenerse de manera válida y legítima a su respecto, atento que por los períodos por los cuales se impusieron las multas por el B.C.R.A. (01-01-2002 al 31-12-2002) resultaba ser un Director de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, no revistiendo por tanto calidad de funcionario público.

Afirma que fundamentar como lo hace el Decreto 309/08 que el Decreto 2280 conculca contra la responsabilidad del funcionario público es un absurdo, por tratarse de situaciones absolutamente distintas desde el punto de vista legal.

Dice que al considerar que su actuación se había desarrollado dentro de los parámetros de un buen director, que no había existido mala fe, que no existió beneficio personal, que las irregularidades financieras fueron cometidas por el órgano y no por las personas de sus directores, que no se habían comprometido los intereses del Banco, que no se encontraban dichas multas relacionadas con causas penales, es que resultaba ajustado a



derecho que por aplicación de la ley de sociedades fuera el banco de la Provincia del Neuquén S.A. el que en definitiva soportara el pago de dichas multas, las que serían abonadas por el Estado Provincial por haber sido éste quien nombró al primer Directorio, entre quien se encontraba. Ofrece prueba y funda en derecho.

VII.- A fs. 205/206 mediante R.I. 307 se tiene por desistida la acción contra el demandado Manuel ENRIQUEZ.

VIII.- El demandado Marcos T. Alfonso PERINETTI, notificado a fs. 229 no contesta la demanda.

IX.- A fs. 232/233 se abre la causa a prueba, y a fs. 820 se clausura el período de prueba y se colocan los autos para alegar. A fs. 824/826vta. obra agregado alegato de la actora.

X.- A fs. 857/869 se expide el Sr. Fiscal General Subrogante, propiciando se admita la demanda de lesividad declarando la nulidad de los Decretos 2280/07 y 2281/07, con los efectos previstos en los arts. 72, 78 inc. i) y ccodes. de la Ley 1284.

XI.- A fs. 870 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

XII.- Así las cosas, tal como se ha sostenido en anteriores pronunciamientos, el sentido y fundamento de la anulación de los actos administrativos- de cuya naturaleza participa la acción de lesividad- debe buscarse y no puede ser otro, que el propio de toda la actividad administrativa, es decir, la necesidad de satisfacer el interés público encomendado a su gestión, el cual involucra la vigencia efectiva del orden jurídico (R.I. 3396/02, entre otras).

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

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

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

XIII.- En este sentido, sostiene Gordillo, mientras algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su revocabilidad, el derecho administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso, a punto tal que en su estado actual se considera que lo señalable es la característica inversa, esto es, su estabilidad. La regla es entonces que el acto administrativo es irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos (cfr. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, El acto administrativo, 3era. Edición, VI-1).

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

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

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

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

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

Con estas premisas, se desprende que los Decretos N° 2280/07 y 2281/07 emanados del Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén resultan ser un acto administrativo regular, en tanto generaron para los demandados OSER y DEL CAMPO (Dec. 2280), CALÁ, CARNELLI y PERINETTI (Dec. 2281), un derecho subjetivo particular: la Provincia del Neuquén le ordena al Banco de la Provincia del Neuquén S.A. asumir a su cargo (y por cuenta y orden de la Provincia) las multas con más los accesorios que el Banco Central de la República Argentina impuso a José Manuel OSER y Néstor Darío DEL CAMPO (Decreto 2280); y asume a su cargo las multas impuestas a Guillermo CARNELLI y Marcos Alfonso





PERINETTI, reconociendo como de legítimo abono la suma abonada por Ricardo CALÁ (Decreto 2281).

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

Para ello resulta imperativo analizar el marco normativo vigente por cuanto, para que exista dicha ilegitimidad, debe producirse una lesión a sus disposiciones.

XV.1.- Dicho esto cabe analizar el marco normativo que regula la actividad financiera.

En tal derrotero es dable recordar que el Banco Central de la República Argentina, al que el Estado Nacional delega todas las facultades y deberes referidos a la actividad bancaria, es el organismo encargado de verificar la aplicación -por los bancos- de las normas legales que dicte el Estado Nacional, ejercer las facultades de inspección y fiscalización y el poder sancionador. Es el Banco Central quien ejerce el poder de policía financiero.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la delegación en el Banco Central de la República Argentina del llamado poder de policía bancario, con atribuciones para aplicar el régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades bancarias y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen (303:1776).

En lo que aquí interesa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado desde hace tiempo respecto de la validez de las potestades sancionatorias conferidas por las normas del Banco Central de la República Argentina (303:1776; 305:2130; 307:2153).

El art. 41 de la Ley de Entidades Financieras (Ley 21526) establece que las sanciones son aplicadas por el Presidente del Banco Central de la República Argentina o la autoridad competente, a las personas o entidades, o ambas a la vez, que sean responsables por las infracciones a la Ley de Entidades Financieras, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el B.C.R.A. en ejercicio de sus atribuciones, previo sumario, y que podrán consistir -entre otras- en multa. Así la norma se refiere tanto a las entidades como a las personas físicas responsables: directores, administradores, síndicos, gerentes, funcionarios, y en general a quienes resulten responsables de las infracciones (conf. Villegas Carlos G. "Régimen legal de Bancos", Ed. Depalma, 2º edición, pág. 198).

Por su parte, la Ley 24144 (Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina) previó expresamente que el órgano con competencia exclusiva para imponer las penas previstas en el art. 41 es la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

Las sanciones que impone la entidad tienen carácter administrativo -sancionatorio o represivo-, no penal; y por ende no es de su esencia que se apliquen las reglas del derecho penal, ni se requiere el dolo, ya que las sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión.

De lo referido puede concluirse que es el Banco Central de la República Argentina quien ejerce el poder de policía bancario, y en ese ejercicio, a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, se encuentra facultado para imponer sanciones tanto a las entidades financieras como a las personas físicas que cumplen funciones en ellas. A su vez, el mecanismo de impugnación de estas sanciones es el previsto por la misma norma: revocatoria ante el Presidente del Banco Central (en el caso de que la sanción consista en llamado de atención y apercibimiento) y recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso administrativo de la Capital Federal (en los casos de multa, inhabilitación para el uso de cuenta corriente bancaria, inhabilitación para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la ley y revocación de la autorización para funcionar).

2. De las constancias de autos surge que los demandados CALÁ (Director e Integrante del Comité de Auditoría), CARNELLI (Vicepresidente) y PERINETTI (Director) fueron alcanzados por la Resolución 89 de la Superintendencia de Entidades Financieras y el Decreto 2281/07 del Poder Ejecutivo Provincial, y los demandados DEL CAMPO y OSER (ambos Directores e Integrantes del Comité de Auditoría) por la Resolución 139, también de la Superintendencia de Entidades Financieras, y el Decreto 2280/07 del Poder Ejecutivo Provincial.

Mediante la Resolución 89 el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias resolvió imponer, en los términos del art. 41 inc. 3) de la Ley de Entidades Financieras -según texto vigente introducido por la Ley 24.144-, al Banco de la Provincia del Neuquén una multa de \$70.000, a José Ricardo CALÁ de \$140.000, y a Guillermo José CARNELLI y Marcos Alfonso PERINETTI de \$70.000 a cada uno -entre otros-.

En la Resolución 139 el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias resolvió imponer, en los términos del art. 41 incs. 1) y 3) de la ley mencionada, una multa de \$200.000 al Banco de la Provincia del Neuquén S.A., y de \$140.000 a Néstor Darío DEL CAMPO y a José Manuel OSER -entre otros que no integran la presente causa-.

Luego, el Gobernador de la Provincia del Neuquén, mediante Decreto 2281 (7/12/07), hizo lugar al reclamo administrativo interpuesto por Guillermo J. CARNELLI, José Ricardo CALÁ y Marcos Alfonso PERINETTI -entre otros que no intervienen en esta acción-, en su pretensión de que sean abonadas por la Provincia del Neuquén las multas establecidas por sumario financiero N° 996 y Resolución 89/2004 del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias del B.C.R.A.; y reconoció como de legítimo abono a favor de José Ricardo CALÁ la suma abonada al B.C.R.A. en concepto de multa con más sus accesorios.

A su vez, mediante el Decreto 2280/07 el Gobernador de la Provincia dispuso que a través del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. por cuenta y orden de la Provincia de Neuquén, asuma a su cargo las multas con más sus accesorios, impuestas a los Señores José Manuel OSER y





Néstor Darío DEL CAMPO por sumarios financieros y cambiarios que el Banco Central de la República Argentina imponga a los Directores designados por el Poder Ejecutivo a partir de la vigencia de la Ley 2351, por incumplimiento a normas y requisitos formales exigidos por el Banco Central de la República Argentina, con exclusión de las multas impuestas por sumarios financieros y cambiarios que tengan conexión directa con causas penales, por perjuicio directo al Banco y demás condiciones expuestas en el Decreto.

Estos decretos fueron declarados lesivos conforme Decreto 309/08, y aquí se persigue su anulación.

XVI.- Según afirma la actora, los Decretos 2280 y 2281 son lesivos a los intereses fiscales y deben ser declarados nulos por encontrarse afectados por vicios enumerados en el art. 67 de la Ley 1284.

1. Entre los vicios que menciona la Provincia, refiere que los decretos impugnados no cumplen con la finalidad debida, o es irrazonable (art. 67 inc. m). Ello en punto a que las sanciones impuestas por el Banco Central han sido personales, y en virtud de las normas impugnadas, son asumidas por la Provincia del Neuquén.

Se trata entonces de establecer si las medidas que los actos involucran son proporcionalmente adecuadas a su finalidad.

En este contexto, se advierte que los demandados han sido sancionados en los términos de la Ley de Entidades Financieras, y por la actividad bancaria que tiene una naturaleza peculiar que la diferencia de otras de carácter comercial y se caracteriza especialmente por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del Banco Central (Fallo 275:265).

Los demandados fueron sancionados conforme los términos dispuestos por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias en las Resoluciones 89 y 139. Estas sanciones pueden ser revisadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso administrativo de la Capital Federal. Se trata de sanciones impuestas personalmente a quienes han intervenido en calidad de Directores y/o miembros del Comité de Auditoría tanto del Banco de la Provincia del Neuquén (en su calidad de ente autárquico) como del Banco de la Provincia del Neuquén S.A. (luego de la sanción de la Ley 2351).

Ambas entidades (Banco de la Provincia del Neuquén y Banco de la Provincia del Neuquén S.A.) se encuentran sujetas al régimen establecido por la Ley de Entidades Financieras, por lo que no importa distinguir en este punto si se trata de una entidad autárquica o de una sociedad anónima.

En consecuencia, a la luz de la normativa que regula la actividad financiera y la naturaleza de las sanciones impuestas por la autoridad de aplicación, lo resuelto en los Decretos 2280 y 2281 aparece ilegítimo desde que se contraponen con lo dispuesto por la normativa específica que regula la actividad: las sanciones son personales, y sin embargo, conforme lo dispuesto por los Decretos impugnados, la Provincia del Neuquén asume a su cargo el pago de las multas.

Por otro lado, aparece irrazonable lo resuelto por el Poder Ejecutivo local. La multa impuesta por quien ejerce el poder de policía financiero, por actividad llevada a cabo por los demandados en el ámbito de sus funciones, no puede ser asumida por la Provincia toda vez que de tal modo no cumple con la finalidad sancionatoria y persuasiva tenida en cuenta por la Ley de Entidades Financieras, y vulnera lo dispuesto en esa normativa. Aun cuando la Provincia se encuentre facultada para adoptar las medidas que estime conducentes en el ámbito de una entidad autárquica, como lo era el Banco de la Provincia del Neuquén –con anterioridad a su transformación en sociedad anónima-, ello no la habilita a dictar disposiciones que contraríen normas de carácter federal, como resulta ser la Ley de Entidades Financieras.

2. En cuanto a la debida motivación, cabe recordar que la motivación del acto administrativo es la explicitación de la causa; esto es, la declaración de cuáles son las expresiones de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto.

En este punto, los decretos han sido motivados en la condición de sociedad anónima del Banco (Decreto 2280); en la ausencia de perjuicio para la entidad financiera, el B.C.R.A. el Estado y terceros (Decreto 2280 y 2281); en que se trataría de infracciones a los deberes formales, por lo que lo que se está haciendo es un enjuiciamiento al sistema operativo del banco, el cual no depende de la voluntad de los funcionarios intervinientes; refieren también al art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales; y agregan que los funcionarios sancionados han actuado conforme a derecho, con la debida prudencia, buena fe y conducta de un buen hombre de negocios.

Ahora bien, estas circunstancias apuntadas por los decretos impugnados han sido ya meritadas por el órgano competente para imponer la sanción y, en el caso de los demandados CALÁ, CARNELLI y PERINETTI, por quien ejerce la potestad revisora ya que éstos últimos interpusieron recurso ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, el que fue rechazado (conf. fs. 229/255 del expediente Nro. 23.822/2004 que en copia certificada se agregó). No se advierte que el Poder Ejecutivo Provincial brinde ahora, al dictar los decretos aquí en cuestión, fundamentos que aporten acerca del acierto de la decisión adoptada.

Tanto en el Decreto 2280 como en el 2281, el Poder Ejecutivo Provincial vuelve sobre cuestiones ya analizadas y meritadas por la Superintendencia de Entidades Financieras, y no es éste el órgano competente para realizar tal revisión.

El accionar estatal vulnera la competencia prevista en la ley de entidades financieras: quien impone la multa a las personas físicas es la superintendencia de entidades financieras (con posibilidad de revisión por el Poder Judicial). El Poder Ejecutivo Provincial no es el organismo competente para revisar tal sanción o, en su caso, asumir el pago de la multa. El sistema financiero ha previsto una solución diferente en la reglamentación de tal actividad que, como ya se dijo, presenta características especiales.



Los demandados contaban con los carriles de impugnación previstos por la norma para cuestionar las sanciones impuestas, y no pueden reeditar las cuestiones allí ventiladas o ejercer ahora, en oportunidad de contestar la acción intentada por la Provincia, los derechos que allí dejaron de ejercer.

Por otro lado, no es correcto afirmar que el Banco Central de la República Argentina se encontraba impedido de aplicar sanciones en razón de que no se han ocasionado perjuicios a terceros ni se han generado beneficios a los infractores, pues el ordenamiento no exige que las infracciones conduzcan a un resultado determinado para que resulten aplicables por el B.C.R.A. las sanciones establecidas por el art. 41 de la ley 21.526, sino que se trata de pautas que dicho organismo debe tener en cuenta, entre otras, al momento de reglamentar la aplicación de las multas.

Se reitera que en este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que "...es admisible la delegación en el Banco Central del llamado poder de policía bancario o financiero, con las siguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen. Razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera y cambiaria encuentran base normativa en las cláusulas del artículo 67, incisos 5º, 16 y 28 de la Constitución Nacional". También ha establecido que "...el conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y que complementa e integra la regulación de la actividad financiera que se desarrolla en el país convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a la política monetaria y crediticia, la aplicación de la ley y su reglamentación y la fiscalización de su cumplimiento" (310:203).

XVII.- A su vez, habrá de señalarse que no se ha vulnerado el derecho de propiedad, en tanto las multas fueron impuestas a título personal y como consecuencia de su actuación como funcionarios de las entidades financieras también sancionadas.

Por otro lado, tampoco se encuentra vulnerado el derecho de igualdad, toda vez que no se acreditó la existencia de un seguro por multas como sostienen los demandados. Y en lo que respecta a la situación planteada con el Sr. Omar NEGRETTI, es oportuno indicar que se inició la correspondiente acción de lesividad que concluyó con el dictado de la RI 6948/09 por la que se admitió el allanamiento del demandado y se declaró la nulidad del Decreto N° 2191/07, de similar naturaleza a los impugnados en esta acción.

XVIII.- En conclusión, en autos ha quedado demostrado que los Decretos 2280 y 2281 adolecen de los vicios graves mencionados en los puntos m) y s) del art. 67 de la Ley 1284, lo que habilita su declaración de nulidad, y exime de analizar los restantes vicios sindicados por la actora.

En tanto la declaración de lesividad permite volver sobre el propio accionar administrativo, a efectos de restablecer el orden jurídico lesionado, corresponde acoger la pretensión de la actora y declarar la nulidad de los Decretos N° 2280/07 y 2281/07 por padecer de los vicios previstos en el artículo 67 inc. m) y s) de la Ley 1284. TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la acción de lesividad promovida por la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, anular los Decretos del Poder Ejecutivo Provincial N° 2280/07 y 2281/07; 2º) Costas a los demandados (arts. 68 y 69 del CPCC y 78 Ley 1305); 3º) Regular los honorarios de la Dra. ..., apoderada de la Provincia, en la suma de \$3.160, los del Dr. ..., patrocinante, en la suma de \$7.900. Regular los honorarios del Dr. ..., por su actuación de fs. 47, en el doble carácter por la codemandada CALÁ, en la suma de \$800. Regular los honorarios del Dr. Carlos Martín Segovia, en el doble carácter por los demandados CALÁ, CARNELLI, OSER y DEL CAMPO, en la suma de \$7.110, y los honorarios de la Dra. ..., patrocinante, en la suma de \$3.950 (arts. 6, 9, 10 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. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"SORO MARIA ESILDA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** –  
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3304/2011) – Acuerdo: 125/16 – Fecha:  
21/12/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Acción procesal administrativa.



## PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. PLAZO. COMPUTO.

- 1.- En lo que respecta al derecho administrativo, tanto en las relaciones entre particulares, como en las de éstos con el Estado, el ejercicio de los derechos debe realizarse dentro de plazos legalmente establecidos.
- 2.- Nuestro ordenamiento posee expresamente regulada la prescripción administrativa en la Ley de Procedimiento 1284.
- 3.- La prescripción administrativa actúa como único límite temporal para el ejercicio de los derechos y está dado por un plazo de cinco años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas y, dos años para actos anulables. A la par, se regula y distingue el supuesto de “suspensión” del de “interrupción” de los plazos de prescripción. De tal forma toda la actividad de la administración es siempre impugnabile mientras no se extinga el derecho sustantivo por vía de prescripción (arts. 191 a 194) u otros medios de decaimiento definitivo del derecho. Entonces, el plexo normativo a considerar está dado por el artículo 191 inc. a), en cuanto dispone que el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa es de cinco (5) años para impugnar actos administrativos, y correlativamente en el artículo 192, en tanto establece que una vez operado el plazo de prescripción de la acción, no podrán ejercerse los medios administrativos de impugnación previstos en este Título.

### Texto completo:

ACUERDO N° 125. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “SORO MARIA ESILDA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3304/2011, en trámite ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fojas 62/78 se presenta la Sra. María Esilda Soro, por derecho propio, con patrocinio letrado e inicia demanda contra la Provincia del Neuquén.

Impugna el Acuerdo 4614/10, del 14/12/10, emitido por este Cuerpo; la Resolución de Presidencia del 30 de noviembre 2001, denegatoria del pedido de reincorporación y todos los actos administrativos posteriores cuestionados en sede administrativa, por entender que contienen vicios gravísimos que determinan su invalidez (inexistentes o nulos).

Solicita que se reparen los daños producidos como consecuencia del dictado de los Acuerdos 3697/05 y 4019/05, mediante los cuales se declaró la nulidad de su baja (Acuerdo 3705/03) y se dispuso su reincorporación a partir del 2 de mayo de 2006. Pretende se compensen los perjuicios con los salarios no percibidos, se integren los aportes previsionales correspondientes y se indemnice el daño moral.

Recusa a los miembros del Tribunal y a los conjuces que actuaron en la instancia administrativa.

Explica que ingresó al Poder Judicial como empleada administrativa en 1993. Que en abril de 1998 comenzó a usufructuar licencia por enfermedad inculpable, debido a un severo pinzamiento cervical.

Refiere que el 4/5/1998 el médico del trabajo (Dr. Zuñiga) confirmó el diagnóstico inicial y le concedió nueva licencia. Añade que, más tarde, el 3/6/98, fue evaluada por la Junta Médica, órgano que justificó las inasistencias laborales, y le prolongó su licencia hasta el 31/5/99.

Señala que se realizaron Juntas Médicas con la frecuencia estipulada, confirmándose su diagnóstico inicial y que, debido a ello, le sugirieron iniciar las gestiones previsionales para tramitar la jubilación por invalidez (1/9/99).

Manifiesta que se prolongaron las licencias y que, mediante el Acuerdo 3333, se dispuso la percepción de medio sueldo.

Expresa que el ISSN resolvió que no correspondía otorgarle el beneficio jubilatorio porque la caja otorgante debía ser la ANSES.

Dice que, el 21/3/01, mediante Acuerdo 3455, se resolvió otorgarle licencia sin goce de haberes.

Alude a la realización de una nueva Junta Médica el día 21/11/01, donde solicitó su reincorporación al plantel laboral.

Dice que el 30 de noviembre de 2001 la Presidencia del Cuerpo resolvió “...no hacer lugar a la reincorporación laboral solicitada...”(fs.64).

Relata que, frente a ello, presentó una apelación en la que cuestionó la realización de la Junta sin su médico y destacó la existencia de un informe



que corroboraba que, si bien la patología persistía, su importancia ameritaba únicamente la asignación de tareas adecuadas.

Expone que, a través del Acuerdo 3656, del 27/2/03, fue rechazado el recurso administrativo planteado.

Indica que, mediante Acuerdo 3705, el 6/8/03, se dispuso la baja de la planta de personal del Poder Judicial. Añade que cuestionó dicha decisión y que, a través del Acuerdo 3937, del 26/9/05, se declaró la nulidad.

Cuenta que, como consecuencia de ello, se realizó una Junta Médica, y luego mediante Acuerdo 4019, del 18/4/06, se dispuso su reincorporación a la planta permanente de personal.

Refiere que se reintegró y que en diciembre de 2006 interpuso una reclamación administrativa en la que solicitó la declaración de nulidad del auto de Presidencia del 30/11/01 -que denegó su reincorporación-, el reconocimiento de la antigüedad, los salarios caídos y los aportes jubilatorios, así como los daños derivados de la declaración de su cesantía.

Agrega que todo ello fue resuelto mediante el Acuerdo 4614, del 14/12/2010, en el que se le reconoció el cálculo de la liquidación de su antigüedad, por el período comprendido entre el 24/5/01 hasta su efectiva reincorporación, y se rechazaron las demás pretensiones.

En el acápite sobre cuestiones de derecho, enumera los vicios del procedimiento. Denuncia que el Acuerdo 4614 adolece de vicios graves de motivación, voluntad y finalidad que lo tornan inexistente.

Indica que la mayor gravedad redunda en la falta de evaluación de la incapacidad, que llevó al error en la apreciación de los hechos y a que el dictamen sea absurdo.

Alude a la patología cervical y a las distintas conclusiones que se efectuaron de la resonancia magnética nuclear.

Menciona que los vicios denunciados quedan plasmados al contrastar lo actuado por la Junta realizada el 21/11/2001 (y la resolución de Presidencia del 30/11/01) con la Junta Médica del 21/11/05.

Agrega que la declaración de nulidad del Acuerdo 3705 que dispuso su baja y la reincorporación posterior, constituyen una prueba más de los vicios señalados.

Insiste en que es procedente la declaración de nulidad del Acuerdo, que tuvo como fundamento el dictamen de la Junta Médica de noviembre 2001, como también la resolución de Presidencia del 30/11/2001. Se expone sobre los efectos expansivos del Acuerdo 4019, que, en definitiva, hace lugar a sus requerimientos.

Explica que la resolución cuestionada es inexistente porque carece de sustento fáctico; resulta terminantemente absurda o imposible de hecho ya que la patología invalidante, por la que se decretó su separación del cargo, no pudo ser demostrada, ni en la Junta Médica contemporánea, ni en el dictamen de la Comisión Médica Nacional de Superintendencia de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

Cita jurisprudencia. Agrega que la Junta Médica trasgredió al art. 14 inc. c) del Reglamento de licencias.

Manifiesta que el punto X del Acuerdo 3705, es nulo y distingue entre los efectos que, sobre sus haberes y aportes previsionales, tienen la reincorporación establecida mediante el Acuerdo 4019 y el reingreso o readmisión.

Pretende la reconstitución de la misma relación jurídica y no de una distinta; más allá del rubro discutido de salarios caídos.

Brinda argumentos que avalan su posición sobre los efectos retroactivos del Acuerdo 4019/05.

Denuncia y analiza la nulidad parcial del Acuerdo 4614; en especial, por la discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente, una motivación errónea.

Enfatiza que, cuando se resolvió su baja, se encontraba en condiciones de reinsertarse laboralmente.

Expresa que no corresponde mantener las conclusiones absurdas y erróneas de la Junta Médica de noviembre de 2001. Resalta que en la Junta llevada a cabo en noviembre de 2005 se dictaminó que no había evidencia de lesiones discales visibles.

Afirma que la realidad es una sola, no se puede ser y no ser al mismo tiempo y que, si hubiese existido desplazamiento discal y compromiso neurológico, no podría haber retomado las labores.

Describe en forma minuciosa los perjuicios sufridos y sostiene la procedencia de la reparación integral.

Argumenta respecto a la responsabilidad del Estado y enumera los rubros reclamados (daños materiales -lucro cesante, integración de aportes jubilatorios- y daño moral). Cita jurisprudencia.

Efectúa liquidación de su pretensión indemnizatoria. Funda en derecho. Ofrece prueba. Realiza reserva de caso federal. Peticiona se haga lugar a la demanda, con costas.

II.- A fs. 120, mediante R.I. 299/13, se declaró la admisión formal de la acción.

III.- Efectuada la opción procesal por el procedimiento ordinario se dispuso el traslado de la acción.

IV.- A fs. 142/156 se presentó la demandada, mediante apoderados, con patrocinio letrado y contestó la demanda.

Plantea como defensa de fondo la prescripción de la acción. Explica que se pretende la anulación -además del Acuerdo 4614/10-, de la Resolución de Presidencia del 30/11/2001, acto que denegó en su momento la reincorporación de la actora, así como todos los actos posteriores (Acuerdos 3705/03, 3697/05 y 4019/05).

Explica que la acción procesal se interpuso el 11/3/2011, es decir, luego del plazo de prescripción de cinco años, más el plazo de un año de



suspensión.

Apunta que la demanda, para poder obtener la nulidad de la Resolución del 2001, debió interponerse como fecha límite máxima en noviembre del 2007. Por lo tanto, la acción para poder anularla, está prescripta y que lo mismo sucede con los Acuerdos 3656/03 y 3705/03. Cita los artículos 186, 191 y 192 de la Ley 1284 y reitera que, al interponer la demanda ya habían transcurrido en exceso más de 6 años.

Menciona que los vicios denunciados por la actora implicarían la nulidad, más no la inexistencia. Ello en virtud del principio de conservación de los actos, debiendo estarse a la consecuencia más favorable en cuanto a su validez o a la menor gravedad del vicio.

Insiste en que la acción para atacar actos nulos prescribe a los cinco años, más el año de suspensión del plazo por la interposición del reclamo, y que, la presente, en la que se ataca la Resolución del 2001, está prescripta.

Señala que se llega a igual conclusión si se toma como fecha de inicio del plazo prescriptivo la fecha en que se dictó el Acuerdo 3705/03 (momento cuando la agente se vio separada del cargo), desde que, la demanda se interpuso en el año 2011, ocho años después.

Indica que a pesar del esfuerzo argumentativo de la actora por sostener la configuración de vicios muy graves que tornarían inexistente a los actos atacados, lo cierto es que no se evidencian y que los vicios denunciados encuadran en el art. 67 de la Ley 1284.

Señala que en sede administrativa, al interponer el último reclamo administrativo el 20/12/06, la actora reconoció que el plazo era de 5 años más uno por efecto de la suspensión.

Agrega que en sede administrativa no planteó vicios de inexistencia y que ahora, por aplicación del art. 8 de la Ley 1305, no puede invocarlos.

Resume que la acción se inició el 11 de marzo de 2011, casi diez años después del acto atacado que pretende anular, por lo que, aún con la suspensión del plazo por un año (art. 193 de la Ley 1284) a la fecha de interposición de la demanda, ya había transcurrido en exceso el plazo legal de prescripción. Cita jurisprudencia.

A continuación, en forma subsidiaria, contesta la demanda y niega que la actora cuente con razón jurídica; niega y rechaza todos los hechos, la aplicación del derecho y jurisprudencia citados; desconoce la autenticidad de la documental acompañada que no sea objeto de un expreso reconocimiento de su parte.

Efectúa un relato pormenorizado de lo actuado en sede administrativa y analiza con detenimiento lo resuelto mediante el Acuerdo 4614/10.

Indica que deberá acreditarse la nulidad, desvirtuarse los fundamentos del Acuerdo que agotó la vía y demostrar la existencia de los perjuicios, su cuantificación y la relación de causalidad directa con la baja.

Niega ser responsable de los perjuicios alegados. Sostiene que no corresponde el pago de sueldos por tareas no desempeñadas durante el lapso transcurrido entre la separación del cargo de la agente y su reincorporación, por lo que la actora no tiene derecho a percibir salarios caídos.

Añade que en el supuesto de que se hiciera lugar a la pretensión como “daños y perjuicios”, sólo podría abarcar el período que va desde la emisión del Acuerdo que decretó la baja hasta la del que decidió la reincorporación (no desde la resolución de Presidencia), y que, aun así, sólo podrían otorgarse en un porcentaje muy inferior al pretendido. Cita jurisprudencia.

Cuestiona la procedencia del daño moral reclamado.

Peticiona el rechazo de la demanda, con costas.

V.- A fs. 161/165 la actora contestó la excepción de prescripción interpuesta como defensa de fondo.

Insiste en la extrema gravedad de los vicios de los actos atacados, que acarrearán su inexistencia y, por ello, la posibilidad de impugnarlos es imprescriptible.

Reedita los argumentos utilizados para demostrar las graves irregularidades denunciadas. Reitera el error incurrido en la apreciación de la prueba y lo absurdo del dictamen médico. Insiste en la inexistencia.

Plantea que al declarar este Cuerpo la nulidad del Acuerdo 3705 -que resolvió la baja y la conformación de una nueva Junta Médica que termina con su reincorporación- se constituye un hecho de prueba más del vicio de la resolución del 30 de noviembre del 2001, que no obstante, el Tribunal se niega a declarar en el Acuerdo 4614.

Señala que en el Acuerdo del 14/12/10 no se alegó que el reclamo estuviera prescripto.

Por último, solicita se declare la inconstitucionalidad de los arts. 191 inc. a), 186 y 192, por violación a los arts. 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional; requiere la aplicación del plazo de prescripción decenal del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Explica que la demanda se interpuso el 11/3/11, y que el acto que toma la Provincia para contabilizar el plazo de prescripción es el 30/11/01, por lo tanto la acción no estaba prescripta.

Añade que, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema, en función de lo establecido en los artículos 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, la legislación provincial no puede regular en materia de prescripción, y el plazo está incluido dentro de los aspectos que fueron delegados al Congreso Nacional.

Solicita que se rechace la excepción de prescripción planteada, en tanto la demanda fue interpuesta dentro de los plazos que establece la legislación nacional.

Analiza lo resuelto por la CSJN en la causa “Filcrosa” y en antecedentes similares, y también refiere a resoluciones de la Suprema Corte de





Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Reitera la solicitud de reserva del caso federal.

VI.- A fs. 166 se abrió la causa a prueba, período que fue clausurado a fs. 202.

A fs. 208/215 se agrega el alegato de la actora.

VII.- A 223/233, se expide el señor Fiscal General, quien propicia se haga lugar a la excepción de prescripción de la acción opuesta por la Provincia del Neuquén, y se desestime la demanda por dicha razón.

VIII.- A fs. 234 se dicta la providencia de autos, por lo que las presentes actuaciones se encuentran en condiciones para el dictado de la sentencia.

IX.- Ahora bien, las cuestiones planteadas hacen preciso, en primer término, analizar la defensa de prescripción opuesta por la demandada, toda vez que, de resultar procedente, obstaría al dictado de una decisión sobre el fondo.

A su vez, antes de abordar su tratamiento, es necesario determinar la calificación que corresponde otorgar a los vicios denunciados porque, según se trate de supuestos que acarrear la nulidad o la inexistencia de los actos, impactará sobre el carácter prescriptible o no de la presente acción.

Como quedó expuesto en la reseña previa, la actora alega que los actos atacados contienen vicios muy graves que determinan su inexistencia, y la demandada considera que los vicios alegados podrían acarrear, cuanto mucho, la nulidad.

En el primer caso, la acción procesal sería imprescriptible (artículo 191 in fine de la Ley 1284) y, en el segundo, se aplicaría el plazo quinquenal previsto en el inciso a) de la citada norma, y eventualmente, hasta un año más de suspensión por la tramitación de los recursos administrativos, según lo estipula el artículo 193 de la referida ley de procedimiento administrativo.

En el presente, la actora afirma que la Junta Médica que se le efectuó en noviembre de 2001 y la Resolución de Presidencia que le denegó la reincorporación, son absurdas y carecen de sustento fáctico, en virtud de que los demás informes médicos y constancias obrantes en las actuaciones señalaban que correspondía disponer su retorno al trabajo con adecuación de tareas -como luego quedó corroborado con la Junta Médica llevada a cabo en el 2005-.

A raíz de ello, entiende que la Resolución de Presidencia del 30/11/2001, encuadra en el vicio previsto en el art. 66 inc. a) de la Ley 1284, es decir que resulta clara y terminantemente absurda o imposible de hecho.

En su presentación argumenta que, además de los considerados por la demandada -con apoyo en las conclusiones de la Junta Médica- había otros elementos -tales como el informe de la resonancia magnética y el certificado expedido por su médico personal- que podían sustentar una decisión en el sentido por ella señalado -reincorporación con adecuación de tareas-.

Con lo cual, si era posible sustentar distintas decisiones, el vicio, de existir, podría determinar la nulidad pero no la inexistencia del acto atacado. Además, si bien la calificación legal no es taxativa ni rígida, y la autoridad competente puede apartarse de ella (artículos 63 y 64 de la Ley 1284), también es cierto que, en caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, debe estarse a la consecuencia más favorable a la validez o a la menor gravedad (artículo 65 de la citada norma).

En esta línea, no puede perderse de vista que la magnitud que debe presentar el vicio para acarrear la inexistencia de un acto administrativo debe presentarse en forma manifiesta e implica la carencia de uno de los elementos esenciales.

Desde ese punto de vista, aún ciñéndonos a la descripción fáctica efectuada por la accionante o a la defensa ensayada en oportunidad de contestar el planteo de prescripción (forzando argumentos en punto a la sanción de “inexistencia” y la imprescriptibilidad de la acción) lo cierto es que, considerando la concreta pretensión esbozada en la demanda -declaración de ilegitimidad de la Resolución de Presidencia del 30 de noviembre de 2001 y reparación de los daños provocados por ese acto y el que dispuso la baja (Acuerdo 3705 del 6/8/2003), la acción es susceptible de prescripción.

Entonces, en atención al modo en que se ha presentado la cuestión, es claro que el plazo a considerar está dado por el contenido en el art. 191 de la Ley 1284.

Por otra parte, la accionante al contestar el traslado de la prescripción, cuestionó la constitucionalidad de dicha norma (fs. 163).

En torno a dicho tópico corresponde remitir a la doctrina pacífica e inveterada de este Tribunal, reforzada a partir del precedente “Corvin” (Acuerdo N° 1366/07) y mantenida en sentencias posteriores (Acuerdos 1427/07 y 1455/07) y más recientemente en Acuerdos 7/10, 15/10, 49/10, 100/10, 41/12, 49/13, entre otros.

En el citado precedente se efectuó un meduloso análisis del instituto de la prescripción, la normativa de fondo y el régimen procedimental administrativo local, y se concluyó que resulta de aplicación este último por no haber sido la cuestión materia delegada a la Nación y, por lo tanto, de competencia local.

En mérito a tales consideraciones, corresponde reafirmar la validez de la norma cuestionada y su aplicación al presente caso.

X.- Establecido lo anterior, atañe analizar el planteo de prescripción articulado por la demandada.

La prescripción, como es sabido, es un principio general del derecho proyectado hacia todas las ramas que componen el ordenamiento jurídico, pues éste prevé que si determinado derecho no fue ejercido en el plazo legalmente establecido, se tiene por abandonado o, dicho de otro modo, prescribe.





La ley protege los derechos subjetivos, pero no ampara la desidia, la negligencia, el abandono, pues ello conspiraría contra el orden y la seguridad.

Transcurridos ciertos plazos y mediando petición de parte interesada, la ley declara prescriptos los derechos no ejercidos.

Así, en lo que respecta al derecho administrativo, se señala que, tanto en las relaciones entre particulares, como en las de éstos con el Estado, el ejercicio de los derechos debe realizarse dentro de plazos legalmente establecidos.

Nuestro ordenamiento posee expresamente regulada la prescripción administrativa en la Ley de Procedimiento 1284.

Ésta actúa como único límite temporal para el ejercicio de los derechos y está dado por un plazo de cinco años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas y, dos años para actos anulables. A la par, se regula y distingue el supuesto de “suspensión” del de “interrupción” de los plazos de prescripción.

De tal forma toda la actividad de la administración es siempre impugnabile mientras no se extinga el derecho sustantivo por vía de prescripción (arts. 191 a 194) u otros medios de decaimiento definitivo del derecho.

Entonces, como antes señaláramos, el plexo normativo a considerar está dado por el artículo 191 inc. a), en cuanto dispone que el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa es de cinco (5) años para impugnar actos administrativos, y correlativamente en el artículo 192, en tanto establece que una vez operado el plazo de prescripción de la acción, no podrán ejercerse los medios administrativos de impugnación previstos en este Título.

Cabe considerar también, lo dispuesto por el artículo 193 en punto a que “...la interposición de un recurso o reclamación administrativa suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año.”.

Asimismo, en punto al inicio del cómputo, se ha sostenido que la prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que se trate y que su curso no corre sino desde que el derecho puede ser ejercitado (Fallos 308:1101 y 320:2289).

Sobre el particular, resulta menester partir del principio general, indiscutido en doctrina y jurisprudencia, que establece que la prescripción comienza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción.

Luego, la aplicación de tales principios generales al caso, conduce a destacar que, en autos, la causa de la obligación aparece con la notificación de los actos que se pretende nulificar.

Así, el plazo a considerar es de cinco años computados a partir de la notificación de la Resolución de Presidencia del 30/11/01, lo que ocurrió el 4/12/01 (cfr. fs. 230/231 del legajo A de la actora).

Además, corresponde considerar la suspensión del plazo por un año, a causa del reclamo interpuesto por la actora –recurso de apelación deducido el 19/12/01-.

Así, aplicando el plazo de prescripción de cinco años y remontándose el reclamo al 4/12/04 –fecha de notificación de la resolución de Presidencia del 30/11/2001-, tenemos que, desde entonces, y contabilizado el plazo de suspensión a causa del reclamo administrativo la fecha límite para la interposición de la demanda con el objeto de impugnar este acto era en diciembre de 2007.

Y, en relación al reclamo de daños derivados de dicho acto y del Acuerdo 3705/03 que ordenó la baja, el que fue notificado el 9/9/03 (cfr. fs. 266/vta. del Legajo A), más el año de suspensión por la reclamación del 20/12/06 (aunque en la misma se vuelve a reclamar la nulidad de la Resolución de Presidencia), la posibilidad de interponer la acción expiraba en septiembre de 2009.

Con lo cual, aún en la posición más favorable a la accionante, al momento de la interposición de la demanda -11 de marzo de 2011-, ya había operado la prescripción de la acción para nulificar los actos atacados y la reparación de los daños reclamados.

Por ello, corresponde hacer lugar al planteo de prescripción de la acción y, en consecuencia, rechazar la demanda instaurada.

Las costas, no existiendo motivos para apartarse de la regla general, que es su imposición al vencido, deben ser soportadas por la actora perdedora (art.68 C.P.C. y C., de aplicación supletoria). ASI VOTO.

La señora Vocal, Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI, dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el Dr. Kohon, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la excepción de prescripción y, en consecuencia, rechazar la demanda promovida por la Sra. María Esilda Soro contra la Provincia del Neuquén; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia); 3º) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria



[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**“A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 60205/2014) – Acuerdo: 28/17 – Fecha: 25/11/2016

FAMILIA: Filiación.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. RECLAMACION DE PATERNIDAD. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO A SER OIDO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PRESERVACION DEL ENTORNO FAMILIAR. MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY.

1.- Corresponde declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por el actor [quien impugna y reclama la paternidad] contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirma la de Primera Instancia, en cuanto declara la falta de legitimación activa para continuar en las presentes actuaciones y dispone el archivo, en tanto se advierte infracción constitucional al omitir su obligación de ponderar correctamente y en forma primordial el interés superior del niño contemplado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional) y en la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño, que en el caso concreto es el de la tutela judicial efectiva y derecho a la verdad sobre su identidad biológica. En consecuencia, debe recomponerse el litigio, considerando primordialmente el interés superior del niño a conocer la verdad sobre su identidad biológica en cuanto a su progenitor, su derecho a la tutela judicial efectiva, a ser escuchado y la particular percepción del tiempo por parte de los niños, disponiéndose que prosigan los autos en la instancia de grado, ordenándose la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

2.- Es importante tener presente que la cuestión relativa a la impugnación y reclamación de filiación articulada no es solo en favor del pretense progenitor, sino también del posible hijo, quien resulta en definitiva el titular del derecho a la identidad, a quien asiste el derecho a la verdad sobre su origen biológico y a contar con tutela judicial efectiva. Y es que el derecho a la verdad de los vínculos biológicos no es en favor de quien lo pide sino un beneficio para todos los involucrados.

**Texto completo:**

ACUERDO NRO. 28 En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticinco (25) días de noviembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, con la intervención de la Subsecretaria Civil Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “A.J.E. C/ M.M.A. S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN” (Expte. N° 64205 - año 2014) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: A fs. 72/80, obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala I-, que confirma la de Primera Instancia (fs. 36/37), en cuanto declara la falta de legitimación activa del Sr. J.E.A. para continuar en las presentes actuaciones y dispone el archivo.

Contra dicho decisorio, a fs. 84/108, el actor deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley (Artículo 15°, Inc. b) de la Ley 1.406).

A fs. 112/118 los co-demandados M.A.M. y E.I.M. contestan el traslado y solicitan el rechazo del recurso.

A fs. 123/127 toma intervención el Defensor General, solicita se declare admisible el recurso y oportunamente se revoque la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones y se ordene la prosecución de la causa en la instancia de grado.



Luego, a fs. 132/135, mediante Resolución Interlocutoria N° 73/2016, se declara la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto.

A fs. 137/vta. y 139/140 vta. dictaminan los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal, respectivamente, quienes propician se declare procedente el recurso casatorio.

Firme la providencia de autos de fs. 141, 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 Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

Conforme el orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada, el Dr. OSCAR E.MASSEI dice:

I. En primer lugar, realizaré una síntesis de los hechos relevantes de la causa.

1. A fs. 3/4vta. el Sr. J.E.A. promueve demanda de impugnación de paternidad y reclamación de paternidad del niño A.I.M. Refiere que mantuvo una relación con la Sra. E.I.M. entre mayo de 2008 y abril de 2010, producto de la cual nació el niño. Solicita se realice prueba de ADN. Dirige su demanda contra la progenitora y su cónyuge el Sr. M.A.M. quien reconoció al niño ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

2. A fs. 11/12 vta. la co-demandada E.I.M. se allana a la impugnación de paternidad, condicionado a la realización del estudio de ADN.

Confirma los hechos en cuanto a la relación que mantuvo con el actor. Expresa que está casada desde hace 20 años con el co-demandado M.A.M., que vive junto a su marido y sus cuatro hijos. Sostiene que en el año 2008 tuvieron una crisis matrimonial.

Refiere que se relacionó afectivamente con el Sr. J.E.A., que se encontraba alojado en la Unidad de Detención N° 18 y que mantuvo contacto íntimo, la mayoría de las veces con protección.

Relata que en octubre de 2008 se entera que está embarazada y que como también mantenía relaciones íntimas con su esposo, no imaginó que el hijo podría ser de J.E.A.

Dice que luego del nacimiento del niño la relación con su esposo mejoró, sin perjuicio de lo cual conservó contacto con el Sr. E.J.A. quien le pidió conocer al niño porque pensaba que el hijo podría ser suyo.

Se allana a la producción de ADN, a fin de preservar el derecho a la identidad de su hijo, y solicita que una vez producido se determine el vínculo filiatorio paterno.

3. A fs. 20/22 vta. el co-demandado M.A.M. –cónyuge de E.I.M.- solicita que previo a todo se determine la identidad biológica del menor A.M. Se allana a la producción de ADN. Expresa que si bien entiende que la acción estaría caduca en virtud del Art. 263 C.C., se encuentra en juego el derecho a la identidad de su hijo y de la tutela judicial efectiva, que no puede negársele.

4. A fs. 23 el Juzgado da traslado del planteo de caducidad al actor, quien a fs. 24/26 solicita el rechazo.

5. A fs. 28 la Dra. Mónica Amicone tutora ad litem entiende que se debe dar andamiaje a la acción, ya que es imperioso que el niño pueda conocer su realidad biológica a los fines de un crecimiento sano y armónico.

6. A fs. 30 la Dra. Lidia Romano, Defensora Adjunta de los Derechos del Niño, considera procedente se rechace el planteo de caducidad.

7. A fs. 36/37 el 24/2/15 la Jueza de Primera Instancia afirma que el Art. 263 del C.C. citado por el actor no es aplicable al caso, pues el desplazamiento que intenta realizar es respecto de una presunción matrimonial y se encuentra regida por el Art. 243 CC.

En virtud de la aplicación de la norma citada, resuelve que el Sr. J.E.A. no tiene legitimación activa para iniciar el proceso.

Así, decide rechazar el planteo de caducidad deducido por el co-demandado A.M.M., declara la falta de legitimación activa del actor J.E.A. y dispone el archivo de las actuaciones.

8. A fs. 38 y 40/45 el actor apela y plantea inconstitucionalidad del Art. 259 del Código Civil por transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y derecho a la identidad, derechos consagrados en tratados internacionales con jerarquía constitucional.

9. A fs. 56/66 contesta la parte demandada Sr. M.A.M. y Sra. E.I.M., solicitando el rechazo del recurso deducido por la actora y la confirmación de lo resuelto en primera instancia.

10. A fs. 72/80, el 24/09/15, la Cámara por mayoría confirma lo resuelto en la Primera Instancia.

El Juez preopinante Dr. Jorge Pascuarelli sostiene que rige la ley vigente al momento del nacimiento (Art. 7 del C.C. y C.) por lo que encuadra la acción en los Arts. 243 y 259 CC. y que no puede volverse sobre la relación procesal que resultó constituida con la demandada y contestaciones.

Considera que el Art. 259 del C.C. limita la legitimación para ejercer la acción de impugnación al marido y al hijo, por lo que desestima el recurso y señala que comparte lo expresado por la sentenciante de grado a fs. 36 vta. en cuanto a que debe prevalecer el interés superior de A.I.M., resguardando la estabilidad de la familia donde está insertado”.

Asimismo rechaza la inconstitucionalidad del Art. 259 del C.C. argumentando que el planteo fue introducido recién al momento de apelar, en términos genéricos y solo alegando con relación al menor, su derecho a la identidad.

Concluye que dado que el niño se encuentra emplazado como hijo dentro de la familia formada por la Sra. E.I.M. y el Sr. M.A.M. y posee tres hermanos, fruto del mismo matrimonio, sumado a la edad del menor, considera que el interés superior conlleva su derecho a vivir en una familia



estable de la cual forma parte.

Menciona que la Defensora Ad litem consintió el resolutorio y que la Defensora del Niño dictaminó considerándolo ajustado a derecho, por lo que entiende corresponde desestimar la apelación e imponer las costas de la Alzada por su orden.

En sentido diverso se expide la Jueza Dra. Cecilia Pamphile, quien enfatiza que la persona tiene el derecho constitucional de conocer la verdad sobre sus orígenes y quienes en realidad son sus progenitores y que es un derecho implícitamente tutelado por el Art. 33 de la Constitución Nacional.

Analiza el derecho a la identidad en sus facetas estática y dinámica.

Cita jurisprudencia de la S.C.J.B.A. y dice que se trata de que la verdad no sea ocultada, ni la biografía falseada a expensas de un simple registro formal.

Sostiene que el respeto a aquella condición biológica no conduce a destruir los lazos afectivos que hubieran podido generarse entre el hijo con el esposo de su madre, sino que tiende a situarlos en un plano de verdad.

Destaca que coincidentemente con esa idea, el co-demandado M.A.M. sostiene en su contestación de demanda que aunque entiende que la acción se encuentra caduca, no menos cierto es que está en juego el reconocimiento efectivo del derecho a la identidad de su hijo A. y de la tutela judicial efectiva y que ante el hipotético caso de que el niño no fuera su hijo no puede negársele el derecho a su identidad por lo que solicita por considerarlo necesario que se produzca prueba de ADN que permita tener certeza de la identidad biológica del menor.

Y remarca que en el mismo sentido se expide la progenitora a fs. 12 cuando dice que a fin de preservar la identidad de su hijo A.I.M., se allana al pedido de realización de estudio de ADN solicitado por el Sr. J.E.A.

Por tales consideraciones y ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial concluye que debe acordarse legitimación al recurrente.

Cita doctrina de la C.S.J.N. en cuanto a que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión debe atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir, ya que corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio.

Así, a la luz de la mencionada doctrina, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la cuestión se encuentra zanjada por las disposiciones del Código Civil y Comercial.

Concluye que siguiendo los lineamientos de la C.S.J.N. el análisis de inconstitucionalidad introducido en el recurso deviene inoficioso, debiendo acordarse legitimación al actor en concordancia con la modificación legislativa, solución que además se adecua a los principios constitucionales y a las previsiones convencionales en juego.

Acota que dotar de legitimación a la accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso, pero si reconoce la importancia del conocimiento de los orígenes, pues la norma del Art. 259 C.C. ya no se encuentra vigente.

Existiendo disidencia entre los Sres. jueces, se integra la Sala con el Dr. Marcelo Medori, quien adhiere al voto del Dr. Jorge Pascuarelli.

De ese modo se resuelve rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y confirmar la resolución dictada por la jueza de primera instancia en cuanto fuera materia de recurso y agravios.

11. A fs. 89/108 vta., el actor deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley, en virtud del Art. 15°, Inc. b) de la Ley 1.406.

Denuncia que la sentencia recurrida aplica erróneamente la ley, porque se sustenta en el viejo Código Civil y su doctrina legal, cuando a partir de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial –Ley 26.994– y conforme su Art. 7° es de aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, quedando derogado la normativa anterior.

Expresa que la discusión sobre la legitimación de su parte para promover la acción de impugnación y reclamación de filiación ha sido zanjada por el Art. 590 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que legitima a la madre, al padre biológico y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

Acota que ninguno de los demandados se opuso a que se realice el estudio de ADN, pues ambos reconocen el interés superior del niño de saber sus orígenes biológicos.

Destaca que la sentencia de la jueza de Primera Instancia decide que no estaba legitimado para interponer la acción, cuando ninguno de los demandados lo cuestionaron y que también la Defensora de los Derechos del Niño dictaminó que correspondía que se llevara adelante el proceso.

Denuncia que se encuentran en juego dos principios constitucionales: el de igualdad y no discriminación sin importar el origen de la filiación y el derecho a la identidad, también receptada en la Convención de Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica.

Aduce que la dilucidación de la identidad biológica no quiere decir que dejará de convivir con su actual familia, pues por su parte quiere asumir sus responsabilidades como progenitor pero no quitarle su familia materna ni a las personas que lo han asistido hasta el momento.

Finalmente destaca que conforme los mismos tratados internacionales mencionados, los niños y niñas son sujetos de derechos y que el interés



superior del niño A.I.M. debe guiar la decisión del tribunal en virtud de lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño.

12. A fs. 112/118 los demandados M.A.M. y E.I.M. contestan el traslado de la casación.

Sostienen que una vez dictada la sentencia de una causa bajo el régimen del Código Civil, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos que se dictó.

Explican que la legitimación hace a la constitución de la relación jurídica y que el recurrente no se encontraba legitimado al momento de la interposición de la demanda.

13. A fs. 123/127 y 129/130 vta. dictaminan el Sr. Defensor General y el Fiscal General, respectivamente. Solicitan se declare la admisibilidad del recurso por hallarse en juego derechos constitucionales del niño.

14. A fs. 132/135 mediante Resolución Interlocutoria N°73/16 se declara admisible el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor J.E.A.

15. A fs. 137/vta. se expide el Sr. Defensor General, se remite a los fundamentos vertidos a fs. 123/127.

Y además, sostiene que el principio de interés superior del niño de raigambre constitucional es un principio rector en todo conflicto que involucra a niños y adolescentes, que se encuentra consagrado en la Convención de Derechos del Niño, Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

Afirma que la consideración del interés superior del niño debe ser algo primordial en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, que este interés no puede estar al mismo nivel que otras consideraciones, que se le debe dar prioridad en todas las circunstancias, y que en el caso presente, debido a la filiación legal del niño A.I.M. cabe priorizar el derecho a la identidad real del mismo.

Señala que la cuestión se encuentra hoy regida por el Art. 590 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que no puede prescindirse en virtud de la regla general del Art. 7° del mismo cuerpo legal.

En función de lo expuesto, solicita se revoque la decisión en crisis.

17. A fs. 139/140 vta. se pronuncia el Fiscal General.

Expresa que encuentra ajustado a derecho el voto minoritario, el que guarda estrecha afinidad con lo dictaminado por el Defensor General.

Destaca que si bien la acción bajo estudio se inició encontrándose vigente la vieja ley, que vedaba al tercero (pretenso progenitor) iniciar una acción de impugnación de paternidad, el nuevo código –en consonancia con los tratados y convenios internacionales a los que la Nación ha adherido– en su nuevo Art. 1° expresamente consagra que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte.

Además señala, que conforme el Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia tiene jerarquía constitucional, y en pos del interés superior del niño, consagra –entre otros– el derecho a la identidad.

Trae palabras del Máximo Tribunal al señalar que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias.

Luego, dice que en pos de garantizar el acceso a la justicia –fundamento que llevó en innumerables oportunidades a declarar la inconstitucionalidad del viejo Art. 259 C.C.– y sobre todo ante el deber que recae en el Estado de garantizarle al niño su derecho a la identidad, tiene por violentado en el caso, los Arts. 7, 590 del C.C. y C.N.

En consecuencia, propicia que se declare procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley y se reconozca a A.J.E. legitimación activa para intervenir en autos.

II. Ahora bien, comenzando el análisis recursivo, corresponde señalar que la instancia extraordinaria se abrió en razón de que la cuestión en debate involucra el interés superior del niño A.I.M. a quien el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujeto activo de derechos y le asigna especial protección.

El fallo en crisis confirma el decisorio de Primera Instancia, en tanto declara la falta de legitimación activa del actor Sr. J.E.A. para continuar con el proceso de impugnación y reclamación de la filiación paterna del niño A.I.M. y dispone el archivo de la causa.

Siendo así, la materia a dilucidar en este estadio, es si la solución dispuesta por la Cámara de Apelaciones, ha considerado primordialmente el interés superior del niño A.I.M. y es la que lo satisface de manera más efectiva o si por el contrario ha omitido su correcta ponderación.

1. En primer lugar, corresponde realizar algunas consideraciones en torno al interés superior del niño, concepto complejo que ha ido adquiriendo un importante desarrollo en la normativa internacional y local, perfilándose en una dimensión que tiene por objetivo la protección de la totalidad de los niños, niñas y adolescentes.

Cabe recordar que el interés superior del niño, fue consagrado en la Convención de Derechos del Niño (Art. 3 CIDN - Art. 75, Inc. 22) Constitución Nacional) y sus alcances se precisan en la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño.

También, tener presente que es el principio que rige la responsabilidad parental legislada en el Art. 639, Inc. a), del Código Civil y un concepto central en la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 (Art.3°).





En el ámbito local se consagra en el Art. 47 de la Constitución Provincial y Art. 4° de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N° 2.302.

Ahora bien, a partir de la sanción de la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante CIDN) en 1989, se ha ido conformando un plexo normativo que brinda precisas directrices en orden a la interpretación y alcances de su articulado y en particular, del principio del interés superior del niño establecido en el Art. 3 y que obliga a los Estados partes.

Recordemos que la C.I.D.N. establece en su Art.3.1:

“en todas las medidas concernientes a 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”.

Y además, crea en sus Arts. 43 y 44 un órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, al que denomina: Comité de los Derechos del Niño (en adelante C.D.N.).

Precisamente, para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia internacional y para ello ha emitido hasta el presente 18 Observaciones Generales.

En lo que aquí interesa cabe remitirnos a la Observación General N°14, del 29 de mayo de 2013: “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

En el punto 1.A.6 “El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterio se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”

Así, el interés superior del niño es un concepto dinámico, que abarca diversos temas en constante evolución.

Ha sido definido como “la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos” (Art.3 de la Ley 26.061 y 4 de la Ley 2.302).

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (conf. Observación General N°5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).

Y su “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (cfr. Observación General N°14 C.D.N. IV, 4.)

Luego, la interpretación de las normas aplicables para resolver el caso debe ser la que satisfaga de manera más efectiva aquel interés superior del niño en concreto. (Punto I.A. 6 b) Obs.Gral.N°14 C.D.N.).

Ahora bien, la normativa emanada del Comité de Derechos del Niño brinda directrices para evaluar y determinar el interés superior del niño al tomar una decisión sobre una medida concreta.

Señala que: “47. La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La “evaluación del interés superior” consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por “determinación del interés superior” se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior. (Observación General N° 14 C.D.N., Punto V.).

En lo atinente a la evaluación del interés superior del niño, la norma mencionada establece que debe abarcar: a. La opinión del niño, b. la identidad del niño, c. la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, d. el cuidado protección y seguridad del niño, e. la situación de vulnerabilidad, f. el derecho a la salud y g. el derecho a la educación.

Así, en lo atinente al presente caso, habré de considerar:





a. Respecto del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta: “El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad.” (IV.B.3.44 Observación General N°14 CDN).

b. Concretamente, respecto de derecho a la Identidad, el Comité ha señalado que la debida consideración del interés superior del niño entraña que los niños tengan:

“...la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate (véase el artículo 9, párrafo 4).”

Y también que:

“El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.” (Observación General N°14 CDN (V- A 1. b).

En efecto, la Convención de Derechos del Niño establece:

“Art.7 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

“Art.8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

c. Sobre el derecho del niño a la vida familiar y mantenimiento de las relaciones (Art.16 CDN), el Comité ha dicho que:

“El término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local” (Art. 5). c)59 Observación General N°14 CDN).

d. En cuanto al resguardo de la seguridad del niño, el Comité expresa:

“el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.”(74)

e. Finalmente el Comité llama la atención respecto de que:

“93. Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible... (art. 25).” (Observación General N°14, C.D.N. Punto B, c) 93).

2. De esta manera, el marco legal precedente es el que permitirá dilucidar si la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones al confirmar la resolución de la Jueza de Primera Instancia, en cuanto declara la falta de legitimación del

Sr. J.E.A. para impugnar y reclamar la filiación paterna del niño A.I.M. y archiva la causa, considera primordialmente la protección del interés superior del niño y es la que lo satisface de manera más efectiva o si por el contrario ha omitido su correcta ponderación.

Para ello, es necesario en esta instancia cumplir con la evaluación y determinación del interés superior del niño A.I.M., dotando de contenido concreto a los derechos que deben ser considerados, en los términos que manda la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño.

En ese sentido, evalúo que el interés superior del niño A.I.M. se encuentra integrado por:

a) El derecho a conocer la verdad en lo que respecta a su identidad biológica, habida cuenta que ha quedado establecida una plataforma fáctica (en la que coinciden el actor Sr. J.E.A. y la co-demandada, la madre del niño Sra. E.I.M.) que instala la posibilidad cierta de que la identidad actual en lo que respecta al vínculo biológico paterno no sea la real.

Teniendo además en consideración que al momento de la traba de la litis, las tres personas adultas involucradas en la situación, coinciden en solicitar que se lleve a cabo la prueba de A.D.N., interesadas principalmente en garantizar el derecho del niño A.I.M. a conocer la verdad sobre su identidad biológica.

Tal actitud los posiciona de forma virtuosa, frente a la protección de los derechos del niño, por encima de cualquier conflictividad que pudiera surgir en las relaciones de las personas adultas.

Considerando también que en el mismo sentido se pronuncian la tutora ad litem representante del niño A.I.M., quien es el sujeto titular del derecho constitucional que se debate en este juicio.

Y que la Defensora de los Derechos del Niño dictamina en pos de la continuidad del juicio (fs. 30).

Además, cabe tener presente que el recurrente, quien impugna y reclama la paternidad, expresa:

“Eso no quiere decir que dejará de convivir con su actual familia, pues esta parte quiere asumir sus responsabilidades como progenitor de A.I.M., pero no quitarle su familia materna ni las personas que lo han asistido hasta el momento” (fs. 107 vta.).



- b) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, lo que solo será posible durante el trámite del proceso en que se habrá de dilucidar la verdad sobre su identidad biológica.
- c) El derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona en situación de vulnerabilidad del niño y por los posibles intereses contrapuestos con su representantes legales.
- d) El derecho a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, considerando este concepto en sentido amplio, que comprende tanto a los vínculos biológicos como a los de crianza sobre la base de la verdad.
- e) El derecho del niño como sujeto, a que se haga efectivo su derecho a conocer la verdad sobre su identidad en el presente. Es decir, mientras es niño, sin que su ejercicio quede supeditado a la posibilidad de ejercer la acción impugnatoria en el futuro. Y es que conocer los orígenes a temprana edad permite un mejor desenvolvimiento en la vida tanto familiar como social, porque los vínculos basados en la sinceridad son más sólidos que aquellos basados en una ficción.

Ahora bien, una vez cumplida la evaluación del interés superior, procedo a sopesar los derechos involucrados, dotados de contenido concreto y a determinar el interés superior de este niño en particular.

Así, el análisis de las constancias de autos me permite concluir que en el presente caso, el interés superior del niño A.I.M. que debe considerarse en forma primordial está constituido por el derecho a conocer la verdad sobre su identidad biológica en lo que respecta a su vínculo paterno. Y en el presente, ese derecho se garantiza brindándole tutela judicial efectiva a través de un proceso judicial, que se resuelva a la mayor brevedad y en el que pueda ser oído.

Luego, ya evaluado y determinado el interés superior del niño A.I.M. en concreto, corresponde analizar si la decisión adoptada y recurrida, lo ha ponderado primordialmente, como manda la normativa constitucional.

En ese sentido, se constata que la Cámara de Apelaciones al confirmar lo resuelto por la Jueza de Familia de Primera Instancia en tanto declara la falta de legitimación del actor y ordena archivar la presente causa, no ha considerado adecuadamente con carácter prioritario el interés superior del niño A.I.M. y por lo tanto no es la que mejor lo satisface.

Ello es así, porque lo resuelto obtura en el presente el derecho del niño A.I.M. a conocer la verdad sobre su identidad biológica, esto es saber quien es su padre biológico.

Corresponde señalar que el vicio en que incurren los decisorios dictados por la Alzada y la Jueza de Primera Instancia, reviste gravedad por el carácter constitucional del derecho infringido (Art. 75, Inc. 22, C.N.), la calidad de persona en situación de vulnerabilidad del niño titular (conf. Reglas de Brasilia, Ac. 4612/10 T.S.J. y Acordada N° 5/09 C.S.J.N.), y por encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la comunidad jurídica internacional.

Es importante tener presente que la cuestión relativa a la impugnación y reclamación de filiación articulada no es solo en favor del pretense progenitor, sino también del posible hijo, quien resulta en definitiva el titular del derecho a la identidad, a quien asiste el derecho a la verdad sobre su origen biológico y a contar con tutela judicial efectiva. Y es que el derecho a la verdad de los vínculos biológicos no es en favor de quien lo pide sino un beneficio para todos los involucrados.

Cabe recordar que a partir de la reforma constitucional de 1994 (Art.75 Inc.22), tiene lugar un proceso de constitucionalización del derecho de familia, en virtud de la supremacía de los preceptos constitucionales y convencionales, de modo que las decisiones han de tener siempre como finalidad la plenitud de esos derechos y si no se respetan, la decisión no tendrá reconocimiento jurídico.

Este proceso se ha consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial, en lo atinente al tema que nos convoca, al conferir una amplia legitimación para impugnar y reclamar la filiación matrimonial en el Art. 590 (“La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo”), lo que recepta el derecho a conocer la verdad sobre la identidad biológica y además la idea de que no hay un modelo universal e inmutable de familia sino muy diversos tipos de familias.

Por todo lo expuesto, concluyo que hay infracción constitucional en tanto la judicatura en las instancias anteriores omite su obligación de ponderar correctamente y en forma primordial el interés superior del niño A.I.M contemplado en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional) y en la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño, que en el caso concreto es el de la tutela judicial efectiva y derecho a la verdad sobre su identidad biológica.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley 1.406, cabe recomponer el litigio, y conforme las razones jurídicas expuestas precedentemente, considerando primordialmente el interés superior del niño A.I.M. a conocer la verdad sobre su identidad biológica en cuanto a su progenitor, su derecho a la tutela judicial efectiva, a ser escuchado y la particular percepción del tiempo por parte de los niños, disponer que prosigan los autos en la instancia de grado, ordenándose la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

Por los fundamentos expuestos, a fin de dar efectiva y pronta protección al derecho del interés superior del niño A.I.M, y en cumplimiento del mandato constitucional-convencional de los Arts. 3.1, 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén); Art. 639, Inc. a), del Código Civil; Art. 3° de la Ley 26.061; y 4 de la



Ley 2.302) y Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño, considero corresponde REVOCAR los decisorios dictados por la Cámara de Apelaciones –Sala I- y por la Jueza de Primera Instancia a fs. 72/80 y fs. 36/37 respectivamente, y DISPONER la prosecución de la causa en la instancia de grado, ordenándose la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

3. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas de todas las instancias serán impuestas por su orden, de acuerdo al modo en que se resuelve y las particularidades de la causa. (Arts. 12° L.C.).

4. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 89/108 por el actor Sr. J.E.A y en su consecuencia, REVOCAR los decisorios dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción –Sala I-, y por el Juzgado de Familia de Primera Instancia N°3, obrantes a fs. 72/80 y fs. 36/37 respectivamente, por infracción al interés superior del niño, derecho a la identidad y tutela judicial efectiva (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional, Arts. 3.1, 7 y 8 Convención de Derechos del Niño). A la luz de lo dispuesto por el Art.17°, Inc. c) de la Ley 1.406, DISPONER la prosecución de la causa en la instancia de grado, ordenando la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN.

III. Las costas de las tres instancias se imponen en el orden causado atento el modo en que se resuelve y las particularidades de la causa. (Art. 12° L.C. y 68 C.P.C.y C.). VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor Vocal doctor Ricardo T.KOHON dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor Oscar E. MASSEI, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. ASÍ VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, de conformidad con los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 89/108 por el actor Sr. J.E.A y en su consecuencia, REVOCAR los decisorios dictados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción – Sala I-, y por el Juzgado de Familia de Primera Instancia N°3, obrantes a fs. 72/80 y fs. 36/37, respectivamente por infracción al interés superior del niño, derecho a la identidad y tutela judicial efectiva (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional, Arts. 3.1, 7 y 8 Convención de Derechos del Niño). A la luz de lo dispuesto por el Art.17, Inc. c) de la Ley 1.406, DISPONER que sigan los autos según su estado, ordenando la apertura a prueba y la pronta realización de la prueba de ADN. 2°) IMPONER las costas de las tres instancias por su orden (Arts. 12° de la Ley 1.406). 3°) Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en las instancias anteriores y proceder a una nueva regulación conforme el sentido del presente pronunciamiento. A tal fin se regulan los honorarios de la Dra. Mercedes Chiaravalli –patrocinante de M.A.M. y E.I.M.-, en la suma de pesos UN MIL CUATROCIENTOS TRES (\$1.403.-) para la etapa extraordinaria local; los devengados en la Alzada se fijan en la suma de pesos UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES (\$1.683.-), y por la actuación en Primera Instancia se establecen en la suma de pesos CINCO MIL SEISCIENTOS DIEZ (\$5.610) (Art. 9, 15°, ss. y concordantes de la Ley de Aranceles). 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 8003/2014) – Acuerdo: 33/16 – Fecha: 29/12/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

PROCESOS SUMARISIMOS. RECURSO DE APELACION. INTERPOSICION DEL RECURSO. EXPRESION DE AGRAVIOS. TRASLADO DEL RECURSO. PLAZOS PROCESALES. CELERIDAD PROCESAL. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. ERRONEA APLICACION DE LA LEY. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA. UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA.

1.- Corresponde declarar improcedente el Recurso de Inaplicabilidad de Ley intentado por la demandada



y confirmar la sentencia recurrida, que rechaza su recurso de queja y confirma de tal modo la providencia que declaró extemporáneo el recurso de apelación por ella interpuesto contra la sentencia de primera instancia, toda vez que el plazo contenido en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C y C. configura un claro supuesto de excepción al principio general para apelar, establecido por el artículo 244 del mismo cuerpo legal. De modo tal que, corresponde que en el trámite de apelación de los procesos sumarísimos, se aplique el plazo especial de dos días contenido en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C. y C. En consecuencia, ha mediado una correcta interpretación de la normativa aplicable por parte del Tribunal de Alzada, no configurándose el vicio alegado por la recurrente.

2.- El legislador ha regulado los procesos sumarísimos con el objeto de permitir un conocimiento suficiente de la controversia –similar a la de los diseñados por la ley procesal, como el juicio ordinario y el juicio sumario-, aunque con el eje puesto en la celeridad de los tiempos procesales –acortamiento de los plazos, mayor exigencia y concentración de cargas-.

3.- El plazo -lazo o período fijado para una determinada actividad- es perentorio cuando la actividad procesal se agota con el vencimiento, al término del plazo de modo fatal, en tanto fija un momento final para el ejercicio de ciertos derechos. Precluye de tal modo la facultad procesal concedida y caduca el derecho a realizarla en lo sucesivo. El fundamento de tal disposición radica en que, sostener una solución contraria habilitaría la reapertura de asuntos definitivamente consolidados en el proceso, generándose así una situación de inseguridad acerca de la firmeza de los actos procesales cumplidos. Esto atiende a conducir el pleito en términos de estricta igualdad, en salvaguarda de la garantía constitucional respectiva.

4.- En tanto la misma cuestión –plazos aplicables a la instancia de apelación en los procesos sumarísimos- fue fallada, de modo opuesto, por las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones local y la Cámara del Interior –Sala II-, a los efectos de cumplir con la función uniformadora que le compete a este Cuerpo, cabe fijar posición –en virtud de los fundamentos vertidos en el presente- en el sentido de que el plazo aplicable a la interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días.

**Texto completo:**

ACUERDO N°: 33. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintinueve (29) días de diciembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: “SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA” (Expte. N° 8003 - Año 2014),

**ANTECEDENTES:**

A fs. 42/49 vta. la parte demandada en el proceso principal -SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A.- deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley contra la resolución de fs. 32/36, dictada por la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales –Sala II-, que le rechaza su recurso de queja y confirma de tal modo la providencia que declaró extemporáneo el recurso de apelación por ella interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

A fs. 50 y en virtud del tipo de trámite, se elevan las actuaciones a este Tribunal Superior.

A través de la Resolución Interlocutoria Nro. 158/15, se declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. –Art. 15° del Ritual-, por las causales previstas en los incisos b) y d).

Firme la providencia de autos, integrada la Sala Civil y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que, este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley?, b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.



VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo:

I. 1. En el proceso principal (“NUÑEZ, ÁNGELA MARÍA C/ SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD” - EXPTE. NRO. 16816/2012, de trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, de la V Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Chos Malal), se dispone imprimir al trámite las normas del juicio sumarísimo (fs. 4).

2. El 09-9-14, se dicta sentencia haciendo lugar a la demanda de la actora y condenando a la accionada –aquí recurrente- a abonarle en el plazo de diez días la suma de \$278.171,25.- con más los intereses devengados (fs. 5/17).

3. El fallo es notificado a la aquí agraviada el 12-9-14 (fs. 18/vta.).

4. Contra aquél decisorio de grado, SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. interpone recurso de apelación y expresa agravios (fs. 19/26vta., cargo del 19-9-14 a las 9:09 hs.).

5. Con invocación de las disposiciones contenidas en los incisos 2° y 4° del artículo 498 del C.P.C. y C., el Juez de grado deniega la deducción del remedio apelatorio por considerarlo extemporáneo (fs. 27).

6. La demandada en los autos principales, deduce recurso de queja contra el proveído mencionado.

7. La Sala II de la Cámara de Apelaciones del Interior, rechaza el recurso de queja por apelación denegada.

Para así resolver, tiene en consideración que la cuestión a dirimir es sobre el plazo procesal que resulta aplicable a la apelación en los procesos sumarísimos, en sus tres fases: interposición, fundamentación y traslado.

A tales efectos, la Alzada sostiene que el artículo 498 del C.P.C. y C. reviste el carácter de “norma especial”, y por ende, predomina sobre el artículo 246 del mismo cuerpo legal, de carácter genérico para las apelaciones en relación.

Por último, manifiesta que resulta conteste con la postura asumida por los tribunales bonaerenses en la materia, en cuanto a que el plazo para fundar el recurso de apelación en estos procesos es de dos días, ya que es la única interpretación congruente en orden a la abreviación de los plazos y a la celeridad que se tuvo en cuenta al reglarlos.

8. Contra la resolución que rechaza el recurso de queja, SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley (Art. 15°) a través de las causales contenidas en los incisos b), c) y d), de la Ley 1.406.

En orden al supuesto del inciso b) del artículo 15° del Rito, la recurrente expone que en la resolución cuestionada se aplica e interpreta erróneamente la ley o doctrina legal al afirmar que el artículo 498 del Código Procesal reviste el carácter de “norma especial” que predomina sobre el artículo 246 –del mismo cuerpo legal-, que contiene una regla general para las apelaciones en relación.

Al respecto, sostiene que la Alzada pone de manifiesto una afirmación meramente dogmática, abstracta y desprovista de sustento jurídico, que omite considerar que la norma contenida en el artículo 498 del C.P.C. y C. rige exclusivamente el proceso ante la Judicatura de grado y carece de aplicación en materia recursiva.

Es que –la quejosa afirma-, en el caso de autos, no está en discusión la regla de la especialidad versus la de la generalidad, por cuanto los artículos 498 y 246 del C.P.C. y C. no son normas superpuestas sino reglas que rigen para momentos procesales distintos.

Mediante la causal contenida en el inciso c) del artículo 15° de la Ley Casatoria, alega la ausencia de motivación que presenta el decisorio al soslayar un tratamiento mínimo del tema propuesto.

Finalmente, la quejosa invoca el supuesto de doctrina contradictoria entre las distintas Cámaras de Apelaciones de la provincia, a través del inciso d) del precepto supra citado.

Acerca de este vicio, manifiesta que las distintas Salas de la Cámara local han adoptado un criterio uniforme en lo que respecta al plazo para apelar en los procesos sumarísimos, a partir del entendimiento de que el artículo 498 del

C.P.C. y C. regla el procedimiento de primera instancia. Pero, en lo que respecta al trámite ante las instancias superiores rigen las normas específicas en la materia.

Manifiesta hacer reserva del caso federal.

9. Que, como ya se consignó, a través de la Resolución Interlocutoria N° 158/15, se declaró admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la quejosa –SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A.- por las causales previstas en los incisos b) y d) del artículo 15°, de la Ley N° 1.406.

II. Señalados como han sido los motivos casatorios vertidos por la parte recurrente, en estrecha vinculación con la apertura de esta etapa para uniformar el criterio interpretativo de la normativa aplicable, cabe destacar que una de las funciones esenciales de la casación consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los Tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas, ni desinterpretarlas (cfr. HITTERS, Juan Carlos, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata: 1998, págs. 166 y 259, y en Ac. 12/12, entre otros).

En el caso, la cuestión medular a resolver –de cara a los agravios expuestos- se centra en dilucidar la correcta interpretación de la ley en punto al ejercicio de la facultad apelatoria en los procesos sumarísimos –plazo para la interposición, expresión de agravios y sustanciación del recurso-.





Esto es, si resultan aplicables las normas específicas contenidas en el Libro II, Título III, Capítulo II, destinadas a este tipo de trámites (conf. Art. 498, inciso 2º, del C.P.C. y C.) o, las del Libro I, Título IV, Capítulo IV, del mismo cuerpo legal, que rigen lo atinente a los medios de impugnación en general (conf. Arts. 238 y ss.).

Asimismo, este Alto Cuerpo habrá de analizar lo resuelto por las Salas de la Cámara de Apelaciones local, a efectos de determinar si, en el presente, se da el supuesto de errónea aplicación e interpretación de la doctrina legal o la existencia de doctrinas contradictorias entre las distintas Salas.

III. En primer lugar, cabe referir que en este tipo de procesos se aplican las reglas generales que en materia procesal correspondan, así como los derechos y garantías contemplados por la Constitución Nacional y su par local.

Dentro de aquellas normas generales, se encuentran los principios procesales que constituyen las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico adjetivo.

Ellas, tienen por objeto fundamental, servir de base para la estructuración de las instituciones del proceso y constituyen instrumentos interpretativos de gran utilidad.

Uno de esos principios es el de economía procesal, y comprende a todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él.

Sobre este aspecto, se ha dicho que “como principio general, la economía procesal es el principio informador del proceso, por medio del cual se busca atemperar, coordinar y transformar aquellos conflictos o aparentes contradicciones que surgen entre diversos principios procesales, con la finalidad de armonizar el proceso y lograr que se desenvuelva dentro de un término razonable” (PEYRANO, Jorge W.; Principios procesales, Tomo I, Santa Fe: 2011, pág. 653).

Sus variantes están constituidas por los principios de concentración –tendiente a reunir a la actividad procesal en la menor cantidad de actos-; de eventualidad –en cuya virtud, todas las alegaciones que son propias de cada uno de los periodos preclusivos deben plantearse en forma simultánea-; de celeridad –representado por todas las normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos u onerosos- y de saneamiento –que acuerda al juez facultades suficientes para resolver in limine todas aquellas cuestiones susceptibles de entorpecer el pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o de determinar en su caso, la inmediata finalización o abreviación del proceso-.

Si bien el proceso configura jurídicamente un fenómeno conceptualmente único, puede presentarse legalmente regulado con distintas modalidades y características, lo cual da lugar a la formulación de distintas clasificaciones.

Así, desde un punto de vista estructural, puede distinguirse el trámite ordinario del especial. El primero de ellos, está regulado por el artículo 319 del C.P.C. y C. que establece: “Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autoriza al juez a determinar la clase de proceso aplicable”.

El proceso ordinario está estructurado atendiendo a que la ley le asigna la posibilidad de que en él se planteen y decidan, en forma definitiva, la totalidad de las cuestiones jurídicas que pueden derivar de un conflicto entre partes.

Por otro lado, los especiales son todos aquellos procesos judiciales contenciosos (de conocimiento, de ejecución y cautelares) que se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del ordinario.

Y concretamente, se caracterizan por la simplificación de sus dimensiones temporales y formales, y en su consecuencia, por la mayor celeridad con que son susceptibles de sustanciarse y resolverse.

Dentro de los procesos especiales se ubican los denominados sumarísimos, que en nuestro ordenamiento ritual se encuentran normados por el artículo 498.

Entonces, cabe referir que el legislador ha regulado los procesos sumarísimos con el objeto de permitir un conocimiento suficiente de la controversia –similar a la de los diseñados por la ley procesal, como el juicio ordinario y el juicio sumario-, aunque con el eje puesto en la celeridad de los tiempos procesales –acortamiento de los plazos, mayor exigencia y concentración de cargas-.

Tal es así, que en la exposición de motivos del Código Procesal nacional se ha consignado:

“En el juicio sumarísimo el factor predominante es la celeridad. Los trámites se han reducido al mínimo indispensable [...]”.

Por ello, en esta clase de proceso no serán admisibles las excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni tampoco la reconvencción.

Y sin dejar de considerar que es necesario un procedimiento ágil como el analizado para que las demandas de los interesados encuentren cauce apropiado, no debe perderse de vista el respeto al derecho de defensa en juicio.

Así,

“[...] la economía procesal resguarda la máxima tutela de los derechos de los justiciables con el mínimo esfuerzo posible, lo que no quiere decir que se busque la aceleración del proceso como un valor en sí mismo. Por el contrario, tal como señala Cristina Riba Trepast, el principio de economía procesal tiene la virtualidad de ser un principio bidimensional. No observa la aceleración o la rapidez del proceso de forma gratuita, sino que, en función de las necesidades de satisfacción legítima y del principio general de seguridad jurídica, fija el periodo de tiempo adecuado para la correcta realización de cada fase” (PEYRANO, Jorge W.; Principios procesales, Tomo I; Santa Fe: 2011, pág. 652/653).





Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que el particular tiene derecho constitucional a una rápida y eficaz decisión jurisdiccional y advirtió que la garantía de la defensa en juicio no se compeadece con la indebida prolongación de la tramitación de los juicios (C.S.J.N. Fallos: 269:131; 244:34; 261:132; 265:147).

En la especie, nos convoca el análisis de la correcta interpretación de la ley en punto al ejercicio de la facultad apelatoria en los procesos sumarísimos –plazo para la interposición, expresión de agravios y sustanciación del recurso-.

A tales efectos, la norma contenida en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C. y C., establece que en los procesos sumarísimos “Todos los plazos serán de dos días, salvo el de contestación de la demanda que será de cinco días y el de prueba, que fijará el juez”.

Por otra parte, en el capítulo que regula el trámite de los recursos –concretamente, el de apelación-, se dispone que “No habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar será de cinco días” (cfr. Art. 244 del C.P.C. y C.).

Esta última regla constituye el principio general que recibirá aplicación en todos los casos, salvo que medie una disposición que establezca lo contrario –esto es, plazos especiales que configuren una excepción al plazo general-.

Y la importancia de precisar el plazo que regirá en el caso para interponer el recurso de apelación radica en su carácter perentorio, de modo que producido su vencimiento sin haberse interpuesto el recurso, la sentencia o resolución respectiva queda firme.

Es que nuestro sistema, organiza al proceso en estadios preclusivos conforme a los cuales, cada grupo de actividades procesales se cierra en un período y una vez concluido no se puede volver sobre él. Esto es lo que se denomina principio de preclusión procesal.

Sobre este aspecto, el artículo 155° del C.P.C. y C. establece:

“Los plazos legales o judiciales son perentorios salvo acuerdo de las partes establecido por escrito en el expediente con relación a actos procesales específicamente determinados.

Cuando este Código no fijare expresamente el plazo que corresponda para la realización de un acto, lo señalará el juez de conformidad con la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia”.

Es decir, el plazo -lapso o período fijado para una determinada actividad- es perentorio cuando la actividad procesal se agota con el vencimiento, al término del plazo de modo fatal, en tanto fija un momento final para el ejercicio de ciertos derechos. Precluye de tal modo la facultad procesal concedida y caduca el derecho a realizarla en lo sucesivo.

El fundamento de tal disposición radica en que, sostener una solución contraria habilitaría la reapertura de asuntos definitivamente consolidados en el proceso, generándose así una situación de inseguridad acerca de la firmeza de los actos procesales cumplidos. Esto atiende a conducir el pleito en términos de estricta igualdad, en salvaguarda de la garantía constitucional respectiva.

De allí, la necesidad de clarificar la cuestión suscitada en torno al plazo de apelación aplicable en los procesos sumarísimos.

Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades que reúne este tipo de trámite y la finalidad que ha tenido en mira el legislador al regularlo de tal modo -contemplando situaciones que ameritan una solución rápida-, considero que el plazo contenido en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C y C. configura un claro supuesto de excepción al principio general para apelar, establecido por el artículo 244 del mismo cuerpo legal.

De modo tal que, corresponde que en el trámite de apelación de los procesos sumarísimos, se aplique el plazo especial de dos días contenido en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C. y C.

En idéntico sentido, es dable sostener que a los efectos de la fundamentación del recurso y su sustanciación con la parte contraria, también resulta aplicable el plazo de dos días.

Ello así, toda vez que, si bien el artículo 246 del C.P.C. y C. que regla la apelación en relación, en orden a la oportunidad de la fundamentación como a su traslado –único supuesto procedente en los procesos sumarísimos, conf. inciso 4° del artículo 498 del Ritual, que versa: “[...] El recurso se concederá en relación y en efecto devolutivo”-, no contiene una disposición similar a la del artículo 244 en cuanto a que el plazo general rige “no habiendo disposiciones en contrario”, lo cierto es que no media en el caso ningún supuesto de excepción -de los establecidos en el inciso 2° del artículo 498- al plazo general de dos días previsto para el proceso sumarísimo.

Asimismo, tal solución se compeadece con el espíritu del trámite abreviado en cuestión y resulta congruente de tal modo con el sistema del Código Procesal vigente.

Por lo expuesto, entiendo que en el caso ha mediado una correcta interpretación de la normativa aplicable por parte del Tribunal de Alzada, no configurándose el vicio alegado por la recurrente.

IV. Finalmente, cabe considerar que también se ha dispuesto la apertura de la instancia extraordinaria porque la misma cuestión –plazos aplicables a la instancia de apelación en los procesos sumarísimos- fue fallada, de modo opuesto, por las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones local y la Cámara del Interior –Sala II-.

Al respecto no puede soslayarse que el motivo que viene en tratamiento, activa una de las funciones para las que ha sido instaurado el recurso de casación: la uniformadora.

Ello, “[...] como garantía positiva de certidumbre jurídica, es decir para evitar la inseguridad que crea la multiplicidad de interpretaciones de una misma norma legal” (cfr. HITTERS, Juan Carlos; Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, L.E.P., La Plata: 1998, pág. 160,



cit.).

En tal sentido, y efectuado el análisis de la normativa aplicable al caso, cabe reseñar los argumentos expuestos por las Salas de la Cámara de Apelaciones local a fin de establecer si ha existido contradicción entre la doctrina por ellas sentada y la fijada en autos por la Cámara del Interior –Sala II-.

Así, todas las Salas de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Neuquén se han expedido -en sus distintas composiciones-, en pos de que el plazo para apelar que rige en los procesos sumarísimos es de cinco días.

Ello así, por cuanto consideran que el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C. y C. que regula el trámite de ese tipo de procesos -que versa: “[...] Todos los plazos serán de dos días, salvo el de contestación de la demanda que será de cinco días y el de prueba, que fijará el juez”-, solo regla el procedimiento de la primera instancia; debiendo regirse la cuestión por las normas específicas en la materia, en lo que a las normas procedimentales de las instancias superiores se refiere –esto es, a las propias del recurso de apelación-.

Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Interior, entiende que en los autos de marras corresponde aplicar la norma contenida en el artículo 498 del Ritual.

Para ello, argumenta que la disposición mencionada reviste el carácter de “norma especial” y, por ende, predomina por sobre el artículo 246 del C.P.C. y C., de carácter genérico para las apelaciones en relación.

A tales efectos, se hace eco de la postura asumida por los tribunales bonaerenses frente a idéntico interrogante, en virtud de la similitud que el texto normativo ritual de esa provincia guarda con el aquí analizado -Art. 496, inciso 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, que reza: “Todos los plazos serán de dos días, salvo el de contestación de la demanda que será de cinco días y el de prueba, que fijará el juez”.

En esa faena, alude a la disposición contenida en el artículo 244 del C.P.C. y C. de Neuquén, que establece que “No habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar será de cinco días” –igual al Art. 244 de su par bonaerense-.

Y concluye que ante la equivalencia de situaciones es de aplicación la abundante jurisprudencia de los tribunales de la Provincia de Buenos Aires, donde se ha dicho que si bien el artículo 246 del C.P.C. y C. no contiene la salvedad del texto legal citado precedentemente acerca de “disposiciones en contrario”, el plazo para fundar el recurso de apelación en estos procesos es de dos días, ya que es la única interpretación congruente con el sistema que presenta el cuerpo normativo en orden a la abreviación de plazos y a la celeridad que tuvo en cuenta para regularlos.

Por último, refiere que ese es el criterio seguido por la otrora Cámara de Apelaciones de San Martín de los Andes y que –tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, las razones de seguridad jurídica que fundamentan la perentoriedad de los plazos impiden considerar que el sometimiento a ellos sea susceptible de constituir un exceso ritual.

Sentado lo que antecede y no obstante entender, en virtud de las razones expuestas en el considerando III, que se encuentra sellada la suerte adversa de la pretensión de la recurrente, a los efectos de cumplir con la función uniformadora que le compete a este Cuerpo, cabe fijar posición – en virtud de los fundamentos vertidos en el presente- en el sentido de que el plazo aplicable a la interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días.

V. Con relación a la tercera cuestión planteada, sin costas en esta etapa atento la ausencia de contradictorio (Arts. 68 – 2do. párrafo – del C.P.C. y C. y 12, Ley 1.406).

VI. Que con arreglo al criterio expuesto corresponde declarar improcedente el remedio intentado por SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. y confirmar la sentencia recurrida, debiendo devolverse los autos al Juzgado de origen a fin de que retome las actuaciones y continúe el trámite de la causa según su estado.

En virtud de todas las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Declarar IMPROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la recurrente SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. a fs. 42/49vta. y confirmar la sentencia de fs. 32/36, en todas sus partes. 2) Sin costas en esta etapa, atento lo considerando en el punto V. 3) UNIFICAR la jurisprudencia fijando posición en el sentido de que el plazo aplicable a la interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días. 4) Disponer la pérdida del depósito efectuado a fs. 40 y 62 a la parte recurrente. MI VOTO.

El señor vocal doctor, RICARDO T. KOHON, dijo: Adhiero a lo manifestado por el doctor OSCAR E. MASSEI, votando en consecuencia en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la recurrente a fs. 42/49 vta. –SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A.-, en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente pronunciamiento, confirmándose, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales –Sala II-, obrante a fs. 32/36, debiendo devolverse los autos al Juzgado de origen, a fin de que retome las actuaciones y continúe el trámite de la causa según su estado. 2°) UNIFICAR la jurisprudencia fijando posición en el sentido de que el plazo aplicable a la interposición,



fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días. 3º) Sin costas en esta etapa, atento lo considerado en el punto V. (Arts. 68, 2º apartado, del C.P.C. y C. y 12º de la Ley Casatoria). 4º) Disponer la pérdida del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 40 y 62, conforme a lo establecido por el Art. 10 de la Ley N° 1.406, dándosele el destino establecido por la Ley 1.971. 5º) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI Vocal

DRA. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"LUCHINO LUCIANO OSMAR S/ HOMICIDIO CULPOSO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal –  
(Expte.: 17883/2016) – Acuerdo: 19-16 – Fecha: 24/11/2016

DERECHO PENAL: Impugnación extraordinaria.

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA. DECISIONES IMPUGNABLES. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. HOMICIDIO CULPOSO. PLURALIDAD DE VICTIMAS. OPOSICION FISCAL. RAZONABILIDAD DE LA OPOSICION. PAUTAS DE POLITICA CRIMINAL. DECISIONES JUDICIALES. DEBIDA FUNDAMENTACION.

1.- Como lo expresó nuestro Címero Tribunal Nacional en esa última sentencia (Fallos 320:1919, "Menna, Luis s/ Recurso de Queja), aun cuando la decisión que concede la suspensión del juicio a prueba no esté mencionada como hipótesis recursiva en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación, dicha decisión es susceptible ser impugnada "...al tratarse de una resolución equiparable a definitiva, puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. Ello es así dado que la citada decisión impide que el proceso continúe hasta el dictado de la sentencia definitiva, con la consecuencia de que se extinguirá la acción penal al cumplirse las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del citado art. 76 ter...". De allí que lo decidido resulte susceptible de ser encuadrado en el concepto de "auto procesal importante", en los términos del artículo 233 del C.P.P.N. (Del voto de la Dra. GENNARI, en mayoría).

2.- [...] el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 233, determina que en el tópico de la suspensión del juicio a prueba sólo resulta impugnabile la decisión que deniega ese derecho (cfr. art. 233 del C.P.P.N.). En efecto: el Legislador desechó del catálogo de decisiones impugnables, de un modo consciente y explícito, la facultad de impugnar los pronunciamientos judiciales que resuelven otorgar la Suspensión del Juicio a Prueba establecido en el artículo 108 del C.P.P.N. Afirmando que esa exclusión es evidente pues en los casos en los que ha querido consagrar el recurso a todo pronunciamiento posible en una determinada materia, así lo ha hecho (por ejemplo, en los casos de las medidas de coerción). (Disidencia parcial del Dr. ELOSÚ LARUMBE, en minoría).

3.- Procede declarar la nulidad de la resolución del Tribunal de Impugnación quien revocó (por mayoría de votos) el pronunciamiento dictado por el Juez de Garantías y por lo tanto le otorgó al encausado la suspensión del juicio a prueba, toda vez que no es dable tachar de "irrazonable" a la oposición de la Fiscalía a la suspensión del juicio a prueba. Ello es así, pues tal como la Fiscal Jefe de la Unidad



Operativa de la III Circunscripción expuso ante los magistrados revisores (en coincidencia con lo aducido por el Fiscal de Caso ante el Juez de Garantías) era criterio de aquel Ministerio –como pauta integradora de su política de persecución penal- oponerse a la suspensión del juicio a prueba, básicamente, en los casos de homicidios culposos en los que hubiera multiplicidad de infracciones a la ley de tránsito y que hubieren generado pluralidad de víctimas. Por lo tanto, aquel argumento –irrazonabilidad de la oposición de la fiscalía- no resulta homologable ya que la mera referencia a un presunto número de legajos en que se concedió la suspensión del juicio a prueba con la conformidad de la Fiscalía, sin la debida constatación o corroboración de parte de los jueces de que efectivamente se trate de supuestos “tanto o más graves que éste” no hace a la debida fundamentación que requiere un pronunciamiento judicial. Consiguientemente, la tacha de “irrazonable” del criterio aplicado por la Fiscalía, cuando éste tiene pleno ajuste a una política de persecución penal debidamente explicitada, se traduce en una afirmación dogmática de los magistrados revisores que perjudica la validez constitucional de ese pronunciamiento.

4.- A los fundamentos ya expuestos, que de por sí conducirían a la descalificación del decisorio como acto jurisdiccional válido, agregó que no advierte opiniones sustancialmente coincidentes en el voto mayoritario en torno a otro de los puntos abordados en el fallo, referido al modo en que debe interpretarse la intensidad de la pretensión punitiva del Fiscal a la luz de las pautas establecidas en el Acuerdo n° 9/2015 de este Tribunal Superior (“Temux”). Ello así, dentro del mismo voto mayoritario, mientras que para uno de los magistrados la aspiración de la Fiscalía a una pena de ejecución condicional -con abstracción del monto de la pena de inhabilitación- deja ausente de fundamento la oposición de ese Ministerio Público, para el otro judicante ello no sería un factor por sí excluyente y podría sustentarse en la existencia de los requisitos que hicieren posible justificar su negativa a la probation. En tales condiciones, no advierte una mayoría absoluta de opiniones con fundamentos concordantes relativas a esta particular cuestión. Atento que la sentencia debe entenderse como una unidad lógico-jurídica que requiere mayoría de opiniones no sólo de su parte dispositiva, sino también de su motivación (C.S.J.N., Fallos 316:609 y 339:873, entre otros), la circunstancia aquí advertida importa un quebrantamiento a dicha doctrina.

**Texto completo:**

ACUERDO Nro. 19/2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticuatro (24) días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por sus titulares, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI y el Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE junto al señor Presidente del Cuerpo, Dr. EVALDO D. MOYA y con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados: “LUCHINO LUCIANO OSMAR S/ HOMICIDIO CULPOSO” (MPFJU LEG. 17883 año 2016).

**ANTECEDENTES:**

I.- El Juez de Garantías, Dr. Nazareno Eulogio, rechazó la suspensión del juicio a prueba requerida por la Defensa Oficial a favor del imputado Luciano Osmar Luchino (fs. 1/4).

En contra de esa decisión, esa misma parte dedujo impugnación ordinaria.

El Tribunal de Impugnación, integrado al efecto con la Dra. Liliana Deiub y los Dres. Héctor Rimaro y Daniel Varessio, revocó (por mayoría de votos) el pronunciamiento dictado por el Juez de Garantías y le otorgó al encausado tal suspensión, la que fue supeditada al cumplimiento de las obligaciones que se determinen en la instancia (fs. 21/2).

Disconformes, la parte querellante y el Ministerio Público Fiscal dedujeron las impugnaciones extraordinarias que aquí penden de decisión (cfr. fs. 23/7 y 28/35 vta.).

La Querrela encauzó sus agravios por los dos primeros carriles del artículo 248 del Código Adjetivo. No obstante, el contenido del escrito no



individualiza separadamente esos motivos y afirma, como única razón de acudimiento a esta instancia, una supuesta “arbitrariedad de sentencia”. Básicamente, entiende que la decisión que dio curso favorable a la suspensión del proceso a prueba sin tomar en cuenta la postura negativa del Ministerio Público Fiscal desatiende el carácter vinculante que tiene la posición de ese Ministerio Público, lo que implica una interpretación del a quo que desnaturaliza el artículo 108 del Código Adjetivo.

El voto mayoritario del Tribunal de Impugnación, no obstante reconocer ese escollo legal, expresó que tal oposición no tenía aptitud suficiente para limitar el otorgamiento de la probation a favor del imputado, por sustentarse en un dictamen infundado e irrazonable. Sin embargo -dice la Querella- los argumentos expuestos para afirmar dicho déficit resultan caprichosos e infundados.

En este sentido, si bien el voto mayoritario funda su argumento en que la Fiscalía y la Querella no mencionaron la posibilidad de aplicar una pena de prisión efectiva, soslaya que esa Querella todavía no fijó posición en cuanto a la pretensión punitiva por no haberse arribado el momento procesal para ello.

De igual modo, también sería infundada la achacada falta de razonabilidad de la oposición Fiscal, pues ese Ministerio lo sustentó no sólo en la gravedad del hecho, sino también en criterios de política criminal y en las particulares aristas que exhibe el caso.

Finalmente, estima que la finalización del trámite bajo este medio afecta la tutela judicial efectiva de la víctima, en tanto niega la posibilidad de acceder a un juicio oral y público que permita conocer la verdad de lo acontecido y la determinación de responsabilidad del imputado.

Hizo reserva del caso federal.

Por su parte, el señor Fiscal General, Dr. José Gerez, acudió a esta instancia extraordinaria bajo la segunda hipótesis del artículo 248 del Código Procesal Penal.

Denuncia una extralimitación del tribunal revisor, en tanto el hecho de no compartir determinado criterio jurídico -como lo expresa el Dr. Rimaro en el voto inaugural- no resulta suficiente para invalidar el decisorio por una alegada falta de motivación.

En contrapunto con la ausencia de razonabilidad que expresa el fallo apelado, afirma que ese Ministerio Público “...en la audiencia del día 8 de junio, en forma absolutamente fundada se ha opuesto a la concesión de la Suspensión del Juicio a Prueba solicitada por la Defensa del imputado, en función de la gravedad del hecho atribuido a Luciano Luchino, quien efectuó una maniobra de sobrepaso en un lugar donde había doble línea amarilla, en exceso de velocidad y con graduación alcohólica en sangre superior a la permitida. La consecuencia de ello fue la muerte de dos personas. Tal como sostuvo el fiscal del caso, el MPF pretende la aplicación de la inhabilitación prevista en el artículo 84 del Código Penal, esto por un lapso de entre 5 y 10 años, lo cual no podría concretarse si se otorga la Suspensión de Juicio a Prueba, que tiene como límite máximo tres años. Otro argumento del fiscal para fundar su postura ha sido la oposición de los familiares de una de las víctimas, teniendo en cuenta los derechos que el nuevo ordenamiento procesal les reconoce...”.

Según el recurrente, dichas razones se exhibían como suficientes para oponerse a la suspensión del juicio a prueba, lo que debió ser atendido en la instancia conforme lo reglado en el art. 108 del Código Procesal Penal y art. 76 bis, 4º párrafo del Código Penal.

Estima que la suspensión del juicio a prueba es un modo de disponer de la acción penal y el Ministerio Público Fiscal es quien tiene la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses de la comunicada, compitiéndole en consecuencia el ejercicio de la acción en los delitos de acción pública como el presente.

Dice que tampoco podría fundarse esa falta de razonabilidad (como lo hicieron los magistrados que conformaron el voto mayoritario) con base en que en otros legajos -por ese mismo delito- accedieron a la concesión de la probation, pues cada caso es muy distinto a otro más allá de la misma calificación legal y que, en este caso, se han dado razones suficientes de esa oposición.

Sostiene que aun cuando la negativa Fiscal no hubiere tenido base en la aspiración a una pena carcelaria de efectivo cumplimiento esto no quiere decir que una vez llevado adelante el juicio, dicha hipótesis no suceda. La no mención de ello no habilita a los jueces a suponer que la pena será de cumplimiento condicional y por tanto la concesión, desde aquella perspectiva, también es infundada.

II.- En fecha 13 de octubre del corriente año se llevó a cabo la audiencia para la ampliación y refutación de argumentos, ocasión en que las partes acusadoras desarrollaron sus agravios de un modo plenamente coincidente al de los escritos de formalización.

Tales censuras fueron contestadas, a su turno, por el señor Defensor General, quien argumentó, en primer lugar, que no están dadas las condiciones de impugnabilidad objetiva.

Esto lo dice, porque ni el Ministerio Público Fiscal ni la Querella están habilitados en el nuevo Código Adjetivo para recurrir ese tipo de decisión. En abono de esta tesitura, sostiene que el artículo 233 del C.P.P.N. prevé como única decisión impugnabile en este tópico la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, pero no la que accede a ese derecho.

Dijo además que la Querella no explicó qué normas constitucionales se violentan ni tampoco mencionó qué inciso del artículo 248 es procedente en este caso. Tampoco argumentó por qué la resolución recurrida viola los principios del proceso acusatorio ni por qué es arbitraria.

Entiende que si esa parte aducía que iba a solicitar una pena de ejecución efectiva, lo lógico era que lo hubiere manifestado en el momento en que se discutió la aplicación de este instituto ante el Juez de Garantías y no lo hizo.

En cuanto a la Fiscalía, ésta debió haber dado motivos razonables para decir por qué no era viable la suspensión del juicio a prueba, pero no lo





argumentó.

Estima que dicha pretensión no puede ser vinculante.

Concluye en que la aplicación de este instituto deviene manifiestamente razonable ya que se verifican plenamente las condiciones de procedencia y por tanto, la oposición de la Fiscalía resultaba evidentemente irrazonable, tal como lo sostuvo el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación.

III.- Pasados los titulares de la Sala Penal a deliberar en sesión secreta, se constató la ausencia de opiniones plenamente coincidentes en algunos de los temas a decidir, por lo cual se convocó al señor Presidente del Cuerpo, Dr. Evaldo Moya; quien previo a terciar en el asunto tuvo acceso pleno al contenido de las audiencias y a las demás constancias del legajo (art. 4º, 1º párrafo, segunda oración del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia [Acuerdo 4464, pto. XIII; modificado por Acuerdos 4473, pto. XXXX y 4877, pto. 8º]).

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. María Soledad Gennari, Dr. Alfredo Elosú Larumbe y Dr. Evaldo D. Moya.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES. 1º) Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?, 2º) ¿Son procedentes las mismas?, 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?, y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: los escritos que corren agregados a fs. 23/27 y 28/35 vta. fueron presentados en término, por quienes se encuentran legitimados para ello y ante el órgano administrativo encargado de su recepción.

Asimismo, la decisión apelada resulta equiparable a sentencia definitiva conforme a un reiterado criterio de este Tribunal en múltiples precedentes, aún bajo la vigencia de este novel Código Adjetivo (vgr. R.I. n° 112/2014, rta. el 5/11/2014, “Dra. Nara Osés y Dra. Silvia Acevedo s/ Recurso de Queja...”).

Ello, en consonancia con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que efectuó de manera expresa esa equiparación (cfr. C.S.J.N., Fallos 320:1919, “Menna, Luis s/ Recurso de Queja”).

Como lo expresó nuestro Címero Tribunal Nacional en esa última sentencia, aun cuando la decisión que concede la suspensión del juicio a prueba no esté mencionada como hipótesis recursiva en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación, dicha decisión es susceptible ser impugnada “...al tratarse de una resolución equiparable a definitiva, puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. Ello es así dado que la citada decisión impide que el proceso continúe hasta el dictado de la sentencia definitiva, con la consecuencia de que se extinguirá la acción penal al cumplirse las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del citado art. 76 ter...”. De allí que lo decidido resulte susceptible de ser encuadrado en el concepto de “auto procesal importante”, en los términos del artículo 233 del C.P.P.N.

Obviamente, quienes pueden contar con esa facultad impugnativa son las partes que aquí apelan, a quienes no se les puede coartar esa atribución por la ausencia de una mención expresa en los artículos que refieren a su legitimación subjetiva (art. 240 y 241 del C.P.P.N.).

Establecido entonces tal derecho subjetivo, los agravios comunes que ellos contienen (me refiero, concretamente a los que sustentan la alegada “arbitrariedad de sentencia”) resultan captables dentro del supuesto previsto en el artículo 248, inciso 2º del C.P.P.N.

Ello así pues si bien las cuestiones de hecho y prueba o de derecho común son ajenas a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y por consiguiente no cuadran, por regla, en la norma local referida en el párrafo anterior), no es menos exacto que el reclamo de los apelantes se sustenta en supuestos de arbitrariedad normativa que llevaría –siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto éste que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental y que no puede ser descartado a priori en esta fase del análisis.

Los demás motivos que complementan por separado cada uno de los recursos son, a mi modo de ver, inadmisibles. Me explico:

El primer andarivel del artículo 248 del C.P.P.N. que menciona la Querrela (cfr. fs. 23) se vincula con lo que antiguamente se denominaba “Recurso de Inconstitucionalidad”, lo que era viable frente al agravio proveniente de la forma de interpretar la Constitución, dando preferencia a una ley, ordenanza, decreto o reglamento en perjuicio de un derecho que aquélla estableció y que se ha desconocido (cfr. art. 432 del C.P.P., en su versión anterior).

Esta hipótesis resulta manifiestamente impróspera en el caso de autos, en tanto la letrada de la parte querellante no tachó de inconstitucionales las normas que rigen el caso ni explicó mínimamente las razones fundantes de ese motivo de acudimiento.

Lo mismo ocurre con la alegada “gravedad institucional” pregonada por el Ministerio Público Fiscal, pues no excede el interés de las partes ni atañe de modo directo a la comunidad. Ello así en tanto lo debatido no traspasa la esfera del derecho común ni afecta de modo generalizado la administración de justicia (cfr. C.S.J.N. Fallos 300:1301 y 302:795, entre otros).

Creo entonces haber fundado las razones por las cuales los escritos recursivos –sólo en lo que hace a la alegada “arbitrariedad de sentencia”- son captables, desde un plano formal, en la hipótesis contemplada en el artículo 248 inc. 2º del Código Procesal Penal.

Lo dicho, sin abrir juicio sobre el fondo del asunto, lo que sería materia de análisis en la siguiente cuestión. Tal es mi voto.

El Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: disiento con la solución a la que arriba la señora Vocal preopinante, en tanto estimo que ninguno de





los dos recursos supera el valladar de la impugnabilidad objetiva que establece nuestro Código Adjetivo.

El derecho a impugnar es el poder jurídico formal otorgado a un sujeto procesal para deducir el recurso, lo cual supone: a) que la resolución resulte atacable por vía de impugnación (ordinaria o extraordinaria); y b) que esa parte esté legitimada para recurrir, por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para hacerlo con relación al gravamen que la resolución le ocasiona.

Dicha premisa tiene atingencia en el principio general del artículo 227 del Código Adjetivo, mediante el cual se establece que “Las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas...”.

Conjugando estos dos conceptos, el recurso sólo será procedente cuando la ley expresamente lo establece, lo que no es otra cosa que el principio de taxatividad (cfr. Cafferata Nores, José I.; Tarditti, Aída “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado”, Editorial Mediterránea, Tomo 2, pág. 357), el cual además ha sido acuñado por este Tribunal Superior en multitud de precedentes. Sólo para nombrar los más recientes: R.I. n° 67/2014, de fecha 04/06/2014 “Castillo, Matías Rubén – Rodríguez, José Luis s/ Homicidio”; R.I. n° 114/2014, de fecha 14/11/2014, “Sandoval, Marcos – Vega, Ariel Santos s/ estafa”; R.I. n° 15/2015, de fecha 13/03/2015 “Hermosilla, Andrés Paulino y otros s/ Homicidio calificado; R.I. n° 136/2016, del 24/10/2016, “Castillo, Noelia Clelia s/ Dcia. Abuso Sexual, entre otros.

Bajo ese marco, me alejo del criterio fijado en el voto que abre este Acuerdo (y por ende de los antecedentes jurisprudenciales bajo los cuales sustenta su posición) en tanto el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 233, determina que en el tópico de la suspensión del juicio a prueba sólo resulta impugnabile la decisión que deniega ese derecho (cfr. art. 233 del C.P.P.N.).

En efecto: el Legislador desechó del catálogo de decisiones impugnables, de un modo consciente y explícito, la facultad de impugnar los pronunciamientos judiciales que resuelven otorgar la Suspensión del Juicio a Prueba establecido en el artículo 108 del C.P.P.N.

Afirmo que esa exclusión es evidente pues en los casos en los que ha querido consagrar el recurso a todo pronunciamiento posible en una determinada materia, así lo ha hecho (por ejemplo, en los casos de las medidas de coerción).

Para graficar mejor este aserto transcribo el texto en su parte pertinente:

“...Decisiones impugnables: Serán impugnables [...] la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; la decisión que imponga, mantenga o rechace una medida de coerción...”.

Este concepto resulta reafirmado, incluso, en el artículo 235 del C.P.P.N., que bajo el título “...suspensión del proceso”, prevé como decisiones impugnables (en torno a este instituto) sólo las “que rechacen la suspensión del proceso a prueba...”.

Tal exégesis gramatical, por no exigir mayores esfuerzos interpretativos genera su directa aplicación al caso, pues resulta adecuado dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común, o bien el sentido más obvio al entendimiento también corriente (C.S.J.N., Fallos 308:1745; 320:2145; 302:429; 320:2649 y 324:3345, entre otros).

No puede suponerse que esta cuestión resultó un olvido o un error de tipo normativo, ya que es clara la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador no se presumen (C.S.J.N., Fallos 316:1321).

Tampoco estos recursos podrían encuadrarse en la última hipótesis del citado artículo 233 (en referencia a “...todos los autos procesales importantes...”), pues además de no respetar la voluntad del legislador, subvierte la necesaria correlación que debe existir entre las decisiones impugnables (impugnabilidad objetiva) y el derecho especialmente acordado por la ley a cada sujeto del proceso (impugnabilidad subjetiva).

Tengo dicho en torno a esto último que “...desde el punto de vista gramatical, no existe ninguna posibilidad de relacionar a los ‘autos procesales importantes’ con alguna de las autorizaciones para impugnar que los arts. 240 y 241 ponen en cabeza de la querrela y la fiscalía. En virtud de ello, debe afirmarse con absoluto énfasis que las partes acusadoras no poseen legitimación subjetiva para impugnar a través de esta vía...” (cfr. “El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio”, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2015, págs. 106 y ss).

Si bien es cierto que dentro del catálogo de los pronunciamientos impugnables por el imputado están también ausentes los llamados “autos procesales importantes”, es evidente que ello debe conjugarse con el artículo 23 del Rito Local, por el cual se establece que “Todas las normas que coarten la libertad del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos se interpretarán restrictivamente...”. Así entonces, a fuerza de no incurrir en una analogía in malam partem, debe interpretarse que ese derecho recursivo se proyecta, de manera exclusiva, a favor del imputado.

La asimetría impugnativa que vengo sosteniendo en este punto se vuelve aún más evidente al confrontar la sistemática del Código Procesal ya derogado y el actual. En efecto: el Código anterior establecía que el derecho a recurrir correspondía a quien le sea expresamente acordado siempre que tuviera un interés directo, agregando inmediatamente después que cuando la ley no distinguía entre las diversas partes el derecho pertenecía a todas (cfr. art. 392 CPPC, L. 1677 y modificatorias).

Este nuevo ordenamiento, en cambio, ha suprimido ese derecho genérico e instaura un sistema de “legitimación expresa y taxativa” para impugnar en el cual, como reza el principio rector del art. 227, el derecho a impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea “expresamente” acordado (cfr. Elosú Larumbe, op. cit., pág. 106 y ss.).

Establecido entonces que el Legislador local ha querido acotar sustancialmente las facultades del recurso en el plano de la probation, al consagrarlo sólo para los casos de denegación, resta determinar si ello supera el test de constitucionalidad.

Sobre ello, la respuesta positiva se impone conforme a los lineamientos dados por nuestro Címero Tribunal Nacional al sostener que “...el Estado



–titular de la acción penal- puede autolimitar el ius perseguendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación. En tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley penal le concede. Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público [...] en la medida que, en las particulares circunstancias del sub lite, no se ha demostrado que se haya afectado la validez de otras normas constitucionales...” (cfr. C.S.J.N., Fallos 320:2145, “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación”). Recordándose además que esta tesis se mantuvo inalterada cuando se discutió el derecho recursivo de la Querrela (C.S.J.N., Fallos 324:3269 “Mainhard, Edgar Walter s/ recurso de casación”).

Concluyo así, que los recursos introducidos por los acusadores en contra del auto que otorga la Suspensión del Juicio a Prueba devienen inadmisibles por carecer de impugnabilidad objetiva, de acuerdo al texto expreso de la ley. Tal es mi voto.

El Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: adhiero a la solución que postula la señora Vocal de la Sala Penal, Dra. María Soledad Gennari.

Existe una identidad incuestionable entre los autos equiparables a definitivos y los autos procesales importantes. Ello se explica en que, si determinadas decisiones no tuvieran cierta gravitación para asimilarlos a una sentencia definitiva, no se los podría catalogar como “importantes”.

De modo contrario, si tienen aptitud, como lo es, para referir a este caso particular, para generar los factores necesarios para tender a la extinción de la acción penal, necesariamente deben reputárselos “importantes”.

Tal como señaló la Dra. Gennari en su voto, existe Jurisprudencia de nuestro Címero Tribunal Nacional que efectúa claramente esa asimilación (C.S.J.N., Fallos 320:1919).

En efecto: a modo de complemento de la transliteración hecha por la señora Vocal ponente, se ha dicho allí que “La resolución que hace lugar a la suspensión del proceso a prueba [...] es susceptible de ser recurrida mediante el recurso de casación [...] al tratarse de una resolución equiparable a definitiva, puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. En efecto, conforme a dicha disposición son recurribles por vía de casación los autos que pongan fin a la acción, y el instituto de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, ter y quater, y remisión al art. 27 bis, todos del Código Procesal Penal) implica, justamente, que no continúe la tramitación del proceso si se cumplen determinadas condiciones, por lo que constituye, aun condicionalmente, un medio de extinción del proceso. El gravamen para el Ministerio Público es, pues, evidente, ya que de darse esas condiciones no tendría ninguna oportunidad posterior para hacer valer las razones que sustentan su recurso...”.

Tal criterio fue aplicado por esta Sala Penal a partir del precedente “Morales, Luis Onofre s/ Hurto Impropio (expte. 411/1998 del registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal del T.S.J) y continuó de manera invariable hasta la fecha (R.I. n° 5/2012 del 14/02/12 “Loholaberrí, Hugo Luis s/ Lesiones Graves con armas en exceso de la legítima defensa – De Benedetti, Diego s/ Amenazas con armas” [exte. 48/2011]; R.I. n° 6/2012 “Prieto, Gerardo Carlos Eduardo s/ Lesiones con arma de fuego”; Acuerdo n° 140/2013 “Hernández, Luciano Fabián s/ Robo simple”, entre otros).

Por otra parte, la doctrina más peraltada en el tópico de los recursos también efectúa esa asimilación: “...Contra la suspensión procede también el recurso de casación. Si bien no se trata de sentencia definitiva ni extingue la acción o la pena, tiende a extinguirlas iniciando una etapa que, si se cumplen las condiciones, se extinguirá la acción penal (art. 76 ter del Código Penal). Si así no fuera, el recurso procedería contra el auto que así lo declare al término de la prueba, para examinar retroactivamente la legalidad de ésta. Por eso el recurso debe proceder ab initio. El recurso procede tanto contra el auto que concede la suspensión del juicio a prueba (recurso del ministerio fiscal) como del que la deniega (recurso del imputado)...” (cfr. De la Rúa, Fernando “La Casación Penal”, ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág.

Esa incardinación tiene base actual, no sólo en la doctrina de la Corte Suprema, sino también en la letra del artículo 233 del C.P.P.N., en cuanto dispone la facultad de recurrir “...todos los autos procesales importantes...”.

La asimilación antes mencionada tuvo una respuesta favorable de esta Sala Penal en casos análogos al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal.

Prueba de ello es la R.I. n° 85/2014 (Dr. JORGE RAMIRO AMAYA S/ RECURSO DE QUEJA POR DENEGACIÓN DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA...”), en donde se dijo que “...no otra puede ser la inteligencia asignada al art. 233 del código adjetivo, por cuanto si bien es cierto que la norma se refiere expresamente a la posibilidad de impugnar ‘la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba’, no puede soslayarse que la misma extiende la vía recursiva a ‘todos los autos procesales importantes’, entre los que, por los motivos resaltados en el párrafo anterior, debe incluirse al instituto en cuestión...”.

Ahora bien: el señor Vocal que sufragó en segundo término estimó que la única parte con facultades recursivas mediante esta vía es el imputado. Para ello, correlaciona el artículo 233 ya citado con el catálogo de decisiones posibles de ser recurridas por la Querrela y por la Fiscalía (arts. 240 y 241 del C.P.P.N.), concluyendo así que se encuentra ausente tal hipótesis de acudimiento.

Me permito discrepar muy respetuosamente con dicha postura, ya que el artículo 239 del Código Adjetivo, al enumerar las decisiones que legitiman al recurso del imputado, tampoco hace alusión a los llamados “autos procesales importantes”; por lo que esa comparación o cotejo de normas no resulta una razón suficiente para desconocer una facultad que tiene además un reconocimiento expreso de nuestro Címero Tribunal Nacional.



Ese camino, a mi modo de ver, podrá ser transitado por cualquiera de las partes que actúan en el proceso, ya que las pautas exegéticas más elementales desaconsejan distinguir donde la ley no distingue (C.S.J.N., Fallos 337:567; 338:1344, entre otros), lo que también se complementa con una conocida doctrina de nuestra Corte Suprema, al referir que “La garantía de defensa en juicio en materia penal, no se reduce al otorgamiento de facultades por el ejercicio de poder de defensa, sino que se extiende –según los casos- a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor” (C.S.J.N., Fallos 308:1557; 319:617 y 333:1891, entre muchos otros).

Por lo demás, el reconocimiento de la garantía que protege contra la analogía *in malam partem* (art. 23 del C.P.P.N.) no debiera interpretarse, a mi juicio, como una manda que habilite a la supresión de un derecho recursivo para los demás intervinientes en el proceso, el cual se encuentra objetivamente establecido, sin distinción de partes, en la norma ritual.

En vista de todo lo expuesto y tal como anticipé, adhiero al razonamiento y a la solución propiciada por quien abre este Acuerdo. Mi voto.

A la segunda cuestión, la DRA. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: al haberse establecido por mayoría de votos la procedencia formal de los recursos presentados, corresponde analizar los planteos desde el plano sustancial.

Para ello corresponde recordar: a) cuáles han sido los argumentos del Juez de Garantías para denegar el beneficio requerido; y b) qué razones dieron los jueces revisores para revocar aquella decisión.

El Juez de Garantías, Dr. Nazareno Eulogio, rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la Defensa a favor del imputado Luciano Osmar Luchino en los siguientes términos:

“...entiendo que la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, en consonancia con lo establecido en los fallos ‘Norverto’ y ‘Acosta’ [de la C.S.J.N.] puede concederse aun cuando haya pena de inhabilitación. Pero lo que aquí se discute no es que se pueda o no aplicar la suspensión del juicio a prueba porque tenga prevista una pena de inhabilitación como pena conjunta a la prisión, sino que el fiscal pretende como titular de la acción penal [...] una pena de inhabilitación cercana a los diez años [...] Dio razones de porqué tenía una expectativa de pena tan alta y las reseño: [...] Dijo que hubo una conducción imprudente manejando con alrededor de 0,9 gramos de alcohol por litro de sangre, desobedeció la prohibición de adelantamiento, cuando había doble línea amarilla y que por último circulaba en una velocidad prohibida de 95 km. por hora por una ruta que atravesaba el ejido municipal [...] sumado a la gravedad del hecho, que ocasionó la muerte de dos víctimas, las cuales se conducían en otro vehículo le permitirían dar fundamento para pretender esa pena que mencionó. También explicó [...] que ha evaluado las circunstancias particulares de este caso [...] que se ha acordado que cuando se trate de víctimas fatales que no sean parte de la familia, que no estén en el mismo vehículo y que se encuentren en una multiplicidad de infracciones a los deberes de cuidado se opondrían a la concesión de dicho beneficio [...] Luego de todo lo reseñado [...] a mi entender existe un requisito insalvable en este caso que no se encuentra cumplido que es el consentimiento del Fiscal. Entiendo que según lo normado por nuestro artículo 108, párrafo 4° [del C.P.P.N.] la procedencia de la suspensión del juicio a prueba requiere la conformidad del imputado y de la fiscalía. En este caso el imputado sí prestó conformidad pero no así la Fiscalía. Por ello debo analizar a continuación si dicha oposición de la Fiscalía se encuentra motivada y si es razonable, ya que tan sólo cuando sea irrazonable o carente de fundamentos podría apartarme de lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal. En este punto disiento con la Defensa en cuanto a que el pronunciamiento del Fiscal es un mero dictamen [...] Soy de la opinión que sólo puedo dejar de lado esa oposición de la Fiscalía si no está motivada o si es irrazonable [...] Los motivos expuestos por el Ministerio Público Fiscal dan sustento suficiente para no prestar conformidad en los términos del artículo 108 [...] esta oposición del Fiscal a mi entender es motivada y razonable...” (cfr. video de audiencia, minutos 3:35/9:42).

Recurrido este decisorio por la Defensa, el Tribunal de Impugnación (por mayoría de votos), en una extensa sentencia expuesta también de manera oral, revocó dicha decisión y otorgó por sí dicho beneficio (cfr. video de audiencia de fecha 03/08/16).

Para decidir de este modo, el voto mayoritario (conformado por el Dr. Rimaro y la Dra. Deiub) estimó correcta la exégesis efectuada por el a quo referida al carácter vinculante que tiene la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeto ello, claro está, al tamiz de la motivación y de la razonabilidad de ese dictamen, cuyo control se encuentra en manos de la magistratura (“...nadie pone en duda que tenga esa facultad [...] el problema finca en la razonabilidad...”, voto del Dr. Rimaro [video: 0:33’:15’’ y ss; “...más allá de estas pautas de política criminal que tiene la Fiscalía para reglamentar y disponer, ello no escapa a que los jueces tienen el control de legalidad y razonabilidad de dichas pautas...” [voto de la Dra. Deiub, ídem 1:11’:25’’ y ss]).

Sin embargo, una vez fijada esa premisa, se apartó de lo decidido por el magistrado de instancia al sostener que esa oposición –en este caso-, o bien se encuentra motivada pero no es razonable (voto del Dr. Rimaro, 0:39’:35’’), o directamente tiene una motivación aparente y no es razonable (voto de la Dra. Deiub, video 1:11’:55’’).

Los magistrados que conformaron esa mayoría fundaron su aserto, en prieta síntesis, en que las pautas de política criminal mencionadas por la Fiscalía para oponerse a la suspensión del juicio a prueba no tenían una claridad suficiente o no fueron aplicadas uniformemente en otros casos aún más graves.



En pos de sustentar dicha aseveración, adhirieron a ciertas afirmaciones de la Defensa, quien expresó que esa política de persecución Fiscal no era coherente con otros hechos de homicidio culposo ocurridos en esa Circunscripción Judicial, incluso aún más graves por tener un mayor número de víctimas (esto último, en referencia al caso “Berry”).

Lo evocó el Dr. Rimaro al compendiar los agravios de la Defensa Oficial (video, 0:12’:48’’ y ss), lo destacó implícitamente al referir la existencia de casos “tanto o más graves que éste” (ídem, 0:35’:50’’) y lo complementó la Dra. Deiub (video, 1:13’:28’’ a 1:13’:48’’).

Sentados así los fundamentos que motivan la intervención de esta Sala, adelanto que no comparto la tacha de “irrazonable” de la oposición de la Fiscalía a la suspensión del juicio a prueba por los motivos siguientes:

La Dra. Sandra González Taboada expuso ante los magistrados revisores (en coincidencia con lo aducido por el Fiscal de Caso ante el Juez de Garantías) que era criterio de aquel Ministerio –como pauta integradora de su política de persecución penal- oponerse a la suspensión del juicio a prueba, básicamente, en los casos de homicidios culposos en los que hubiera multiplicidad de infracciones a la ley de tránsito y que hubieren generado pluralidad de víctimas.

Los términos literales de esa explicación son los siguientes:

“...por política de persecución penal en la IV Circunscripción Judicial [...] en los supuestos culposos con pluralidad de víctimas en donde el conflicto es ajeno a los integrantes de la familia, es ajeno a relaciones de amistad con el imputado [...] donde se advierten pluralidad de infracciones reglamentarias y cuando las víctimas se encontraban transitando ajustadas a la normativa, el Ministerio Público siempre va a pretender una pena de inhabilitación superior [...] a los tres años y por lo tanto se veía obstaculizada la suspensión del juicio a prueba...” (cfr. video de fecha 01/08/16, parte 4-5, 17’:40’’ a 19’:03’’).

Obviamente, las condiciones fijadas en dicha política –al menos del modo en que fue expuesto por dicho Ministerio Público- debían hallarse presentes de forma conjunta para que derive en la falta de conformidad Fiscal.

El fallo del Tribunal de Impugnación no censuró tal criterio. Lo que sí hizo, fue cohesionar esas pautas y sugerir que en otros legajos se verificaron todas esas situaciones impeditivas y a pesar de ello la Fiscalía adoptó un criterio contrario, lo que dejaría a la negativa del Fiscal aquí plasmada ausente de toda claridad y razonabilidad.

El Dr. Rimaro lo expuso en su voto de esta forma: “...yo diría que ese criterio parece venir en otro sentido [...] ¿por qué digo esto? Porque reparo en que la defensa señaló que en esa IV Circunscripción Judicial hubo quince casos, tanto o más graves que éste, donde solamente en dos no hubo aquiescencia para la suspensión del juicio a prueba [...] Entonces, en realidad, al menos a mí, no me queda claro con las explicaciones de la señora Fiscal Jefe en la audiencia anterior, en qué se asienta esta política criminal. Ciertamente es que puede tener una razón de conveniencia, pero debe quedar claramente expresada [...] no se explica cuál es la conveniencia en este caso para proceder de una manera distinta...” (textual de la sentencia, el destacado me pertenece).

Aquel argumento no resulta homologable ya que la mera referencia a un presunto número de legajos en que se concedió la suspensión del juicio a prueba con la conformidad de la Fiscalía, sin la debida constatación o corroboración de parte de los jueces de que efectivamente se trate de supuestos “tanto o más graves que éste” no hace a la debida fundamentación que requiere un pronunciamiento judicial.

No resulta justificativo de su conclusión que lo hubiere alegado la Defensa sin que se hubiere registrado un debido rebatimiento por su contraparte (cfr. voto del Dr. Rimaro, video de la sentencia, 0:37’:27’’), pues “...es condición de los fallos judiciales que ellos sean fundados y constituyan derivación razonadas del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que no se da en el caso en que el pronunciamiento recurrido se encuentra sustentado en afirmaciones de las partes que no se desprenden de la causa...” C.S.J.N., Fallos 319:3353, con cita de Fallos 291:540; 235:387; 239:445, entre otros).

Este déficit se patentiza aún más cuando dicho magistrado tomó como ejemplo uno de esos casos, pues la supuesta contradicción en la política del Ministerio Público Fiscal la fundamentó desoyendo las propias condiciones que se habían explicado en la audiencia.

En efecto: dijo el Dr. Rimaro: “...se nos puso en conocimiento de un caso muy reciente, y repárese también con una arista bastante particular: un vehículo que embiste a un motociclista –acá las víctimas también circulaban en una motocicleta- y en aquel caso, más allá de que fue una sola víctima luctuosa, tenemos este agregado de abandono de persona...” (textual de la sentencia, video 0:37’:40’’ y ss).

De lo transcrito hasta aquí, surge evidente que el magistrado que sufragó en primer término tomó como base cierto parecido en cuanto al tipo de vehículos involucrados, aunque soslayando los requisitos básicos que debían comprobarse, como lo era la existencia de pluralidad de víctimas (que el propio magistrado niega al evocar el caso) y la pluralidad de infracciones al deber de cuidado (que no las enuncia en sus fundamentos).

En el mismo yerro incurre la Dra. Deiub al fundar su voto adhesivo al aludir al caso “Berry”.

Dijo al respecto: “...en este contexto y tal como se dijo anticipadamente, entiendo que estas pautas de política criminal que refirió la Dra. González Taboada [...] no resultan coherentes en todas las situaciones, o de alguna manera se puede decir que resultan ambivalentes en base a los mismos supuestos fácticos. En su momento, el Dr. Crespo en su escrito y presentación se refirió al precedente ‘Berry’ en un legajo de Villa La Angostura en el cual hubo siete fallecidos y cinco heridos, y en ese precedente se otorgó el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, obviamente con la voluntad del Fiscal para que se otorgara, con la conformidad del Fiscal...” (ídem, 1:13’:05’’ y ss).



Aquí también se toman parcialmente las pautas de política criminal, ya que dicha magistrada se centró en la cantidad de víctimas fatales que registraba aquel legajo, pero omitió expresar cuáles fueron las múltiples violaciones a la ley de tránsito que realizó el imputado, como forma de trazar una comparación completa.

Esta cuestión no resultaba para nada menor, ya que en el precedente evocado por la Dra. Deiub no se verificaron múltiples infracciones a la ley de tránsito. A modo de ejemplo, vale decir que Berry no condujo a una velocidad prohibida, no tenía alcohol en sangre, no hizo un sobrepaso en un lugar prohibido, etc.; por el contrario, lo que se le imputó fue no haber activado debidamente el freno de mano del vehículo cuando descendió del rodado, lo que constituyó una única conducta imprudente, con correlato en una sola infracción a la Ley de Tránsito (el art. 39, L. 24449).

En definitiva, dicha conclusión no sólo prescindió de las constancias propias de la causa sino que además soslayó hechos notorios de algunos de esos legajos que pretendió comparar.

Así entonces, la tacha de “irrazonable” del criterio aplicado por la Fiscalía, cuando éste tiene pleno ajuste a una política de persecución penal debidamente explicitada, se traduce en una afirmación dogmática de los magistrados revisores que perjudica la validez constitucional de ese pronunciamiento.

A los fundamentos ya expuestos, que de por sí conducirían a la descalificación del decisorio como acto jurisdiccional válido, agregó que no advierto opiniones sustancialmente coincidentes en el voto mayoritario en torno a otro de los puntos abordados en el fallo, referido al modo en que debe interpretarse la intensidad de la pretensión punitiva del Fiscal a la luz de las pautas establecidas en el Acuerdo n° 9/2015 de este Tribunal Superior (“Temux”).

En efecto: para la Dra. Deiub, como en aquel caso se instauró como doctrina el carácter vinculante de la oposición Fiscal a la suspensión del juicio a prueba cuando la pretensión punitiva del Fiscal (debidamente fundada) superaba los tres años de prisión, un razonamiento a fortiori llevaría a aceptar favorablemente esa suspensión cuando la pena carcelaria pretendida no fuere de efectivo cumplimiento, tal como ocurre en este caso (video, 1:12:17” a 1:12:

59”). No influyendo, de este modo, la pena de inhabilitación pretendida por tal Ministerio Público.

Para el Dr. Rimaro, por el contrario, la pretensión punitiva de una pena de inhabilitación mayor a tres años, sin el correlato de una pena carcelaria de tal envergadura, no restringe de plano la posibilidad de que la Fiscalía se oponga a la suspensión del Juicio a Prueba, pero esa negativa debe trasladarse a otros aspectos o sustentarse en requisitos que aquí sí estarían cumplidos (cfr. video de la sentencia, 0:44:50” a 0:45:31).

En definitiva, dentro del mismo voto mayoritario, mientras que para uno de los magistrados la aspiración de la Fiscalía a una pena de ejecución condicional -con abstracción del monto de la pena de inhabilitación- deja ausente de fundamento la oposición de ese Ministerio Público, para el otro judicante ello no sería un factor por sí excluyente y podría sustentarse en la existencia de los requisitos que hicieren posible justificar su negativa a la probation.

En tales condiciones, no advierto una mayoría absoluta de opiniones con fundamentos concordantes relativas a esta particular cuestión.

Atento que la sentencia debe entenderse como una unidad lógico-jurídica que requiere mayoría de opiniones no sólo de su parte dispositiva, sino también de su motivación (C.S.J.N., Fallos 316:609 y 339:873, entre otros), la circunstancia aquí advertida importa un quebrantamiento a dicha doctrina.

Tal como lo sostiene reiteradamente nuestro Címero Tribunal Nacional, no influye en que tal irregularidad no hubiere sido de agravio por parte de los recurrentes, pues el ejercicio de la facultad de la que este Tribunal hace uso se impone como un deber indeclinable a fin de preservar la mejor y más correcta administración de justicia (C.S.J.N. 339:873, con cita a Fallos 314:1846; 317:483; 318:1860; 319:623, entre otros).

En vista de lo expuesto hasta aquí, entiendo que debe hacerse lugar a los recursos articulados a fs. 23/27 y 28/35 en aquello que fuera formalmente admitido en el punto anterior. Tal es mi voto.

El Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: la procedencia formal de las impugnaciones articuladas en esta instancia, a partir del voto que hizo mayoría en la cuestión anterior, lleva a expedirme sobre el motivo sustancial de las mismas.

En tal sentido, adhiero a los fundamentos y solución que postula la señora Vocal preopinante a esta cuestión. Tal es mi voto.

El Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante, a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: al constatarse aquí la existencia de un caso de arbitrariedad subsumible en los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos análogos, el pronunciamiento no puede ser saneado de manera alguna (art. 96 del C.P.P.N.).

De allí que no hay, en rigor, una sentencia propiamente dicha (C.S.J.N., Fallos 339:930).

Entonces, a los fines de garantizar debidamente el derecho de la defensa a la revisión plena del auto dictado en la instancia de origen, corresponde el reenvío del legajo al Tribunal de Impugnación para que, con una nueva integración y previa audiencia, emita nuevo pronunciamiento conforme a derecho (art. 247 del C.P.P.N.).

El Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a estatercera cuestión. Mi voto.

El Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Adhiero a lo expresado por la Dra. María Soledad Gennari a esta tercera cuestión. Mi voto.





A la cuarta cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: atento la solución alcanzada, SIN COSTAS en la instancia (art. 268 del C.P.P.N.).

El Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante a esta cuarta cuestión. Tal es mi voto.

El Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Por compartir los fundamentos expuestos en el voto que abre este Acuerdo a esta última cuestión, me expido en igual sentido. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, por mayoría, SE RESUELVE: I.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLES y en forma parcial, los recursos de control extraordinario deducidos a fs. 23/7 y 28/35 vta. por la Querellante Margarita del Carmen Melo y el Ministerio Público Fiscal, respectivamente; sólo en lo que hace al motivo previsto en el artículo 248 inc. 2° del C.P.P.N. alegado en forma común por los apelantes.

II.- HACER LUGAR A DICHAS IMPUGNACIONES EXTRAORDINARIAS por los fundamentos expuestos en los considerandos (art. 248 inc. 2°, 249 y 247 del C.P.P.N.).

III.- DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia dictada el pasado 3 de agosto por el Tribunal de Impugnación y DISPONER EL REENVÍO del legajo a dicho órgano revisor para que, con nueva integración y previa audiencia dicte un nuevo fallo acorde a derecho (art. 98 ídem y normas citadas).

IV.- SIN COSTAS en la instancia (art. 268, 2° parte, del C.P.P.N.).

V.- NOTIFÍQUESE, regístrese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando la señora Magistrada y los señores Magistrados que integran la Sala Penal, previa ratificación del Actuario que certifica.

Dr. EVALDO DARÍO MOYA - Presidente. Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**“SEPULVEDA REBOLLEDO HERNAN ALVARO S/ INV. HOMICIDIO CULPOSO (VTMA. TEUSCHER MARIA TERESA)”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 56424/2015) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 29/11/2016

DERECHO PENAL: Impugnación extraordinaria.

SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA. RESOLUCION IMPUGNABLE. REGLAS DE CONDUCTA. INHABILITACION PARA CONDUCIR. MINISTERIO PUBLICO FISCAL. FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL. RECHAZO DEL RECURSO.

1.- La impugnación extraordinaria deducida por el Fiscal del Caso contra la resolución dictada por el Tribunal de Impugnación que concede la suspensión de juicio a prueba bajo las pautas de conducta ofrecidas por la Defensa es inadmisibles, pues el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 233, determina que en el tópic de la suspensión del juicio a prueba sólo resulta impugnables la decisión que deniega ese derecho (cfr. art. 233 del C.P.P.N.). En efecto: el Legislador desechó del catálogo de decisiones impugnables, de un modo consciente y explícito, la facultad de impugnar los pronunciamientos judiciales que resuelven otorgar la Suspensión del Juicio a Prueba establecido en el artículo 108 del C.P.P.N. Afirmo que esa exclusión es evidente pues en los casos en los que ha querido consagrar el recurso a todo pronunciamiento posible en una determinada materia, así lo ha hecho (por ejemplo, en los casos de las medidas de coerción). (Del voto del Dr. A. ELOSÚ LARUMBE).

2.- A mayor abundamiento, aún si a título de hipótesis se admitiera que la ley concede a dicho Ministerio





la posibilidad de recurrir la decisión judicial que otorga la suspensión del juicio a prueba, tampoco el recurso de control extraordinario podría resultar viable, al menos del modo en que fue introducido y sostenido en la instancia. Esto lo afirmo en tanto, lejos de ser materia de discusión el otorgamiento (o no) de la suspensión del proceso a prueba, lo que cuestiona la Fiscalía es la no inclusión de una pauta de conducta específica en el marco de esa suspensión, pactada previamente por ambas partes. (Del voto del Dr. A. ELOSÚ LARUMBE).

3.- El recurrente debió argumentar de qué forma la no imposición de una pauta de conducta específica al imputado, como ser la restricción para conducir automotores, le generaba un agravio de nítido carácter constitucional, ya sea de un modo directo o indirecto. En consecuencia, era obligación del apelante demostrar qué puntos de contacto tienen aquellos precedentes -“Cuevas” (Expte. 288/2009, Ac. 31/2011) y “Calfueque” (Expte. 272/09, Acuerdo n° 63/2011)- con este caso particular o explicar, al menos, cómo podía proyectarse aquella doctrina frente a situaciones fácticas tan discrepantes; argumento que no sólo lució ausente en el recurso, sino que además en la audiencia la Fiscalía ni siquiera se refirió a esta específica vía de impugnación (...). (Del voto del Dr. A. ELOSÚ LARUMBE).

4.- [...] más allá de no compartir el primer tramo del voto de apertura que conceptúa como “irrecorrible” toda decisión que otorga la suspensión del juicio a prueba, expreso mi plena adhesión a los fundamentos subsiguientes. En efecto: el Dr. Alfredo Elosú Larumbe expresó con gran precisión que el agravio de la Fiscalía no se originó por el dictado de aquel tipo de decisión judicial (sobre la cual, insisto, le reconozco a dicho Ministerio Público su derecho a impugnar en los términos del art. 233 y ctes. del C.P.N.), sino en la no inclusión de una regla de conducta pretendida exclusivamente por el apelante (en referencia a la denominada “auto-inhabilitación”). Ello, claro está, con base en una suspensión de juicio a prueba originalmente pactada (al menos en un marco de condiciones generales) entre el imputado y el Ministerio Fiscal (...). Hecha esta necesaria aclaración, hago propios los fundamentos del señor Vocal preopinante contenidos a partir de la fórmula conectiva “A mayor abundamiento”, pues demuestra a lo largo de ese análisis la existencia de un notorio déficit argumentativo del Ministerio Público Fiscal que conduce inexorablemente a la inadmisibilidad formal del recurso en trato. (Del voto de la Dra. M.S GENNARI).

**Texto completo:**

ACUERDO Nro. 20 /2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE y la doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “SEPULVEDA REBOLLEDO, HERNAN ALVARO S/ INV. HOMICIDIO CULPOSO (VTMA. TEUSCHER MARIA TERESA)” (Legajo MPFNQ LEG 56.424/2015).

**ANTECEDENTES:**

I.- Que mediante resolución dictada en forma oral el día 19 de agosto del corriente año, el Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por la Dra. Liliana Deiub y los Dres. Mario Rodríguez Gómez y Andrés Repetto, resolvió, por mayoría: “I.- DECLARAR admisible el recurso presentado por la Defensa. II.- REVOCAR la decisión de la Sra. Jueza de Garantías, y CONCEDER la suspensión de juicio a prueba al Sr. Hernán Álvaro Sepúlveda Rebolledo bajo las pautas de conducta ofrecidas por la Defensa... III.- SIN COSTAS”.

El embate ordinario había sido planteado por la Defensa, en contra del rechazo de la Dra. María Antonieta Gagliano a la concesión del beneficio, entendiendo la Magistrada que constituía un requisito ineludible para su admisión el ofrecimiento de la autoinhabilitación para conducir vehículos automotores durante el tiempo de suspensión.

Por su parte, el Tribunal de Impugnación acogió la postura defensiva, y contra esta resolución, dedujo impugnación extraordinaria el Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 248 del Ritual, encuadrando su presentación bajo los carriles de los incisos 2 y 3 de la norma mencionada.



En su presentación escrita, funda la admisibilidad del recurso en lo normado por el art. 233 del CPP, afirmando que la decisión atacada configura un supuesto de acto procesal importante por causar gravamen irreparable, toda vez que, a pesar de la expresa y fundada oposición de la Fiscalía, el A-quo concedió un beneficio, que a la postre podría llevar a la extinción de la acción penal en la presente causa, entorpeciendo de ese modo el ejercicio de la acción penal cuyo titular exclusivo es el Ministerio Público Fiscal, decisión que además ha violentado el sistema acusatorio (art. 6 y 7 CPP) y la autonomía del MPF (art. 120 CN). Cita el precedente “Menna, Luis” de la CSJN, en cuanto a que la concesión de la suspensión de juicio a prueba resulta ser resolución equiparable a definitiva.

A continuación, y respecto del primer agravio –que encuadra en el inciso 2 del artículo 248 CPP-, sostiene que la resolución atacada es arbitraria y configura un caso de gravedad institucional: lo primero, por haberse extralimitado el A-quo en el control jurisdiccional que le otorga el CPP, desconociendo el alcance de la oposición fiscal en el instituto de la suspensión de juicio a prueba; lo segundo, por la intromisión de los jueces en la esfera de las funciones que legal y constitucionalmente han sido asignadas al Ministerio Público Fiscal, afectando su actuación y autonomía. La Fiscalía es la que promueve y ejerce en forma exclusiva la acción penal pública, y es la que analiza y define, conforme a su política de persecución penal, qué casos se resolverán mediante salidas alternativas y cuáles deberán continuar su curso hasta el juicio. Dentro de esta labor, define qué exigencias serán necesarias para poder acordar estas medidas alternativas, como lo hizo en el caso de autos, donde –por tratarse de un homicidio culposo agravado por la conducción negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor- el ofrecimiento de autoinhabilitación por parte del imputado constituía un requisito indispensable.

Explica que la Fiscal interviniente en la audiencia que se desarrolló con la Dra. Gagliano, fundó acabadamente su oposición, justamente en función de este déficit, citando jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia (exptes. 288/9 y 272/9), y sobre todo teniendo en cuenta que el imputado era un chofer de la empresa que presta el servicio público de pasajeros en la ciudad de Neuquén (Indalo), a quien el nivel de exigencia del cumplimiento de las normas de tránsito es aún más exigible.

Agrega que para la Fiscalía resulta de fundamental importancia el ofrecimiento de la regla de conducta en cuestión, pues a través de esa pauta –a diferencia de lo que considera el voto mayoritario del Tribunal de Impugnación-, se pretende neutralizar el peligro de la actividad riesgosa desarrollada por Sepúlveda Rebolledo, que en el caso de autos importó la muerte de una persona.

Sostiene que los jueces de la mayoría no sólo desconocieron la doctrina de la Corte Suprema in re “Quiroga”, sino que además sustituyeron la opinión del Fiscal por la suya, afectando insanablemente la autonomía e independencia funcional del Ministerio Público Fiscal.

El segundo agravio gira en torno a la causal prevista en el inciso 3 del artículo 248 del CPP. Sostiene que la sentencia impugnada es contradictoria a la doctrina sentada por esta Sala en casos análogos, como ser los precedentes “Cuevas” (Ac. 31/11, de fecha 06/06/11) y “Calfueque” (Ac. 63/11, de fecha 03/11/11), entre otros, en los que se sostuvo que en los delitos sancionados con esta especie de pena –inhabilitación- resultaba posible otorgar la suspensión de juicio a prueba “...en virtud de que dicho obstáculo es sorteado satisfactoriamente mediante la imposición al probado (...) de la inhabilitación para conducir vehículo automotores como regla de conducta del art. 27 del Código Penal –en función del art. 76 ter- (...) como consecuencia de la auto exclusión ofrecida voluntariamente por el propio imputado...” (Ac. 63/11 antes mencionado). Al ser ello así, la solución adoptada por el A-quo contraría esa doctrina, la que, afirma, fue fijada en los casos de lesiones y homicidios culposos análogos al presente.

Por ello solicita se declare admisible el recurso, se revoque la resolución dictada por el Tribunal de Impugnación y se confirme la decisión adoptada por la Dra. Gagliano el día 29 de julio del corriente.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. registro de audio y acta de audiencia de fs. 21/23, llevada a cabo el día 13 de octubre del corriente).

En primer término, hizo uso de la palabra el Sr. Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti, quien precisó que estimaban que la decisión recurrida era arbitraria por invadir facultades propias del Ministerio Público. Describe el hecho investigado y menciona que al momento de llevarse a cabo la audiencia de control de la acusación, la Defensa solicitó la concesión del beneficio de suspensión de juicio a prueba, a lo que la Fiscal interviniente no se opuso, quedando sujeto su final consentimiento a las pautas de conductas que ofreciera la contraparte. Como no se ofreció voluntariamente la autoinhabilitación, finalmente no se otorga la conformidad, ante lo cual la Magistrada interviniente no hizo lugar a la petición. Cuestionada dicha decisión por la Defensa, el Tribunal de Impugnación, por mayoría, entendió que bajo las circunstancias particulares del caso, la autoinhabilitación requerida por el Ministerio Público Fiscal podía llegar a considerarse un adelanto de pena, por lo que concluye que la oposición ha sido irrazonable e infundada. Por el contrario, la Fiscalía estima que sí está fundada la negativa, y que no es un adelanto de pena sino una pauta de conducta.

Asimismo, considera que la resolución adoptada por el A-quo avasalla las facultades propias del Ministerio Público Fiscal, en cuanto titular de la acción pública.

Por ello, solicitan la revocación del fallo atacado y la confirmación de la decisión de la Jueza de Garantías

Por su parte, el Sr. Defensor General, Dr. Ricardo H. Cancela, plantea, en primer término, la falta de legitimidad activa del Ministerio Público



Fiscal para impugnar la decisión del Tribunal de Impugnación, toda vez que la concesión de la suspensión de juicio a prueba no está mencionada dentro de las resoluciones impugnables por el art. 233 CPP. Refiere que de conformidad con la doctrina sentada por la CSJN en “Arce” en materia del derecho al recurso, la garantía de la doble instancia está prevista en favor de las personas y no de los órganos del Estado. Por otro lado, sostiene la inexistencia de agravio federal, puesto que no basta para ello la simple mención del inciso 2do del art. 248 CPP. Respecto del inciso 3ro de dicha norma, indica que ni siquiera se han mencionado cuáles serían los precedentes contradictorios. Sostiene que en el homicidio culposo investigado en autos, en lo medular no hay oposición fiscal respecto de la concesión del beneficio solicitado, sino a la falta de propuesta de autoinhabilitación para conducir durante el tiempo que dure la probation. Por ello, solicita se confirme la decisión recurrida

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

III.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosú Larumbe y Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) ¿Es procedente la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello y ante la Oficina Judicial correspondiente.

No obstante ello, estimo que el mismo no supera el valladar de la impugnabilidad objetiva que establece nuestro Código Adjetivo.

Tal como me expedí en una situación de cierta analogía al presente, el derecho a impugnar es el poder jurídico formal otorgado a un sujeto procesal para deducir el recurso, lo cual supone: a) que la resolución resulte atacable por vía de impugnación (ordinaria o extraordinaria); y b) que esa parte esté legitimada para recurrir, por tener un interés jurídico en la impugnación y capacidad legal para hacerlo con relación al gravamen que la resolución le ocasiona.

Dicha premisa tiene atingencia en el principio general del artículo 227 del Código Adjetivo, mediante el cual se establece que “Las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas...”.

Conjugando estos dos conceptos, el recurso sólo será procedente cuando la ley expresamente lo establece, lo que no es otra cosa que el principio de taxatividad (cfr. Cafferata Nores, José I.; Tarditti, Aida “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado”, Editorial Mediterránea, Tomo 2, pág. 357), el cual además ha sido acuñado por este Tribunal Superior en multitud de precedentes. Sólo para nombrar los más recientes: R.I. n° 67/2014, de fecha 04/06/2014 “Castillo, Matías Rubén – Rodríguez, José Luis s/ Homicidio”; R.I. n° 114/2014, de fecha 14/11/2014, “Sandoval, Marcos – Vega, Ariel Santos s/ estafa”; R.I. n° 15/2015, de fecha 13/03/2015 “Hermosilla, Andrés Paulino y otros s/ Homicidio calificado; R.I. n° 136/2016, del 24/10/2016, “Castillo, Noelia Clelia s/ Dcia. Abuso Sexual, entre otros.

Bajo ese marco, me alejo del criterio fijado en el voto que abre este Acuerdo (y por ende de los antecedentes jurisprudenciales bajo los cuales sustenta su posición) en tanto el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 233, determina que en el tópico de la suspensión del juicio a prueba sólo resulta impugnable la decisión que deniega ese derecho (cfr. art. 233 del C.P.P.N.).

En efecto: el Legislador desechó del catálogo de decisiones impugnables, de un modo consciente y explícito, la facultad de impugnar los pronunciamientos judiciales que resuelven otorgar la Suspensión del Juicio a Prueba establecido en el artículo 108 del C.P.P.N.

Afirmo que esa exclusión es evidente pues en los casos en los que ha querido consagrar el recurso a todo pronunciamiento posible en una determinada materia, así lo ha hecho (por ejemplo, en los casos de las medidas de coerción).

Para graficar mejor este aserto transcribo el texto en su parte pertinente:

“...Decisiones impugnables: Serán impugnables [...] la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; la decisión que imponga, mantenga o rechace una medida de coerción...”.

Este concepto resulta reafirmado, incluso, en el artículo 235 del C.P.P.N., que bajo el título “...suspensión del proceso”, prevé como decisiones impugnables (en torno a este instituto) sólo las “que rechacen la suspensión del proceso a prueba...”.

Tal exégesis gramatical, por no exigir mayores esfuerzos interpretativos genera su directa aplicación al caso, pues resulta adecuado dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común, o bien el sentido más obvio al entendimiento también corriente (C.S.J.N., Fallos 308:1745; 320:2145; 302:429; 320:2649 y 324:3345, entre otros).

No puede suponerse que esta cuestión resultó un olvido o un error de tipo normativo, ya que es clara la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador no se presumen (C.S.J.N., Fallos 316:1321).

Tampoco este recurso podría encuadrarse en la última hipótesis del citado artículo 233 (en referencia a “...todos los autos procesales importantes...”), pues además de no respetar la voluntad del legislador, subvierte la necesaria correlación que debe existir entre las decisiones impugnables (impugnabilidad objetiva) y el derecho especialmente acordado por la ley a cada sujeto del proceso (impugnabilidad subjetiva).

Tengo dicho en torno a esto último que “...desde el punto de vista gramatical, no existe ninguna posibilidad de relacionar a los ‘autos procesales importantes’ con alguna de las autorizaciones para impugnar que los arts. 240 y 241 ponen en cabeza de la querrela y la fiscalía. En virtud de ello,



debe afirmarse con absoluto énfasis que las partes acusadoras no poseen legitimación subjetiva para impugnar a través de esta vía...” (cfr. “El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio”, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2015, págs. 106 y ss).

Si bien es cierto que dentro del catálogo de los pronunciamientos impugnables por el imputado están también ausentes los llamados “autos procesales importantes”, es evidente que ello debe conjugarse con el artículo 23 del Rito Local, por el cual se establece que “Todas las normas que coarten la libertad del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos se interpretarán restrictivamente...”. Así entonces, a fuerza de no incurrir en una analogía in malam partem, debe interpretarse que ese derecho recursivo se proyecta, de manera exclusiva, a favor del imputado.

La asimetría impugnativa que vengo sosteniendo en este punto se vuelve aún más evidente al confrontar la sistemática del Código Procesal ya derogado y el actual. En efecto: el Código anterior establecía que el derecho a recurrir correspondía a quien le sea expresamente acordado siempre que tuviera un interés directo, agregando inmediatamente después que cuando la ley no distinguía entre las diversas partes el derecho pertenecía a todas (cfr. art. 392 CPPC, L. 1677 y modificatorias).

Este nuevo ordenamiento, en cambio, ha suprimido ese derecho genérico e instaura un sistema de “legitimación expresa y taxativa” para impugnar en el cual, como reza el principio rector del art. 227, el derecho a impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea “expresamente” acordado (cfr. Elosú Larumbe, op. cit., pág. 106 y ss.).

Establecido entonces que el Legislador local ha querido acotar sustancialmente las facultades del recurso en el plano de la probation, al consagrarlo sólo para los casos de denegación, resta determinar si ello supera el test de constitucionalidad.

Sobre ello, la respuesta positiva se impone conforme a los lineamientos dados por nuestro Címero Tribunal Nacional al sostener que “...el Estado –titular de la acción penal- puede autolimitar el ius perseguendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación. En tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley penal le concede. Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público [...] en la medida que, en las particulares circunstancias del sub lite, no se ha demostrado que se haya afectado la validez de otras normas constitucionales...” (cfr. C.S.J.N., Fallos 320:2145, “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación”). Recordándose además que esta tesitura se mantuvo inalterada cuando se discutió el derecho recursivo de la Querrela (C.S.J.N., Fallos 324:3269 “Mainhard, Edgar Walter s/ recurso de casación”).

A mayor abundamiento, aún si a título de hipótesis se admitiera que la ley concede a dicho Ministerio la posibilidad de recurrir la decisión judicial que otorga la suspensión del juicio a prueba, tampoco el recurso de control extraordinario podría resultar viable, al menos del modo en que fue introducido y sostenido en la instancia.

Esto lo afirmo en tanto, lejos de ser materia de discusión el otorgamiento (o no) de la suspensión del proceso a prueba, lo que cuestiona la Fiscalía es la no inclusión de una pauta de conducta específica en el marco de esa suspensión, pactada previamente por ambas partes.

Fijada esta premisa, la equiparación de lo decidido por el Tribunal de Impugnación a una cuestión de “gravedad institucional” (cfr. fs. 11), tampoco se presenta como un supuesto de acudimiento a esta instancia por vía del artículo 248 inc. 2º del C.P.P.N.

Al respecto, esta Sala no desconoce que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del desarrollo de su doctrina, elaboró como creación jurisprudencial el concepto de gravedad institucional para abrir la vía extraordinaria federal, salvando los ápices procesales frustratorios de aquella impugnación.

Pero también ha sostenido, en forma terminante, que la demostración de la existencia de tal “interés” o “gravedad institucional” constituye una carga que se pone en cabeza de quien la invoca (C.S.J.N., Fallos 325:2534, entre otros).

Esto no ha ocurrido en el caso de autos, no sólo porque el planteo de fs. 5/13 carece de un serio y concreto razonamiento que demuestre la concurrencia de esta particular circunstancia, sino además porque en la audiencia concedida para la ampliación de fundamentos siquiera se hizo un mínimo desarrollo sobre ese tópico (cfr. fs. 21/23).

Obsérvese que todo el hilo argumental tras esa invocada “gravedad institucional” gira en torno al carácter vinculante de la oposición Fiscal a la suspensión del juicio a prueba como titular exclusivo de la acción penal, soslayando que dicha parte ha brindado de antemano su aquiescencia a esa solución alternativa del conflicto (cfr. nuevamente acta de fs. 2).

Asimismo, aún si a modo de hipótesis esas valoraciones genéricas hubieran servido de base para concretar el argumento de la gravedad institucional, era deber del recurrente demostrar, además, la existencia de una cuestión federal, pues aquélla no constituye una causal autónoma de procedencia del recurso extraordinario (C.S.J.N., Fallos 311:120 y 339:869, entre otros).

En definitiva, debió argumentar de qué forma la no imposición de una pauta de conducta específica al imputado, como ser la restricción para conducir automotores, le generaba un agravio de nítido carácter constitucional, ya sea de un modo directo o indirecto.

Ello así pues “...la materia principal sobre la cual versa el recurso extraordinario de las leyes 48, 4055 y Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es una cuestión federal constitucional: un caso de interpretación o de aplicación –mediata o inmediata- de alguna cláusula de la Constitución de la República Argentina. Si no entra en discusión algún punto de la Constitución nacional, en forma directa o indirecta, no habrá materia para el recurso extraordinario...” (cfr. Sagües, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, ed. Astrea, Bs. As., 2002, t. 1, pág. 562, con cita de Imaz-Rey “El recurso extraordinario”, p. 166).



Descartado entonces que éste sea un supuesto en el que deba intervenir nuestro Máximo Tribunal Nacional, tampoco resulta una vía impugnativa fructífera la invocación de doctrina contradictoria en los términos del artículo 248 inc. 3° del C.P.P.N.

Esto es así porque ha traído en su auxilio citas parcializadas y ajenas al supuesto fáctico que aquí nos ocupa, sin explicar su pertinencia al caso y sin sostenerlo en la audiencia en esta instancia, tal como lo destacó la Defensa Oficial (cfr. acta de fs. 21/3).

En efecto: mientras que en el precedente “Cuevas” (Expte. 288/2009, Ac. 31/2011) se rechazó un recurso de la Fiscalía y se le reconoció a favor del imputado la posibilidad de otorgarse la suspensión de Juicio a Prueba con la “autoinhabilitación” que él mismo ofreció como pauta de conducta; el caso que trae este legajo es totalmente diferente en tanto se trata de una suspensión del juicio a prueba acordada genéricamente entre las partes, en donde el único punto de discordia ha sido la regla de abstención que Sepúlveda Rebolledo resistió.

Asimismo, en el precedente “Calfueque” (Expte. 272/09, Acuerdo n° 63/2011) -invocado también en el recurso- hubo, al igual que en “Cuevas” una autoinhabilitación ofrecida por el imputado, no obstante lo cual, aquí sí se ratificó la decisión del tribunal de instancia (de denegar la suspensión del juicio a prueba al imputado) pero por la ausencia de un ofrecimiento en carácter de reparación, lo que contrasta con este caso, en el que sí se satisfizo tal recaudo (cfr. fs. 2).

En consecuencia, era obligación del apelante demostrar qué puntos de contacto tienen aquellos precedentes con este caso particular o explicar, al menos, cómo podía proyectarse aquella doctrina frente a situaciones fácticas tan discrepantes; argumento que no sólo lució ausente en el recurso, sino que además en la audiencia la Fiscalía ni siquiera se refirió a esta específica vía de impugnación (cfr. fs. 21 vta./22).

Por todo ello, entiendo haber fundado las razones por las cuales el recurso de control extraordinario deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 5/13 debe ser declarado inadmisibile. Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: más allá de no compartir el primer tramo del voto de apertura que conceptúa como “irrecurrible” toda decisión que otorga la suspensión del juicio a prueba, expreso mi plena adhesión a los fundamentos subsiguientes.

En efecto: el Dr. Alfredo Elosú Larumbe expresó con gran precisión que el agravio de la Fiscalía no se originó por el dictado de aquel tipo de decisión judicial (sobre la cual, insisto, le reconozco a dicho Ministerio Público su derecho a impugnar en los términos del art. 233 y ctes. del C.P.P.N.), sino en la no inclusión de una regla de conducta pretendida exclusivamente por el apelante (en referencia a la denominada “autoinhabilitación”). Ello, claro está, con base en una suspensión de juicio a prueba originalmente pactada (al menos en un marco de condiciones generales) entre el imputado y el Ministerio Fiscal (cfr. fs. 2).

Hecha esta necesaria aclaración, hago propios los fundamentos del señor Vocal preopinante contenidos a partir de la fórmula conectiva “A mayor abundamiento”, pues demuestra a lo largo de ese análisis la existencia de un notorio déficit argumentativo del Ministerio Público Fiscal que conduce inexorablemente a la inadmisibilidad formal del recurso en trato.

Por ello, con esos alcances, adhiero a la solución que postula el Dr. Elosú Larumbe a esta primera cuestión. Mi voto.

A la segunda cuestión y tercera cuestión, el Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo: Atento haberse concluido en la inadmisibilidad formal del recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal, estas dos cuestiones subsiguientes devienen abstractas, en tanto se hallaban sujetas a la progresión formal de la apelación bajo análisis, lo que no ha ocurrido en el caso. Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI dijo: Comparto lo manifestado precedentemente por el señor Vocal a esta segunda y tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dra. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo: corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente, conforme a las consideraciones expuestas en RI 52/15 “Castillo” de esta Sala y Tribunal (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del CPP). Mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Sr. Fiscal del Caso DR. HORACIO MAITINI, por no verificarse los requisitos para su procedencia (art. 227, 248 inc. 2 a “contrario sensu” y 3, y ctes. del CPP).

II.- SIN COSTAS (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, ídem).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)





“TORRESAN BRUNO MATEO S/ LESIONES CULPOSAS (ART.94)- UFAG (J.P.E.)” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 32574/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 30/11/2016

DERECHO PENAL: Impugnación extraordinaria.

MINISTERIO PUBLICO FISCAL. TRIBUNAL DE IMPUGNACION. FALTA DE AGRAVIO CONCRETO.

Al haber consentido la Querrela la decisión del Tribunal de Impugnación (en el tramo que ratificó el criterio de oportunidad Fiscal, mediante el cual prescinde de impulsar la acción contra el imputado) y haber exteriorizado además su negativa terminante a utilizar la vía procesal autónoma que sincrónicamente le reconoció el Tribunal de Impugnación, deviene insustancial expedirse sobre la corrección jurídica de esto último, por ausencia de un interés concreto que así lo justifique.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 21/2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI y el doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, doctor ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: “TORRESAN BRUNO MATEO S/ LESIONES CULPOSAS (ART. 94) - UFAG (J.P.E.)” MPFNQ LEG 32574/2014, venidos a conocimiento a conocimiento de la Sala.

ANTECEDENTES:

I.- El Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por la Dra. Florencia Martini y los Dres. Andrés Repetto y Alejandro Cabral, mediante resolución N°170 de fecha 14/09/2016, hizo lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia revocó la decisión del Juez de Garantías que había dejado sin efecto el criterio de oportunidad adoptado por ese Ministerio Público.

II.- El fallo mencionado, si bien receptó favorablemente la impugnación ordinaria introducida por la Fiscalía, aclaró que ello era “...sin perjuicio de –si así lo decide- [la víctima puede] constituirse como querellante [...] y formular cargos en forma autónoma...” (Cfr. audiencia de sentencia, punto dispositivo segundo in fine, minutos 15:49/16:05).

Contra este último tramo de la decisión, mediante el cual dicho cuerpo colegiado le asignó a la querrela facultades autónomas, dedujo recurso de control extraordinario el Ministerio Público, a través del señor Fiscal General, Dr. José Gerez y del señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli (Cfr. fs. 7/18).

La Fiscalía enmarcó su impugnación en los incisos 2 y 3 del artículo 248 del C.P.P.N.:

Concretamente, se agravan por la actuación ultra petita del Tribunal de Impugnación y la consecuente afectación del principio de contradicción del proceso penal instaurado por la Ley 2784, lo que supone un exceso de jurisdicción de ese órgano revisor.

Señalan que en él, los Jueces que integraron el Tribunal de Impugnación intervinieron en función del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Dr. Martín Markovesky que, en función de la revisión prevista en el artículo 132 del CPPN, nulificó el criterio de oportunidad decidido por Fiscalía y ordenó continuar el trámite del Legajo.

Que en primer lugar, el a quo declaró la admisibilidad de la impugnación, luego de establecer que el recurrido configuraba un auto procesal importante, atento que la Fiscalía planteó la afectación del artículo 120 de la CN.

Ya expidiéndose sobre la procedencia del recurso, el Tribunal resolvió revocar la decisión adoptada por el Juez de garantías, pero dejando perfectamente en claro que si la víctima decide presentar acusación por sí sola, está legalmente habilitada para ello.

Aseveran que a su entender, el Tribunal se excedió en sus apreciaciones yendo más allá de la contradicción planteada por las partes, en tanto la discusión respecto de las facultades de la querrela no fue materia de controversia –así lo reconoce el Dr. Repetto-. En este sentido el Ministerio Público entiende que en cuanto a las facultades de la querrela, el a quo se excedió en franca violación al principio del contradictorio que es pilar fundamental del proceso penal adversarial. Añaden además que el fallo impugnado genera una situación de gravedad institucional, pues se encuentra cuestionado el rol institucional del Ministerio Público Fiscal.

En lo que hace al último carril del Control Extraordinario, sostienen que la decisión contraviene un Acuerdo de este Tribunal Superior de Justicia (Ac. 178/13 “Acquistapace, del 13/12/13) y contradice a su vez los lineamientos fijados en otros dos pronunciamientos del Tribunal de Impugnación (“F.R.D. s/ Abuso Sexual agravado”, Leg. MPFNQ 27539/2014, de fecha 27/5/15; y “Zapata, Alejandra Evelin y otra s/





usurpación”, legajo MPFNQ 34628/2015).

III.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro de audio y video, acta de audiencia de fecha 17/10/2016); en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer término, hizo uso de la palabra el Ministerio Público Fiscal, el cual desarrolló su argumentación en torno al recurso presentado.

Sobre los requisitos formales, expresó el Dr. Agustín García que si bien la decisión apelada no es definitiva, es asimilable a tal, atento a que es un auto procesal importante, ya que de no hacerse lugar al recurso, se configuraría un perjuicio de imposible o dificultosa reparación ulterior (Art.233 CPPN). Citó precedentes de la CSJN, contenidos en la colección de Fallos 310:132, 299:249 y 327:5863.

Respecto de la legitimación subjetiva del Ministerio Público Fiscal para recurrir, dijo que ostenta esa facultad no sólo de acuerdo a la doctrina previamente invocada, sino también porque está en juego la determinación de sus funciones institucionales y el alcance de su función requirente. De esta forma –dice- existe un evidente interés porque son cuestiones de orden público y porque hubo un apartamiento manifiesto de lo establecido en la Ley Orgánica de ese Ministerio Público.

Sobre los fundamentos sustanciales de esa misma impugnación, el Dr. García destacó el argumento referido a la decisión extra petita del a quo en los términos ya mencionados, lo que fue complementado por el señor Fiscal General, quien efectuó un análisis pormenorizado del Anteproyecto del Código Procesal Penal, destacando una a una las normas que originalmente le otorgaban al querellante la facultad de continuar por sí la acción penal, en contraste con el modo en que finalmente quedó sancionado dicho texto procesal, que excluyó de manera deliberada esa potestad. De esta forma concluyó en que, además de no tener basamento normativo que lo sostenga, no ha sido intención del legislador instaurar la figura del querellante autónomo.

A su turno, el abogado por la querella particular, Dr. Gustavo Lucero, expuso que “...al momento de realizarse la audiencia ante el Tribunal de Impugnación, esta parte querellante en ningún momento controvertió, discutió o postuló el tema de la autonomía del querellante particular [...] Es más: al momento de hacer uso de la palabra, al final de la exposición, yo se lo aclaro al Tribunal [...] les dije expresamente: acá no estamos discutiendo la figura del querellante autónomo [...] esto es muy importante, porque al no tratarse de un tema controvertido, esto afecta lo que postula la Ley Orgánica de la Justicia Penal [...] en su artículo 16 [...] en cuanto a que no puede suplir la actividad de las partes...” (audiencia, minutos 50:53 y ss.).

Consecuente con tal aserto, dijo coincidir con la crítica hecha en el recurso de su contraparte, respecto a que el Tribunal de Impugnación resolvió más allá de lo que se le planteó.

Asimismo, dijo estar de acuerdo con la línea argumental fijada en esa impugnación extraordinaria, respecto a que la Querella carece de facultades autónomas.

En base a ello, solicitó que el Tribunal haga lugar al recurso de la Fiscalía y revoque el decisorio en este aspecto.

IV.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosu Larumbe y Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona (artículos 242, primer párrafo en función del 249 del C.P.P.N.).

Asimismo, atento a que todas las partes admiten que el Tribunal de Impugnación se ha expedido sobre un tema que no fue puesto a su consideración, otorgando algo no reclamado por ellas, dicha hipótesis –en abstracto- puede estimarse como un supuesto de arbitrariedad de sentencia (bajo la sub-clasificación de “incongruencia por exceso”), conforme a pacíficos criterios establecidos por la Corte Suprema en casos semejantes (C.S.J.N., Fallos 290:204; 301:850; 306:604; 319:305, 1196 y 1708, entre otros). Por ende, la vía utilizada es correcta.

No obstante lo anterior, y atento a que prácticamente todo el peso argumental del recurso propone como hipótesis la existencia de un caso federal, cabe recordar que es criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que sus sentencias “...deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso...” (C.S.J.N., Fallos 310:670; 311:1810, 2131; 318:625; 321:1393, entre otros).

Como se advierte de la transcripción parcial del fallo recurrido que se hizo párrafos atrás, la autonomía de la querella allí proclamada quedó sujeta a una condición suspensiva inexorable: que la Querella tuviera intenciones de usufructuar ese derecho subjetivo.

Si bien era previsible que frente al reconocimiento de dicha atribución la Querella optara por hacer uso de su derecho y continuar con el trámite de las actuaciones de manera unilateral, en la audiencia celebrada en esta instancia el letrado que representa a la Querella se encargó de señalar que nunca requirió dicha autonomía procesal, que ello nunca fue objeto de la controversia y que tampoco estaba de acuerdo con los fundamentos



bajo los cuales se otorgó dicha vía autónoma (cfr. video de audiencia, minutos 52:28 y ss).

Esa negativa a hacer uso del derecho allí reconocido la manifestó el letrado frente a su representada, quien estuvo presente en todo el acto de la audiencia y consintió plenamente los términos su alegación (idem, minutos 00:45 y 1:20:05” y ss).

Consecuentemente, el agravio sobre el cual la Fiscalía sustentó su recurso ha dejado de ser actual, al desaparecer el supuesto perjuicio que ocasionaba esa decisión (C.S.J.N., Fallos: 123:321, considerando 5)º; 255:58; 293:163;

319:1218; 324:529, entre otros).

La circunstancia expuesta previamente cancela igualmente el tercer motivo de acudimiento, en tanto las hipótesis en que se sustancia el Control Extraordinario (entre ellas el art. 248 inc. 3º del C.P.P.N.), presupone igualmente la existencia de un agravio concreto conforme al principio de taxatividad establecido de forma genérica para todo recurso.

Tengo comprometida opinión en cuanto a que “...constituye un requisito subjetivo de admisibilidad de los recursos la circunstancia de que quien lo interpone haya sufrido un perjuicio o gravamen a raíz de la resolución que se impugna. No basta, por tanto, el derecho de impugnación abstractamente reconocido por la ley a determinado sujeto, sino que es necesario que éste tenga, en concreto, interés en impugnar la resolución de que se trate, y ese interés debe tenerse por configurado cuando el recurso se presenta como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado...” (Elosú Larumbe, Alfredo “El Recurso ordinario de impugnación en el marco de un sistema acusatorio”, ed. Fabián Di Plácido, Bs. As., 2015, pág. 144).

Obviamente que al referirme allí al interés en concreto, no aludo a otra cosa que al gravamen actual que trae, como requisito genérico para todo recurso, el artículo 227 in fine del C.P.P.N. (“...Las partes sólo podrán impugnar las decisiones que le causen agravio...”).

Al haber consentido la Querrela la decisión del Tribunal de Impugnación (en el tramo que ratificó el criterio de oportunidad Fiscal, mediante el cual prescinde de impulsar la acción contra el imputado Bruno Mateo Torresan) y haber exteriorizado además su negativa terminante a utilizar la vía procesal autónoma que sincrónicamente le reconoció el Tribunal de Impugnación, deviene insustancial expedirse sobre la corrección jurídica de esto último, por ausencia de un interés concreto que así lo justifique.

Por las consideraciones desarrolladas hasta aquí, entiendo que corresponde declarar sin más la inadmisibilidad del presente recurso (art. 227 citado, a contrario sensu). Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: coincido con el tratamiento y solución dados por el señor Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la segunda y tercera cuestión, el Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: Atento al modo en que se resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de estas otras dos cuestiones deviene abstracto. Tal es mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a la segunda y tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: Atento a la solución arribada en esta instancia, no corresponde la imposición de costas (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I.- Declarar INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal por carecer de agravio actual, conforme a las circunstancias mencionadas en los considerandos precedentes.

II.- SIN COSTAS en la instancia (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a la Oficina Judicial.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

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

**“BARREIRO RODRIGO S/ VÍCTIMA LESIONES GRAVES (ART. 90)”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 11593/2014) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 21/12/2016



DERECHO PENAL: Impugnación extraordinaria.

EJERCICIO DE LA ACCION PENAL. MINISTERIO PUBLICO FISCAL. QUERRELLA. QUERRELANTE EN DELITOS DE ACCION PÚBLICA. FORMULACION DE CARGOS. AUSENCIA DE AUTONOMIA DE LA QUERRELLA.

Corresponde declarar la nulidad de la resolución del Tribunal de Impugnación en donde le reconoce a la querrela el derecho a formular cargos en forma autónoma al Ministerio Fiscal, pues una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador y sistemática lleva a concluir que, en los casos de presuntos delitos de acción penal pública, el querellante no se encuentra facultado para formular cargos en forma autónoma, conforme a los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 22 /2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintidós días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE y Ricardo Tomás KOHON, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: “BARREIRO RODRIGO S/ VÍCTIMA LESIONES GRAVES (ART. 90)” (Legajo MPFNQ N° 11593/2014). ANTECEDENTES: I. Que el Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los magistrados Andrés REPETTO, Walter TRINCHERI y Fernando ZVILLING, en la audiencia del día 02/09/16, resolvió declarar la admisibilidad del recurso interpuesto por el querellante, revocar la decisión del Juez de Garantías de fecha 08/08/16 y en consecuencia, reconocer el derecho de la querrela a formular cargos en forma autónoma (cfr. registro audiovisual “LEG. 11593 –BARREIRO– (SALA 3) – PARTE 2-2” y reg. Interlocutorio N° 163/2016).

II. Contra ese pronunciamiento se interpusieron dos impugnaciones extraordinarias: una, por el Sr. Fiscal General, José Ignacio GERREZ, en forma conjunta con el Sr. Fiscal Jefe, Pablo VIGNAROLI y otra, por los Sres. Defensores particulares, Omar Nahuel URRA y Alejandro Rubén CASAS, a favor del imputado Eduardo Raúl PALACIOS.

A) Recurso del Ministerio Fiscal (fs. 10/20): En torno a la admisibilidad del recurso, manifestó que la decisión recurrida es un auto procesal importante –según el artículo 233 del C.P.P.N.–, equiparable a sentencia definitiva a los efectos de la impugnación extraordinaria, porque: a) es el momento oportuno para que el perjuicio no se torne de imposible o insuficiente reparación ulterior y b) se presenta un supuesto de gravedad institucional, conforme a lo receptado por la Corte Suprema en casos similares.

Argumentó que la falta de presupuesto procesal dado por el impulso del Ministerio Fiscal, sella la improcedencia de continuar con la tramitación de la causa. Que se requiere tutela inmediata, dado que se puso en tela de juicio el alcance del rol constitucional y legalmente asignado a ese Ministerio como titular de la acción penal pública, siendo que –a su entender– lo decidido excede el interés de los imputados y se proyecta en perjuicio de toda la sociedad, que podría ser sujeto pasivo de un criterio gravemente lesivo de las garantías procesales y de la asignación de potestades en materia penal. Además, que la resolución impugnada puede ser equiparada a sentencia definitiva, conforme a precedentes del Máximo Tribunal Nacional en los que se desconociera la facultad de desistir recursos de la Fiscalía e implicara resolver sin jurisdicción.

Expresó que ese Ministerio se encuentra legitimado para recurrir tal decisión, dado que está en juego la determinación de sus funciones institucionales o el alcance de la función requirente que le compete –impulso de la acción pública–, como así también, en defensa de la legalidad y el orden público. Que en la Ley provincial N° 2.893, se asignaron al Ministerio Fiscal las funciones de “...dirigir la investigación, promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública (...) y defender la legalidad en función del interés general, velando por los Derechos Humanos y garantías constitucionales” (artículo 1) y que a diferencia de las partes privadas, la actuación de dicho Ministerio se encuentra signada por los principios de legalidad, respeto por los derechos humanos y objetividad (artículo 2, incisos a y b).

Encauzó la pretensión recursiva por el artículo 248 incisos 2 y 3 del C.P.P.N.

Adujo una presunta arbitrariedad de sentencia por defectos en la fundamentación normativa, asociada a una interpretación errónea o inexacta del a quo al asignar facultades al querellante particular, cuando no las posee, en específico, la facultad de formular cargos en forma autónoma.

Que la resolución afecta los pilares básicos del sistema acusatorio, la imparcialidad del juzgador, la defensa en juicio en orden a la separación de las funciones de acusar y juzgar, la titularidad de la acción penal, resultando contraria a la Constitución Nacional (artículos 18, 75 inciso 22



y 120), tratados internacionales, al C.P.P.N. y a la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, como así también, al apartarse de antecedentes jurisprudenciales y destacada doctrina.

Afirmó que una cosa es la intervención de las víctimas en el proceso penal y otra, pretender la intervención de un querellante que sustituya a un órgano estatal, que sería la transformación de la acción penal pública en privada. Que no se cuestiona la legitimidad del querellante sino el alcance de sus facultades.

Criticó la interpretación que efectuó el Tribunal de Impugnación de la figura del querellante.

Sostuvo que el legislador neuquino estableció, en el actual código procesal penal, que el querellante es adhesivo: puede acusar pero una vez que la acción está instada porque hablar de acusación no es lo mismo que hablar de titularidad de la acción penal.

Que en el anteproyecto final de la Comisión Interpoderes, la redacción de los artículos 107 y 161, que preveían la continuación del proceso –no la promoción inicial de la acción– con la acusación de la querrela privada únicamente se terminó de ajustar a la voluntad de eliminar la figura del querellante autónomo y el régimen de la promoción de la acción penal quedó en las exclusivas manos del fiscal.

Señaló los cambios efectuados en el seno de la Comisión de Legislación de Asuntos Constitucionales –comisión “A”– a los artículos 68, 107, 161 y 165 del anteproyecto de la Comisión Interpoderes.

El proyecto de ley fue aprobado en general por unanimidad –en la reunión 25 del XL período de sesiones, 23/11/11– y en el tratamiento en particular, no se formularon objeciones y se aprobaron por unanimidad los artículos mencionados en el párrafo anterior, según la redacción surgida de la comisión “A”, esto es, descartada la posibilidad de la querrela autónoma en los delitos de acción pública –reunión 26 de igual período, del día 24/11/11).

Aclaró que los miembros informantes de la Comisión fueron los diputados José RUSSO y Marcelo Alejandro INAUDI. Que con motivo a la propuesta de inserción de un artículo relativo a la querrela colectiva, INAUDI manifestó que: “Esta suerte de privatización de la acción penal pública, la verdad que no termina de convencerme” (sic) y que el Diputado Gustavo KOGAN expresó: “no violemos el principio de acusación única que estamos consagrando en artículos posteriores, en la medida que la redacción de la figura de la querrela colectiva no afecte tampoco al impulso siempre en manos del Ministerio Público” (sic) (cfr. fs. 14 vta., el resaltado corresponde al libelo recursivo).

Agregó que del debate parlamentario no se pueden extraer mayores menciones sobre el tema, dado que el poder legislativo se manifestó unánimemente y sin objeciones al descartar la propuesta de admitir la querrela autónoma, efectuada en el anteproyecto redactado por la Comisión Interpoderes. Que fue rechazada por la Comisión “A” y desterrada esa figura del proyecto de ley, los demás diputados ni siquiera mencionaron la posibilidad de su inserción en el tratamiento del C.P.P. en el pleno de la Cámara.

Que el código procesal local sancionado, actualmente vigente, determina claramente que el fiscal tiene el patrimonio exclusivo de la promoción de la acción penal –por medio de la formulación de cargos–, y que al querellante le otorga la facultad de intervenir –en la forma prevista en dicho ordenamiento– cuando se dé el presupuesto de que el Fiscal haya formulado cargos.

Mencionó los artículos 64, 66, 132, 133, 135, 161 inciso 1 del rito local.

Destacó que se contempla una revisión judicial del desistimiento o el archivo (artículo 132) y que si se considerara que el querellante tiene facultades autónomas para promover la acción penal, tendría que contemplar otra solución sin necesidad de tal revisión.

Que la interpretación que el a quo realizó del artículo 132 del C.P.P.N. fue a “contramano” de esos datos que revelan la voluntad del legislador, sin embargo, se llegó a sostener que el “espíritu” del código es admitir la querrela autónoma (voto del Dr. REPETTO).

Que tal fundamento no supera el estándar de razonabilidad exigible incurriendo en una contradicción, que vulnera la interpretación auténtica de la ley. Que el a quo sostuvo “algo así como que: si bien el Legislador directamente eliminó la posibilidad de habilitar la querrela autónoma en el Código Procesal, su ‘espíritu’ contrario a esa voluntad expresa prevaleció” (fs. 15/vta.).

Que el hecho de que haya otros códigos que solucionan el tema de manera distinta y otorgan al querellante facultades autónomas para promover la acción penal no justifica la decisión. Reiteró que ello estaba contemplado en el anteproyecto y fue sacado por el legislador, lo que vuelve impropia esa forma de valorar.

Que los jueces se están arrogando facultades exclusivas del legislador y que la única facultad que tienen respecto a la actividad legislativa es el control de constitucionalidad, como así también, que no darle al querellante facultades autónomas no vulnera ninguna garantía ni norma constitucional.

Que de tal modo, se fuerza la interpretación del C.P.P.N. pretendiendo que se ajuste a otros códigos rituales, restándole autonomía y desoyendo al legislador neuquino, el que excluyó expresamente la figura del querellante autónomo, la que vía judicial se pretende incluir, vulnerando el principio republicano de división de poderes.

Opinó que la interpretación del artículo 132 del C.P.P.N. efectuada por el Dr. ZVILLING es forzada, al proponer una dicotomía errónea, mencionando una primera interpretación inconstitucional (juez que obliga al Ministerio Fiscal a acusar) y que por ello adopta la segunda lectura, que el querellante tendría autonomía para formular cargos. Que no es cierto que sólo deban hacerse esas dos interpretaciones.

Sobre el tercer carril del artículo 248 del C.P.P.N. expuso que se encuentra previsto para el caso de que la sentencia del a quo resulte contraria



con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal o de este Tribunal Superior.

Que el T.S.J. se pronunció en sentido contrario a permitir que una querrela autónoma dé el impulso inicial a la acción penal pública.

Que la Sala Penal se expidió –por mayoría- en una postura diametralmente opuesta a la seguida por la decisión impugnada, en el Acuerdo N° 178/13 del 13/12/2013.

Que en igual sentido –que la mencionada Sala-, se expidió el Tribunal de Impugnación en los casos “F.R.D.” Legajo MPFNQ N° 27539/2014 (el 27/05/2015) y “ZAPATA” Legajo MPFNQ N° 34628/2015.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se declare la admisibilidad de la impugnación extraordinaria y se revoque la decisión del a quo, con imposición de costas.

B) Recurso de la Defensa particular, a favor de PALACIOS (fs. 21/27 vta.):

Adujo que la resolución impugnada le causa un gravísimo perjuicio al imputado ante la inobservancia y errónea interpretación del C.P.P.N.

Aludió a la normativa que consideró aplicable (artículos 120 de la Constitución Nacional, tratados de jerarquía constitucional –8.2.h de la C.A.D.H.-, Constitución Provincial, artículos 71 del C.P., 69, 123, 125, 129, 132, 159 inciso 1 y 164 del C.P.P.N., 2 Ley N° 2893 y concordantes).

Manifiesto que, en este caso, se cumplimentan los requisitos formales de admisibilidad –condiciones objetivas y subjetiva-.

Expresó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que no corresponde restringir el acceso a instancias superiores de revisión por excesivos rigorismos formales respecto a la admisibilidad de los recursos y que resulta conocida la puesta en crisis del principio de taxatividad de los presupuestos objetivos del recurso de casación. Hizo referencia a la necesidad de adaptar el doble conforme en materia penal, que se extendió a supuestos en los cuales la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. Incluso, ampliando la admisibilidad formal a los supuestos de “gravidad institucional” por haberse afectado derechos que se proyectan sobre las instituciones fundamentales del orden jurídico.

Mencionó los carriles 1 y 2 del artículo 248 del C.P.P.N., agravándose por una presunta arbitrariedad de sentencia, al entender que lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente en relación a las circunstancias del caso.

Afirmó que dicha arbitrariedad resulta manifiesta por contravenir la legislación vigente, la validez de la Ley N° 2784 y materia regida por la Constitución Nacional, que tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, y que la resolución cuestionada carece de fundamentación o tiene una tan sólo aparente e ilógica.

Expuso los motivos de agravio en los siguientes términos: 1) Permitir formular cargos al querellante de forma autónoma, 2) No cumplir con la manda del artículo 132 del C.P.P.N., 3) Desconocer el artículo 120 de la Constitución

Nacional y redacción del código vigente, respeto a las funciones del Ministerio Fiscal, 4) Apartarse del código adjetivo y legislar en función de su interpretación, para no quedar en contramano a otros códigos que tienen ese modelo, inclusive el Código procesal de la Nación y 5) Aplicar analogía en perjuicio del imputado.

Sostuvo que el fallo cuestionado es “atípico”, se realiza al margen de la ley, lo que constituye arbitrariedad jurisdiccional y afectación de poderes. Que la creación de leyes es potestad exclusiva del poder legislativo, premisa del sistema republicano y el ejercicio de la competencia judicial supone la imposibilidad de auto crear normas, para autorregular su propia competencia.

Que el legislador derogó el “artículo 51” que preveía la figura del querellante. Que la aptitud acusatoria de la querrela nace si el fiscal realiza el respectivo requerimiento y que el querellante particular solo no puede promover la acción penal pública, que tampoco posee facultades para dar por concluida la etapa preparatoria a través de una acusación autónoma. Que se reconoce legislativamente la participación de la víctima como querellante pero que ella no altera las facultades concedidas por la ley al fiscal ni lo exime de sus responsabilidades. Que la acción pública es ejercida por el Ministerio Fiscal y es de carácter imperativo, que el C.P.P.N. fue pensado y sancionado de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Nacional.

Que el ejercicio de la acción penal es irrenunciable e irrevocable. Que la Constitución Nacional y el código, no reconocen al querellante la potestad acusadora autónoma.

Ensayó una diferencia con el precedente “Santillán” de la C.S.J.N.

Cuestionó que se convierta una acción pública en privada sin respaldo legal.

Que la facultad de ejercer-promover la acción fue conferida al Fiscal, sostener lo contrario, implicaría adjudicarle al querellante atribuciones extra legem y la consecuente conversión de la acción pública en privada.

Refirió que “nada jurídico” se respondió a la censura vinculada con la conversión de la acción pública en privada y que es nula la reglamentación legal respecto del tema, a diferencia de otros códigos de procedimiento.

Que pretende que se decida en función de la ley, que se respete el principio de legalidad y que los jueces no se aparten de la ley vigente aplicable al caso.





Que no se pretenda jurisprudencialmente invadir, ni subrogarse potestades legislativas, que no se pretenda introducir lo que no se admitió en el seno parlamentario.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se declare admisible, que se deje sin efecto la decisión impugnada y se confirme la resolución dictada oportunamente por el Juez de Garantías.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro de audio y acta de audiencia de fecha 03/11/16) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer término, hizo uso de la palabra el Fiscal del caso, Maximiliano BREIDE OBEID, quien justificó la procedencia formal del recurso y desarrolló los ejes centrales del mismo en los términos ya compendiados.

Luego, se cedió la palabra a la Defensa, que adhirió íntegramente a lo expuesto por la Fiscalía, ratificó la impugnación extraordinaria y desarrolló sus agravios de un modo plenamente coincidente a su escrito.

Posteriormente, el Dr. GUTIERREZ hizo uso de la palabra por la parte querellante y dijo que si bien es cierto que a la fecha no se individualizó un autor, en realidad la formulación de cargos pretendida obedece a un dato de la realidad, ya que no hay dudas de que el proyectil que Rodrigo BARREIRO tiene alojado en su cuerpo se corresponde con un plomo 12.70 de un arma de fuego, de las disparadas por el personal policial el día del hecho. No hay dos casos, como sostuvo la Fiscalía, sino uno solo, donde están las lesiones certificadas de BARREIRO y que aún no se ha agotado la investigación, por ello la necesidad del querellante de intentar lograr el impulso de la investigación.

Prosiguió por la querrela, el Dr. MENDAÑA, quien expresó que los recursos deben ser desestimados formalmente. Que ambas partes pusieron el acento en el artículo 248 del C.P.P.N. pero sin conectarlo con el artículo 233 ni con el 239, en los que se establecen las condiciones de impugnabilidad objetiva y subjetiva, partiendo de la taxatividad de los recursos. Que por la vía de los “actos procesales importantes”, los recurrentes pretenden sortear ese valladar.

Estimó que la misma se acuñó en favor de los imputados, no del Ministerio Público Fiscal, y los primeros tienen facultades más amplias que la Fiscalía para impugnar.

Que la vía del “acto procesal importante” no puede ser invocada por la Fiscalía para fundar la apertura formal de su recurso. Sí lo puede la Defensa, pero con la debida justificación de la necesidad de tutela inmediata, ausente en este caso.

En referencia al recurso del Fiscal, manifestó que no están en juego la división de poderes ni las facultades del artículo 120 de la C.N. Que el principal afectado es BARREIRO, a quien la Fiscalía le cerró la puerta. No ve gravedad institucional.

Con relación al fondo del asunto, dijo que la víctima tiene derechos convencionales garantizados no sólo por el artículo 75 inciso 22 de la C.N., sino también por el artículo 58 de la Constitución Provincial neuquina. Que ello le impone al Estado argentino la obligación de respeto y de garantía, dentro de las que se encuentran el tomar las medidas legislativas, administrativas, etc., a fin de tutelar sus derechos. Citó jurisprudencia e informes de la Comisión I.D.H. (N° 5/96, caso N° 10970 y N° 34/96, caso N° 11228). Que BARREIRO fue admitido como parte, bajo las reglas del Código, por lo tanto tiene derecho a llegar a un juicio y a una sentencia. Que el a quo no hizo otra cosa que aplicar control de convencionalidad y vio si alguna norma local chocaba con las normas convencionales, arribando a la solución a la que llegaron por esa vía.

Opinó que la Fiscalía interpretó erróneamente el artículo 120 de la C.N., puesto que de ninguna manera estableció en manos del Estado el monopolio exclusivo del ejercicio y persecución penal estatal respecto de la acción pública. En términos de política criminal, la Defensa dijo que esto era “privatizar la acción penal”, pero nada más alejado, pues implica la participación ciudadana en sus distintas maneras, ya sea a través de jurados populares, de legitimación a las ONG y de la tutela de los derechos de las víctimas. Solicitó la confirmación de la decisión impugnada.

Por último, se le confirió la palabra nuevamente a la Defensa (artículo 85, segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.), el Dr. URRRA manifestó que en el caso “Torresan Bruno”, la querrela manifestó una opinión contraria a la hoy expresada en esta causa.

IV. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE y Dr. Ricardo Tomás KOHON.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo:

Los escritos fueron presentados en término, por ante la oficina judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona (artículos 242, primer párrafo, en función del 249 del C.P.P.N.).

En lo atinente a la impugnabilidad objetiva, si bien la decisión cuestionada no se encuentra prevista expresamente entre las enumeradas en los





artículos 233 y 239 del C.P.P.N., en este legajo, los recurrentes aducen que resulta impugnabile por tratarse de un auto procesal importante.

En el presente caso, el a quo declaró la admisibilidad de la impugnación ordinaria deducida por el querellante, revocó la decisión del Juez de Garantías (del 08/08/16) y reconoció el derecho de la querrela a formular cargos en forma autónoma.

Con relación a la cuestión, se sostuvo que "...desde el punto de vista gramatical, no existe ninguna posibilidad de relacionar a los 'autos procesales importantes' con alguna de las autorizaciones para impugnar que los arts. 240 y 241 ponen en cabeza de la querrela y la fiscalía. En virtud de ello, debe afirmarse con absoluto énfasis que las partes acusadoras no poseen legitimación subjetiva para impugnar a través de esta vía..." (Elosú Larumbe, Alfredo A.: "El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio", Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2015, págs. 106 y ss).

Si bien es cierto que dentro del catálogo de los pronunciamientos impugnables por el imputado están también ausentes los llamados "autos procesales importantes", es evidente que ello debe conjugarse con el artículo 23 del rito local, por el cual se establece que "Todas las normas que coarten la libertad del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos se interpretarán restrictivamente...". Así entonces, a fuerza de no incurrir en una analogía in malam partem, debe interpretarse que ese derecho recursivo se proyecta, de manera exclusiva, a favor del imputado. Tal asimetría impugnativa se vuelve aún más evidente al confrontar la sistemática del Código Procesal ya derogado y el actual. En efecto: el Código anterior establecía que el derecho a recurrir correspondía a quien le sea expresamente acordado siempre que tuviera un interés directo, agregando inmediatamente después que cuando la ley no distinguía entre las diversas partes el derecho pertenecía a todas (cfr. art. 392 CPPC, L. 1677 y modificatorias).

Este nuevo ordenamiento, en cambio, ha suprimido ese derecho genérico e instaura un sistema de "legitimación expresa y taxativa" para impugnar en el cual, como reza el principio rector del art. 227, el derecho a impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea "expresamente" acordado (cfr. Elosú Larumbe, op. cit., pág. 106 y ss.).

Sentado ello, la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Fiscal no supera el tamiz de admisibilidad, al no verificarse la alegada impugnabilidad objetiva y carecer de legitimación subjetiva (artículos 227, 233, 241 y 249 del C.P.P.N.), por lo que propongo al Acuerdo que se declare su inadmisibilidad formal.

En cambio, en relación al recurso de la Defensa se advierte que la decisión del a quo le genera el agravio de continuar sujeto a las resultas de un proceso impulsado por quien carecería de la facultad de hacerlo, siendo esta la oportunidad en la que el derecho invocado puede encontrar la correspondiente tutela, por lo que la resolución recurrida reviste la calidad de auto procesal importante.

Por lo expuesto, estimo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la impugnación deducida por la Defensa (artículos 227, 233, 248 y 249 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El Dr. Ricardo Tomás KOHON dijo: Atento la solución dada a la cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante, a esta primera cuestión.

A la segunda cuestión, el Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo que: Luego de analizado el recurso de la Defensa, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo, se propone al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea declarada procedente.

1) La Defensa se agravó por una presunta arbitrariedad de sentencia, al entender que lo decidido por el a quo no constituye una derivación razonada del derecho vigente en relación a las circunstancias del caso.

En este punto, se aclara que la cuestión relevante gira en torno a si la querrela se encuentra o no facultada para formular cargos en forma autónoma, en los delitos de acción penal pública.

2) En relación a la arbitrariedad de sentencias, la doctrina enseña que "el magistrado tiene generalmente, frente a la norma –decía Linares- un abanico de posibilidades exegéticas: si escoge una de ellas, lo decidido no es arbitrario; pero si opta por una versión ajena a éstas, aparece el fallo arbitrario" (op cit., Sagüés, pág. 182).

En cuanto a la sentencia autocontradictoria, se dijo que "tiene a agruparse dentro de los supuestos de arbitrariedad normativa, puesto que su defecto se refiere a la propia estructura del fallo, incumpliendo las prescripciones legales sobre la obvia armonía que debe mediar primero entre los fundamentos de la resolución, y después entre esos fundamentos y lo decidido. Sin embargo, y como el mismo Carrió apunta, la contradicción interna puede versar sobre los hechos (afirmándolos y negándolos a la vez), circunstancia que –en los casos donde ocurra- derivaría el problema, quizás, al ámbito de la arbitrariedad fáctica" (op cit., Sagüés, pág. 246).

3) Siguiendo tales lineamientos y tras el análisis del resolutorio puesto en crisis, se advierte que adolece de un déficit en la fundamentación que le resta validez como acto jurisdiccional.

Ello por cuanto, los argumentos utilizados por los magistrados de la instancia anterior (cfr. registro audiovisual "LEG. 11593 –BARREIRO– (SALA 3) – PARTE 2-2") no sólo desnaturalizan la voluntad del legislador local, sino que también se apartan de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente.

4) La decisión del a quo fue adoptada por unanimidad, al primer voto del Dr. REPETTO adhirieron los restantes jueces en lo sustancial, efectuando algunas consideraciones particulares.



Del primer voto se desprende que, por un lado, el magistrado reconoce la historia de la reforma procesal penal en la provincia, que hubo muchas discusiones –a lo largo de más de diez años- alrededor de diferentes posiciones y en particular, acerca del reconocimiento de la figura del querellante en cuanto al carácter autónomo o adhesivo. Que originalmente se preveía expresamente un artículo “51” que transformaba la acción pública en privada en caso de que el Fiscal decidiera no ejercer la acción y que antes de que se cerrara la discusión final del proyecto en la Comisión Interpoderes y pasara al recinto, hubo una solicitud o propuesta de modificación de más de cien artículos –proveniente del poder ejecutivo-, las que no fueron aceptadas, salvo la “derogación del artículo 51”.

Y a continuación, el mismo magistrado dijo que el problema que se presenta es que todo “sistema procesal” es eso, un “sistema”, no son normas aisladas, sino que tienen una lógica, una coherencia única. Que el artículo 51 no era el único que regulaba la función del querellante en el proceso sino que hay una serie de otras normas que lo hacen que no fueron modificadas. Que lo único que se logró al no incorporar el artículo 51 del proyecto fue dejar un código con relativa inconexidad pero no cambió en absoluto el espíritu del código (cfr. reg. cit.).

Al respecto, caben las siguientes consideraciones: primero, no puede afirmarse que el espíritu del código procesal penal sea algo distinto a lo que sancionaron los legisladores neuquinos, hace cinco años atrás, recuérdese que la cuestión aquí planteada no se trata de un olvido o de un supuesto que no pudieron prever, sino que al contrario, el propio Dr. REPETTO reconoce que los distintos institutos contemplados en el actual código fueron largamente discutidos previo a su sanción, incluido lo relativo a la querrela, además, resulta relevante que en el anteproyecto se encontrara contemplada la figura del querellante con facultades autónomas y que se decidiera excluirla previo al tratamiento parlamentario, en el que se aprobó en general y cada norma en particular del C.P.P.N.

Ello surge del Diario de sesiones de la Honorable Legislatura Provincial de Neuquén, en las reuniones N° 25 y N° 26 (del 23 y 24/11/2011, respectivamente) del XL período legislativo. En las que, asociado al tema que nos ocupa, lo único que se propuso a discusión fue la incorporación de un artículo “65 bis” que contemplara los casos especiales de la querrela (colectiva), que fue rechazado por falta de la mayoría necesaria. En ese marco, el diputado INAUDI –que no compartió la propuesta antes referida- aclaró que puede intervenir como querellante la víctima, que se encuentra definida claramente en el artículo 60 y que se establece el orden de prelación con el cual van a estar habilitados para participar y agregó que “Esa suerte de privatización de la acción penal pública, la verdad que no termina de convencerlo”. A su turno, el diputado KOGAN manifestó que estudió la cuestión y que “en la medida en que no se viole el principio de acusación única (...) que la redacción de la figura de la querrela colectiva no afecte tampoco el impulso siempre en manos del Ministerio Público” estaba de acuerdo con esa incorporación (cfr. [www.legislaturaneuquen.gov.ar](http://www.legislaturaneuquen.gov.ar), diario cit., reunión N° 26, págs. 2674/8).

Entonces, resulta claro que el legislador optó por no incluir en el C.P.P.N., una norma que le permitiera al querellante formular cargos en forma autónoma, en tal situación, los jueces no pueden apartarse de ello declarando una facultad descartada y por ende, no prevista expresamente.

Segundo, en el voto ponente se puso el acento en que se trata de un “sistema” procesal pero cuando efectúa su interpretación no considera todas las normas relacionadas con la cuestión. El magistrado aludió a lo previsto para las impugnaciones de las decisiones judiciales –diferencias en las facultades reconocidas a las partes-, a que cuando se contempla la acusación única no se hace diferencia entre los acusadores, básicamente, sienta su razonamiento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, el fallo “Santillán” de la C.S.J.N. y en la interpretación del artículo 132 del C.P.P.N. Aquí se aclara, que el Dr. ZVILLING considera que tal precedente no resulta necesario para resolver la cuestión.

Ahora bien, una interpretación sistemática de los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes, lleva necesariamente a una conclusión distinta a la arribada en el fallo impugnado.

En el primer voto no se desconoce que la Carta Magna incluye la facultad de ejercer la acción penal al Ministerio Fiscal pero sostiene que si no la ejerce puede hacerlo el querellante. En tal razonamiento se soslaya que el artículo 1 de la Ley N° 2893, entre las funciones de ese Ministerio, le reconoce la de “fijar políticas de persecución penal (...), dirigir la investigación, promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública”, lo que se encuentra en consonancia con las funciones contempladas en el artículo 69 e incluso, con el artículo 64, primer y segundo párrafos –ambos del código de rito-, así respecto al querellante en delitos de acción pública se establece que “la víctima (...) podrá intervenir en el proceso como querellante particular en la forma prevista en este Código. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades (...)”.

Es decir que la actuación del querellante particular se encuentra sujeta a las facultades reconocidas por el C.P.P.N., las que son diferentes según se transite las distintas etapas -a partir de los actos iniciales- previas al juicio, durante y posteriores al mismo. Por ello no se puede deducir –como intenta hacerlo el magistrado- que si querellante tiene mayores facultades para impugnar que el fiscal entonces también puede formular cargos en forma autónoma. El a quo para dilucidar lo planteado debió aplicar las previsiones relativas al momento inicial, en particular, las que refieren al ejercicio de la acción penal pública –antes mencionadas-.

Respecto al artículo 132 del C.P.P.N., además de las interpretaciones ensayadas por los Dres. REPETTO y ZVILLING, para sustentar su decisión, cabe preguntarse si –hipotéticamente- se le reconociera al querellante la facultad de formular cargos en forma autónoma, para qué se le otorgaría a la víctima la posibilidad de controlar la decisión del fiscal ante una desestimación, aplicación de un criterio de oportunidad o el



archivo. Ello no tendría sentido, dado que independientemente de lo que decidiera el fiscal, la víctima siempre podría formular los cargos. Entonces, una interpretación posible del último artículo mencionado también lleva a colegir que lo decidido por el Ministerio Fiscal puede causar agravio a la víctima –en los casos contemplados– y como no tiene la facultad autónoma de formular cargos, se le reconoce la instancia de control.

5) En suma, una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador y sistemática lleva a concluir que, en los casos de presuntos delitos de acción penal pública, el querellante no se encuentra facultado para formular cargos en forma autónoma, conforme a los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes.

6) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene destacando de forma reiterada que el dar pleno efecto a la voluntad del legislador es el fin primordial del intérprete (C.S.J.N., doctrina de Fallos 324:1481; 328:1652; 329:3373; 331:1234; 331:2550, entre muchos otros). Además, no debe violentarse la esfera de la actividad propia del legislador, cuestión que tendría una implicancia negativa sobre el principio constitucional de división de poderes.

El Címero Tribunal sostuvo que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma, tal como se la concibió (Fallos 300:700 y 315:2443, entre otros), pudiendo añadirse en este tópico que desde siempre la Corte ha reconocido como principio hermenéutico que las leyes deben siempre interpretarse evitando suponer la inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria del legislador (C.S.J.N., Fallos 331:866, entre otros).

7) Por todo lo expuesto, al verificarse la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado, por un déficit en la fundamentación efectuada por el a quo que le resta validez al acto jurisdiccional, corresponde dejar sin efecto tal decisión.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria de la Defensa debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El Dr. Ricardo Tomás KOHON dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo: Atendiendo al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la resolución interlocutoria N° 163/2016, pronunciada en audiencia del día 02/09/2016, por el Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ N° 11593/2014) y que se confirme el punto a) de la decisión del Juez de Garantías, adoptada en audiencia del día 08/08/2016, en el que se resolvió: “No hacer lugar a la Formulación de Cargos solicitada por la Querella” (cfr. fs. 1/2 y registro de audiencia del 08/08/2016). Tal es mi voto.

El Dr. Ricardo Tomás KOHON dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo: Corresponde eximir de la imposición de costas en esta instancia, atento a que la solución arribada resulta favorable a la impugnación de la Defensa (artículo 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. Ricardo Tomás KOHON dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Mi voto

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I. DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal, contra la resolución del Tribunal de Impugnación pronunciada en audiencia del día 02/09/2016, en el legajo MPFNQ N° 11593/2014 (registro interlocutorio N° 163/2016, videgrabación identificada como “LEG. 11593 –BARREIRO– (SALA 3) – PARTE 2-2”).

II. DECLARAR ADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por los Dres. Omar Nahuel URRÁ y Alejandro Rubén CASAS, defensores particulares, a favor de Eduardo Raúl PALACIOS, contra la resolución citada en el punto anterior.

III. HACER LUGAR al recurso de la Defensa antes mencionado, en consecuencia, DECLARAR la nulidad de la resolución interlocutoria N° 163/2016, pronunciada en audiencia del día 02/09/2016, por el Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ N° 11593/2014) y CONFIRMAR el punto a) de la decisión del Juez de Garantías, adoptada en audiencia del día 08/08/2016, por el que se resolvió: “No hacer lugar a la Formulación de Cargos solicitada por la Querella” (fs. 1/2 y registro de audiencia del 08/08/2016).

IV. SIN costas (artículo 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

V. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen. Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE - Dr. RICARDO TOMÁS KOHON

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario



[-Por Carátula](#)

“TARIFEÑO GISEL ROXANA C/ OFAK JOSE LUIS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS 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.: 477049/2013) – Sentencia: 288/16 – Fecha: 29/12/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. ASEGURADORA. CLAUSULA DE EXCLUSION. DAÑOS Y PERJUICIOS. REPARACION INTEGRAL. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. FORMULA MATEMATICO FINANCIERA. FORMULAS VUOTTO Y MENDEZ. DAÑO MORAL.

- 1.- Al no haberse acreditado la existencia y alcance de la cláusula de exclusión invocada, la defensa de la aseguradora debe ser desestimada.
- 2.- Siendo un supuesto de “giro para ingresar a otra arteria” es de aplicación lo establecido en el artículo 41 de la ley de tránsito.
- 3.- La reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos. A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.
- 3.- Ambas fórmulas (Vuotto y Méndez) deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso. Por lo tanto, teniendo en cuenta las pautas antedichas, y utilizando las fórmulas [de matemática financiera] como pauta de referencia, la indemnización por este rubro debe ser elevada a la suma de \$150.000.
- 4.- En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas, que debió guardar reposo y que debe someterse a tratamiento de rehabilitación física. Traídas todas estas consideraciones al caso, ponderando lo informado por la perito psicóloga, pero también que no ha arrimado prueba testimonial que diera cuenta del estado en el que se encontró en el período inmediato anterior y posterior a que aconteciera el hecho dañoso y, tomando también como parámetro, las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, el monto en concepto de daño moral debe ser elevado a la suma de \$20.000.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “TARIFEÑO GISEL ROXANA C/ OFAK JOSE LUIS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE” (EXP. N° 477049/2013) venidos en apelación del Juzgado Civil N° CINCO 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, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia dictada en autos apelan la actora y la citada en garantía.

La actora se queja con relación al monto reconocido en concepto de daño por incapacidad física y daño moral (ver hojas 317/321).



La citada en garantía cuestiona que no se haya receptado la defensa de exclusión de cobertura.

Indica que lo que se encuentra en discusión es que el Sr. Ofak carecía de carnet habilitante especial para conducir remises, lo que era exigido por la póliza, incumpliendo las previsiones de la cláusula 22 (inc. 10), Anexo I.

Luego de transcribir los argumentos de la sentenciante, con cita de pronunciamientos judiciales –entre ellos, los dictados por esta Sala- expone que la cláusula invocada es operativa e indica que la Cámara se ha expedido acerca de su validez.

En segundo lugar, se queja de la atribución de responsabilidad en tanto el vehículo conducido por el demandado circulaba por la derecha, contando con prioridad de paso.

Los agravios son contestados por la actora en hojas 334/336.

2. Así planteada la cuestión, comenzaré por el análisis de los agravios presentados por la citada en garantía.

Tal como la misma refiere, con cita de antecedentes de esta Sala, es cierto que nos hemos pronunciado acerca de la validez y razonabilidad de la cláusula de exclusión invocada.

Desde esta perspectiva, he de disentir con el análisis que efectúa la magistrada para rechazar la defensa.

Es que tal como lo vengo indicando a partir del voto que vertiera en autos “BRITO CONTRERAS JUVENAL C/ LAGOS HAYDEE VIVIANA Y OTROS S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (Expte. N° 386457/9), del registro de la Sala II de esta Cámara y lo reiterara en otros casos, la cláusula es operativa.

Dije entonces: “...El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado.

Normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej., incendio) y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización.

La determinación, entonces, implica dos fases:

- La individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (incendio, robo, granizo, muerte, etc.).

- La delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo.

Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía.

Estas cláusulas “señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos en los que operará el seguro (Conf. Stiglitz-Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil, Bs. As., A. Perrot, 1991, n 137, pág. 280 y ss).

En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos; implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Soler Aleu, Amadeo, El nuevo contrato de seguros, Bs. As., ed. Astrea, 1970, pág. 66).

Hay consenso en que la extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía (Halperín, Isaac, Seguros, 2 ed., actualizada por JCF Morandi, Bs. As., Depalma, 1986, t. II, pág. 503 y ss).

Ahora bien, estas cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido razonable (Compulsar Barbato, Nicolás H., Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguros, ED 136-547)“...”

Y agregaba: “...concretamente, en un supuesto similar al de autos se ha sostenido, en jurisprudencia que comparto:

“En la mentada póliza, agregada en fotocopia a fs. 50/56 de autos se indica claramente cuál es el riesgo cubierto al indicarse el destino que debía darse a la Renault Trafic Largo Diesel, dominio C.E.M - 313 (transporte de escolares y servicios especiales), que exigía para quien tuviera a su cargo la conducción del mismo, la habilitación como chofer profesional. Por eso en la cláusula 22 de las condiciones generales se convino como “exclusión de cobertura, “inc. 8°.

Mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente” carácter que no tiene el Sr. JOFRE de acuerdo al carnet de conductor que adjuntó y que se glosa a fs. 6 y vt.

Ahora bien, si el Sr JOFRE renovó la póliza del seguro, manteniendo el destino que se le iba a dar de escolaridad hasta 15 asientos y servicios especiales -no existe prueba en contrario- va de suyo que sabía o debía saber que el rodado asegurado para una actividad específica, debía ser conducido por un chofer que tuviera habilitación profesional para ese menester, calidad que no poseía el Sr JOFRE. Si él decidió darle un destino distinto al vehículo utilitario, debió hacerlo constar en la póliza antigua y en la posterior renovación, lo que ciertamente no hizo. No se trata, por tanto, de aludir a la buena fe contractual referida al estar al día con el pago del premio, como parece entenderlo la iudex a-quo, porque esa cuestión no formó parte de la litis y le estaba vedado a la sentenciante considerarla, obviando lo que si era motivo específico de controversia, esto





es, si de acuerdo al seguro convenido, podía la Aseguradora ampararse en la exclusión de cobertura por configurarse la violación a la cláusula 22° de la póliza, cuya interpretación no ofrece dificultad alguna.

Acierta en mi criterio la recurrente, cuando sostiene que la a-quo ponderó una cuestión distinta a la propuesta, omitiendo expedirse sobre el motivo que se invocó para excluir a su mandante de la condena. En ese contexto, la cláusula 22° de la póliza es explícita al excluir de la cobertura del seguro al asegurado que carece del carnet profesional para conducir un rodado afectado a una actividad específica, aceptada expresamente por éste. Si cambió unilateralmente la afectación del rodado, debió denunciarlo, pero ello de ninguna manera puede redundar en su beneficio y en un perjuicio para la aseguradora, rompiendo la ecuación del contrato. Si el vehículo utilitario no se encontraba conducido por una persona habilitada a esos fines, funciona a pleno la cláusula de exclusión pactada, que no ofrece ninguna duda para su interpretación...” (cfr. Tercera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, autos n° 181.175/33958 caratulados: " ABIHAGGLE, EDGARDO JOSE Y OTS c /JOFRE, JUAN DAVID p/ D Y P ", 10/04/2012)...” (cfr. “MARQUEZ MONICA ALEJANDRA C/ GRILLI VICENTE ANGEL Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)” EXP N° 502104/2014, citado por el recurrente, entre otros).

2.1. Pero aún cuando ello es así, este caso cuenta con una particularidad que lo distingue del antecedente invocado: Nótese que el accionante ha desconocido la póliza y el contenido de la cláusula invocada (ver hojas 58 y 59 vta., último párrafo).

Y, frente a esto, la compañía asegurada no sólo que no ha adjuntado la póliza completa, de la cual surjan los términos de la cláusula de exclusión invocada, sino que, además, ante el desconocimiento, no ha ofrecido prueba alguna tendiente a acreditar el contenido y alcance del contrato. (Véase la documental adjuntada; lo informado por el perito contador, acerca de la falta de suministro de documentación por la Aseguradora).

Y esto es lo determinante y dirimente para la solución del caso, desde donde, al no haberse acreditado la existencia y alcance de la cláusula de exclusión invocada, la defensa debe ser desestimada.

Es que “...Cuando la aseguradora opuso la defensa de falta de legitimación pasiva e invocó las condiciones pactadas en la póliza adjuntando el documento respectivo, el actor al contestar el traslado, negó expresamente el contenido y autenticidad de la documentación acompañada – que no era otra que el ejemplar de la póliza-, desconoció los términos del aseguramiento y dejó librado el resultado de la excepción opuesta a las pruebas que se rendirían en la etapa procesal oportuna... Considero que la ausencia de denuncia de siniestro o el citado reconocimiento por parte del representante del asegurado carece de la entidad necesaria como para tener por acreditados los términos de la póliza frente al accionante que los ha desconocido expresamente y que el ejercicio de la facultad judicial de admisibilidad de la prueba que confiere el inciso 5° del art. 360 no puede volverse en su contra. Los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso... La citada en garantía invocó la existencia de una determinada franquicia, con lo que asumió la carga de probarla, lo que no ha hecho ni intentado hacer, pues el reconocimiento por parte del asegurado no resulta oponible a la víctima que ha sido totalmente ajena a la concertación del contrato de seguro. En el caso, el actor no admitió la franquicia invocada por la aseguradora y ésta, en lugar de tratar de probar su aserto, desistió de la prueba adecuada, que no era otra que la pericial contable...Se ha dicho que corresponde a la aseguradora que la alega, acreditar la existencia de límites a la garantía comprometida, se trate del tope de la suma asegurada, de descubierto o franquicia obligatoria, de franquicia simple, etcétera (Conf. Stiglitz, Rubén S., “Derecho de Seguros”, Tomo II, N° 673, pág. 405). Es indiscutible que el asegurador citado en garantía responde frente al damnificado en la extensión del seguro contratado, lo que obliga a tener en cuenta las variaciones y limitaciones que surjan de las sumas aseguradas y la franquicia, si se hubiera estipulado. Pero no es así y nada más. Tal extensión –y las limitaciones y franquicia, en su caso-, deben constar en el expediente: tienen que ser opuestas, en primer lugar; y probadas, en segundo lugar (Conf. Ferder, Eduardo L., “El propio conocimiento como límite a la discrecionalidad del magistrado”, LL, 1996-D, 816)... En suma, quien afirma un hecho debe probarlo; quien afirma la existencia de una cláusula de exclusión de cobertura dada en un contrato de adhesión, debe probarla, no basta con solo invocarla. Quien alega un límite de cobertura –límite que impacta directamente sobre la efectividad del derecho de la víctima- debe probarla. En el marco de la teoría de la carga dinámica de las pruebas va de suyo que quien se encuentra en inmejorable posición jurídica para acercar la prueba documental del contrato que invoca es la empresa aseguradora; quien debe prioritariamente impulsar la prueba contable es la aseguradora. En estos actuados la citada Provincia S.A. no acompañó el contrato de seguro y no instó la prueba pericial contable que ella misma ofreció, y que el Tribunal proveyó (vid fs. 648). Va de suyo que no puede tener efectos negativos sobre el actor la negligencia probatoria de la aseguradora porque ello contraría los principios elementales procesales sobre la carga de la prueba y hiere groseramente el principio de Buena Fe...” (cfr.

“BARRIERA, MARIANA SOLEDAD y otros C/ OROZCO FLORES, JOHN MILLER y otros S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Expte. N° 21-00171437-3 TRIB.COLEG.RESP.EXTRACONTRACTUAL-6TA.NOM. Rosario).

Por lo tanto, aún cuando no se compartan los argumentos expuestos por la magistrada, la defensa no puede prosperar, debiéndose confirmar lo decidido, aunque por razón de decisión diversa.

3. Sentado lo anterior, he de analizar la atribución de responsabilidad cuestionada también por la citada en garantía.

Nuevamente aquí, discreparé con los argumentos de decisión, mas no con el resultado de la misma.





En efecto, la cuestión central no pasa por determinar quién había llegado primero a la bocacalle: “...Así, hemos señalado: “...el principio sentado por las normas que reglan las preferencias en el cruce o convergencias de arterias, no se puede sortear con facilismo acudiendo a la ruptura de la simultaneidad en el arribo, de manera tal quien primero se introduce en el sector de cruces o más avanza en el mismo ganó el derecho de prevalencia”. Más adelante agrega que “la absolutez de la regla está referida (y relativizada si se quiere) a las circunstancias de lugar (el escenario en que ella impera: la bocacalle que dibuja el cruce de arterias) y a la conducta a adoptar frente al mismo por los ciudadanos al mando de diversos vehículos”. Y el patrón interpretativo para relativizarla no es otro que el que fluye del normal comportamiento que el legislador espera de aquellos conductores en tales circunstancias. “De allí que la regla expuesta no puede admitir demasiadas excepciones que generen inseguridad o para conceder el “bill de indemnidad” a quien, en ese simultáneo arribo al cruce de calles, deja de lado el principio de preferencia del que gozaba el otro conductor, para adelantarse en ganar ese espacio, arrebatarle la preferencia y erigirse en fuente de riesgos y daños, de otro modo fácilmente evitables. Sólo cuando la certeza de que el cruce primerizo no sorprenderá a quien gozaba de la preferencia y no provocara la colisión, puede decirse que aquella absolutez cede...” (cfr. Ampliación de fundamentos del Dr. Roncoroni en causa cit. Ac. 76418, 12/3/2003 “Montero Viviana G. c/ Rafael José M. y/o quién resulte responsable s/ Daños y Perjuicios” DJJ 165-225, citado por Galdós, Jorge Mario, “OTRA VEZ SOBRE LA PRIORIDAD DE PASO (Y LOS PEATONES) EN LA SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES”)....” (cfr. entre otros, “MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)” (EXP N° 501889/2014) y su acumulado “MILLAHUAL WALTER MAXIMILIANO C/FREXAS FERNANDO MIGUEL Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)” EXP N° 502214/14).

Lo determinante es que, como bien sí indica la magistrada, la mecánica del accidente descrita por la actora fue confirmada por las pruebas rendidas en autos (en especial las testimoniales), en el sentido de que el demandado intentaba ingresar a la arteria por la que conducía la actora.

Y en supuesto similar al presente y, por lo tanto, en solución trasladable hemos dicho:

“En este caso, es cierto que la camioneta circulaba por la derecha; sin embargo si, como lo consignara, “la absolutez de la regla está referida (y relativizada si se quiere) a las circunstancias de lugar (el escenario en que ella impera: la bocacalle que dibuja el cruce de arterias)”, no puedo dejar de ponderar que el lugar de los hechos no se presenta como la típica encrucijada de calles.

En efecto: la calle Intendente Carro, por la que circulaba la camioneta, no continúa, se trunca al llegar a la intersección. La camioneta no traspuso esta última calle, sino que ingresó a la calle Saavedra; no quedaba otra alternativa porque, como dijera, Intendente Carro no continúa.

Por lo tanto, siendo un supuesto de “giro para ingresar a otra arteria” es de aplicación lo establecido en el artículo 41 de la ley de tránsito, que indica que:

“Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante:

...g) Cualquier circunstancia cuando:

...3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía...”.

Esta disposición se complementa con el artículo 43, el que dispone con relación a los giros y rotondas:

“...Para realizar un giro debe respetarse la señalización, y observar las siguientes reglas:

- a) Advertir la maniobra con suficiente antelación, mediante la señal luminosa correspondiente, que se mantendrá hasta la salida de la encrucijada;
- b) Circular desde treinta metros antes por el costado más próximo al giro a efectuar.
- c) Reducir la velocidad paulatinamente, girando a una marcha moderada...”

A la luz de estas consideraciones, entiendo que más allá de que se haya establecido que el vehículo que circulaba por la derecha era el conducido por el demandado Rivera, en el caso de autos y dadas sus particulares características ya señaladas, entiendo que la solución dada por la magistrada es correcta y el agravio deducido en este aspecto no puede prosperar...” (cfr. de esta Sala I, “MARTINEZ MARIA CRISTINA Y OTRO CONTRA RIVERA RICARTE Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” EXP N° 328949/5).

Por este orden de motivos, entiendo que en este aspecto el recurso deberá ser igualmente desestimado.

Despejadas, de este modo, las críticas de la citada en garantía, corresponde abordar los agravios de la accionante.

3. En cuanto a la queja relativa al daño por incapacidad física, el recurrente transcribe las consideraciones y bases sobre las que hemos ponderado este rubro.

Ahora bien, como se indica en el recurso y lo he señalado en varios casos, el alcance del resarcimiento, la determinación del “cuánto” apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.

Porque indemnizar a la víctima insuficientemente –de asistírle el derecho- es muy injusto. “Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso... En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista ... Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del



caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "... la reposición de las cosas a su estado anterior..." (art. 1083 del Código Civil)...” (Debrabandere, Carlos Martín, “La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo”, publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: “la utilización de la fórmula matemática financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivación del daño, otorgando pautas previsible que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial (“Villalba Miguel Ramon C/Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil” P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles "...para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarificación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, “Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)” (Expte N° 343.739/06; 328949/5, entre otros).

A mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y, por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Vuotto “de uso común en la jurisdicción” (genéricamente llamada “matemática” o “polinómica”), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual- se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso –o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período) no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías “Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri “El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos”, DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: “La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva”.

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso.

Sobre estas premisas, debo considerar que no se encuentra cuestionado el ingreso sobre el cual la magistrada efectuó los cálculos; así tampoco, la edad, ni el porcentaje de incapacidad.

Los cambios en la realidad vital de la accionante que son invocados en el recurso, como uno de los sustentos de la crítica, no cuentan con sustento probatorio, desde que ninguna prueba –si quiera testimonial- se ha arrimado para dar fuerza a estos argumentos.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las pautas antedichas, y utilizando las fórmulas señaladas como pauta de referencia, entiendo que la indemnización por este rubro debe ser elevada a la suma de \$150.000.

4. La parte también cuestiona el monto acordado en concepto de daño moral.

Sin lugar a dudas, el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así, pues cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones,



acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. Pág. 466).

En este orden deben analizarse las particularidades de cada caso, teniendo presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Siguiendo los lineamientos propiciados por el Doctor Mosset Iturraspe, con miras a una justa ponderación del daño moral, podemos afirmar que: “Hay que descartar la posibilidad de su tarificación en proporción del daño material, debiendo atenernos a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general ‘standard de vida’. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite ‘la índole del hecho generador’ en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del C. Civ.)- OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1998 -I- 98/104, SALA II. CC0002 NQ, CA 736 RSD-98-98 S 19-2-98, Juez OSTI DE ESQUIVEL (SD) RUIZ DE MUÑOZ OLGA LAURA c/PROVINCIA DEL NEUQUEN s/DAÑOS Y PERJUICIOS. MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRI-OSTI DE ESQUIVEL.

En el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas, que debió guardar reposo y que debe someterse a tratamiento de rehabilitación física.

Traídas todas estas consideraciones al caso, ponderando lo informado por la perito psicóloga, pero también que no ha arrojado prueba testimonial que diera cuenta del estado en el que se encontró en el período inmediato anterior y posterior a que aconteciera el hecho dañoso y, tomando también como parámetro, las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, el monto debe ser elevado a la suma de \$20.000.

4. Por último y, con relación a las apelaciones arancelarias, debo señalar que los porcentuales establecidos se encuentran acordes a la escala arancelaria y guardan proporción con el mérito y alcance de la labor profesional llevada a cabo.

Las quejas del perito también deben ser desestimadas, no sólo por cuanto la decisión que aquí se adopta importa la necesaria revisión de la base, sino porque además, tampoco puede dejar de ponderarse la necesaria relación que debe existir –en términos de proporcionalidad- entre la retribución de los peritos y los restantes profesionales letrados intervinientes. Y, asimismo, en este caso particular, debe ponderarse el alcance de la pericia, complejidad del trabajo llevado a cabo y trascendencia para la decisión adoptada.

En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía, confirmando el pronunciamiento de grado en todo cuanto fuera objeto de agravio. Costas al recurrente vencido; 2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, elevando el monto correspondiente al daño por incapacidad física a la suma de \$150.000,00 y daño moral a la suma de \$20.000. Las costas estarán a cargo de la demandada y citada en garantía; 3) Desestimar la totalidad de los recursos arancelarios interpuestos. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.-

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

- 1.- a) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía, confirmando el pronunciamiento de grado en todo cuanto fuera objeto de agravio. Costas al recurrente vencido; b) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, elevando el monto correspondiente al daño por incapacidad física a la suma de CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000,00) y daño moral a la suma de VEINTE MIL (\$20.000). Las costas estarán a cargo de la demandada y citada en garantía; c) Desestimar la totalidad de los recursos arancelarios interpuestos.
- 2.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
- 3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Daniela GARCIA - SECRETARIA



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

"J. T. S/ GUARDA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 78484/2016) – Interlocutoria: 391/16 – Fecha: 20/12/2016

DERECHO DE FAMILIA: Responsabilidad Parental.

RESPONSABILIDAD PARENTAL. DELEGACION DEL EJERCICIO. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. GUARDA OTORGADA AL ABUELO. HOMOLOGACION JUDICIAL. DESESTIMACION. DISIDENCIA.

1.- Debe revocarse el pronunciamiento que desestima el pedido de homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la guarda del niño a favor del abuelo, pues la circunstancia de que tanto la madre como el niño dependen actualmente del abuelo, hacen que la delegación que efectúa la progenitora, encuentre justificación suficiente. Ello así, en orden al principio de la realidad y a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que también tiene su espacio en la regulación de la figura de la responsabilidad parental, todo lo que determina que la pretensión sometida a decisión, por sí sola, no deba ser desestimada: Es que “a priori, y en abstracto, no se puede impedir o desconfiar de las decisiones que puedan tomar los padres con relación a los hijos, incluso las más complejas y de gravedad, como es tener que delegar el ejercicio en un tercero” (cfr. Marisa Herrera, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Tomo IV, pág. 300). Por lo tanto, los autos deben volver a la instancia de origen a fin de que la magistrada disponga –en su caso y de así entenderlo- las medidas que considere acorde a fin de posibilitar –salvo que medie otro orden de razones en contrario- la homologación pretendida. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

2.- Debe confirmarse la resolución de la instancia de origen que desestima el pedido de homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la guarda del niño a favor del abuelo, puesto que el fundamento de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental peticionada radica en la necesidad de que el niño cuente con obra social, por lo que el recurso no resulta procedente en tanto no hay apartamiento de su progenitora. Asimismo, cabe destacar que el apelante –abuelo- no rebata lo expuesto por la A-quo en cuanto a que “el propio titular podría incluirla como adherente sin necesidad de revestir el cargo de guardador, cumpliendo así con el principio de solidaridad familiar” (...) Por otra parte, dictaminó la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente quien sostuvo que “Teniendo en consideración los caracteres que impregnan el instituto de la responsabilidad parental y que su delegación resulta de carácter excepcional tal como lo señala la magistrada interviniente en la resolución atacada, considero que resulta prudente confirmar dicha decisión por haberse dictado conforme a derecho”. (Del voto del Dr. Jorge PASCUARELLI, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 20 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:



En acuerdo estos autos caratulados: “J. T. S/ GUARDA” (JNQFA4 EXPTE 78484/2016) venidos en apelación esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Celina BARTHES, y de acuerdo al orden de votación sorteado CECILIA PAMPHILE dijo:

1. La Sra. magistrada desestima el pedido de homologación del acuerdo de delegación del ejercicio de la guarda a favor del abuelo, efectuado de conformidad a los términos del artículo 643 del CCC.

Para así hacerlo, considera que la delegación es de carácter excepcional, que debe tener en cuenta el interés superior del niño y por razones suficientemente justificadas.

Entiende que, en el caso, ellas no se encuentran reunidas en tanto la madre no ha acreditado una imposibilidad para el ejercicio de la responsabilidad parental, más allá de la desocupación y de su carácter de estudiante y madre.

En cuanto a la finalidad perseguida, esto es la inclusión en la Obra social, entiende que el niño podría ser incluido como adherente, sin necesidad de revestir el cargo de guardador, cumpliéndose así con el principio de solidaridad familiar.

Considera entonces que no están dados los recaudos previstos en el artículo 643 y tampoco los previstos en el 657 del CC y C.

Contra tal resolución apelan la madre y el abuelo.

Exponen que en el caso, se trata de una guarda asistencial y que tiene sustento en el artículo 643 en tanto la madre del niño no trabaja y vive en la casa de sus padres, no tiene capacidad económica para mantenerse y menos aún al pequeño, ya que ambos en los hechos dependen de su abuelo.

Indican que lo decidido contraría las convenciones internacionales de protección a la niñez y al interés superior del niño. Agregan que la guarda solicitada no implica tampoco un desplazamiento de la responsabilidad parental en tanto esta se conserva en cabeza de la progenitora de modo que mantiene su derecho de supervisar la crianza y educación de su hijo.

Oída la Sra. Defensora del Niño, se expide en hojas 10, propiciando la confirmación de lo decidido, por ajustarse a las previsiones legales.

2. Refiere Marisa Herrera al efectuar el comentario del artículo 643 del Código Civil: “...Otra de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela—, o creaciones pretorianas —las conocidas “guardas asistenciales” a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo—...”

“...La previsión que realiza este artículo es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar —y no podía ser de otra manera—, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial.

Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad.

No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio. La redacción final de este artículo ha impuesto la condición de pariente a quien le sea delegada la responsabilidad parental, excluyendo así a otras personas que pudieran tener un vínculo afectivo comprobable con los progenitores y cuya relevancia surge de la ley 26.061 y su decreto reglamentario (referentes afectivos). Esta exclusión se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que esta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior “guarda de hecho”, expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611 CCyC (en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretendidos guardadores y los progenitores, limitando como única excepción a la separación del niño/a de sus guardadores de hecho la comprobación judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores fácticos y los progenitores).

En algunos supuestos, este artículo podrá funcionar como un “puente” entre el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y las instituciones propias del derecho de familia, como la responsabilidad parental, conexión completamente ausente en los términos del CC. Podrá ser así una variable a considerar en aquellos casos en los cuales los progenitores evidencien dificultades para desenvolver un funcional ejercicio de la responsabilidad parental y, a través de la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos, se pueda arribar a un acuerdo de delegación, con la imprescindible intervención judicial que exige esta norma...”

“...Así, la forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoriedad de la misma. No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. Ahora bien, se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los





motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas —ello incluye, sin dudas, al hijo/a—. Ahora bien, tratándose de una delegación del ejercicio, la norma explícitamente dispone que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, una clara evidencia de que no se trata de una renuncia o abandono, y que dicha titularidad, a pesar de estar desmembrada del ejercicio, faculta a mantener el derecho de supervisión de la crianza y educación del hijo, disposición que refuerza la presencia de los progenitores en la vida de sus hijos sin perjuicio de la delegación efectuada. Por último, el artículo dispone su aplicación también a aquellos hijos con un solo vínculo filial, evitando así que una interpretación gramatical de la primera parte (“los progenitores”) pudiera impedir a aquel progenitor único delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, en las mismas condiciones ya expuestas...” (cfr. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723. Dirección Editorial: Julián Álvarez. Coordinadoras Generales: María Paula Pontoriero, Laura Pereiras, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, julio de 2015, ISBN: 978-987-3720-31-4, Id Infojus: LB000171, [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_II.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf)).

3. En este contexto, y sin desconocer la existencia de otras posiciones al respecto (ver, por caso, STJ de Jujuy, Expte. 10523/14 “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° C-007200/13 (Sala II - Tribunal de Familia) Guarda: M., S. A. por el menor M., L. E.”), entiendo que la interpretación efectuada no es la que mejor se compadece con el interés superior del niño, el que debe ser evaluado y satisfecho en todos los casos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias. Por lo que ‘la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso’” y es así que “en definitiva, el interés del menor es que lo debe presidir la interpretación de la ley. En aras de resolver su situación, o los derechos que se le vean vulnerados no puede dejarse de tenerse en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos en donde la autonomía de la voluntad, el principio de realidad y el valor de cooperación entre los miembros de la familia cobran importancia si se quiere alcanzar la coherencia del ordenamiento jurídico”. (cfr. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes, “R.M.C. s/ guarda de personas”).

Y, en igual línea, en posición que comparto (aún cuando es anterior a la vigencia del CCyC) y que es trasladable al presente, se dijo:

“Las circunstancias de hecho reseñadas por el peticionario y por los defensores promiscuos, nos acreditan un objetivo tendiente hacia la integración familiar; así el abuelo asume por sí solo la carga pecuniaria que necesita para los gastos que demanda posibilitar brindarle adecuada alimentación a la niña, por lo que esta Excma. Cámara no ha de compartir el razonamiento ni la conclusión a la que arriba la juez a quo, toda vez que podrá interpretarse que entre los progenitores de la menor y su abuelo ejercerán una guarda conjunta ya que la pretensión no encarna la exclusión o el debilitamiento del contenido de la patria potestad, sino que en todo caso debe entenderse como subsidiaria, esto es tendiente al desarrollo integral de la niña.

“...De allí que si concebimos que de acuerdo a los nuevos paradigmas sobre los derechos de los niños se propicia la derogación de las leyes que responden a la doctrina de la situación irregular del menor sustituyéndola por la doctrina de la protección integral, se incurre en incongruencia cuando desde la familia se propone un acuerdo para que el niño pueda estar amparado por algún beneficio social en pro de su derecho a obtener el más alto nivel posible de salud y los organismos responsables en el contralor se apegan a una interpretación restrictiva de las normas en perjuicio del efectivo goce de los derechos constitucionales de los niños que como personas en desarrollo se les reconoce.

El contenido del principio del “Interés Superior del Niño” debe ser entendido en el sentido del reconocimiento pleno de sus derechos (Com. N° 2 del X Congreso Intern. Dcho. de Flia.) y para ello deben adoptarse todas las medidas necesarias tendientes a la protección y desarrollo integral del niño y en el de remover todos los obstáculos que impiden la efectiva realización de los derechos de los niños. A cada derecho del niño corresponden deberes concretos de los padres, la familia, la sociedad y el Estado (Com. N° 2, ídem). En el preámbulo de la Convención quedó establecido que los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...que en la DUDH las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la base de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional garantizan la seguridad social no sólo a quienes se encuentran trabajando sino a “toda persona” (art. XVI, D.A.D.D.H.; art. 25, D.U.D.H.; art. 9, P.I.D.E.S.C.). No queda duda de que los titulares de estos derechos son todos los habitantes, no sólo los trabajadores, quienes deben ser protegidos frente a los riesgos y contingencias sociales (muerte, vejez, enfermedad, desempleo, etc.) mediante un sistema al cual contribuyen o no los beneficiarios. Es decir que más allá de la alternativa voluntaria de cada cual, la Constitución exige esta provisión compulsiva sostenida por un sistema en el que participa directa o indirectamente el beneficiario y el obligado (p. ej. aportes sociales a partir del salario) o en forma indeterminada (por vía de impuestos). De esta forma el reconocimiento constitucional de la





seguridad social comprende también a la "asistencia social" que es la cobertura de todo riesgo por el Estado a su exclusivo cargo con fondos provenientes de rentas generales (cfr. Quiroga Lavié-Benedetti-Cenicacelaya Derecho Constitucional Argentino t. I-285 y sigtes. Rubinzal Culzoni-Santa Fe-2001; y art. 75, inc. 23 C.N.).

"...La obligación de asistencia pesa en primer lugar sobre los padres pero ante la imposibilidad de éstos de cumplimentar tal obligación se extiende en forma subsidiaria a los restantes parientes que integran la familia ampliada, por lo que si éstos, en virtud de una reglamentación legal, requieren de una decisión del juez, no se advierte el obstáculo para que se admita o se facilite la prestación asistencial; es arbitraria la decisión denegatoria al pedido del abuelo por el hecho de mantenerse la niña en contacto material y moral con sus padres, privándosele a que sea asistida en el resguardo de su salud por el mismo, dada la imposibilidad de los padres de acceder a la obra social. Es decir que ni el Estado, ni la sociedad cumpliría con la obligación de asistencia a la niña en situación de desamparo, pese al reclamo del abuelo para evitarlo.

Siendo que, precisamente la interpretación de los derechos de los niños deben ser diferentes al de los mayores ciertamente reconociéndoseles un plus a favor de los mismos, por su vulnerabilidad, su misma edad, su indefensión, por ser personas en desarrollo y a los efectos de la protección integral que se reclama, dentro del núcleo o en la periferia familiar es que prioritariamente debe efectivizarse la protección de los derechos de los niños (art. 75, inc. 19, párr. 3° C.N.) revistiendo carácter de orden público los beneficios de la seguridad social y como tal son irrenunciables (art. 14 bis de la C.N.). Y ante la imposibilidad material o el desamparo familiar "El estado no puede desatender, ni transferir, ni declinar su protagonismo activo sobre todo el sistema de la seguridad social, cualesquiera sean las entidades o los organismos que otorguen las prestaciones" (Germán J. Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada t. II-246 Ediar - Editora C.I.F. Buenos Aires, 1998), con especial alusión a los menores, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 C.N.).

Y para el mejor propender a ese desarrollo integral que audita la Convención, es que en el sub lite no debe requerirse la renuncia de los padres a los institutos, derechos ni responsabilidades que emergen del régimen de la patria potestad, como lo sostiene la juez, sino que contrariamente debe acudir al auxilio de su fortalecimiento máxime que debe permitirse la autonomía de las decisiones familiares..." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz, R. S., S. A. • 06/04/2005 Publicado en: LLPatagonia 2005 (agosto), 1177 Cita online: AR/JUR/1554/2005).

4. Es que trasladados los conceptos al caso analizado, entiendo que la circunstancia de que tanto la madre como el niño dependen actualmente del abuelo, hacen que la delegación que efectúa la progenitora, encuentre justificación suficiente.

Ello así, en orden al principio de la realidad y a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que también tiene su espacio en la regulación de la figura de la responsabilidad parental, todo lo que determina que la pretensión sometida a decisión, por sí sola, no deba ser desestimada: Es que "a priori, y en abstracto, no se puede impedir o desconfiar de las decisiones que puedan tomar los padres con relación a los hijos, incluso las más complejas y de gravedad, como es tener que delegar el ejercicio en un tercero" (cfr. Marisa Herrera, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Tomo IV, pág. 300).

Todas las razones anteriormente expuestas, unido a la circunstancia de que, en los términos del artículo 643 del CC y C, la medida es temporal y la progenitora conserva la titularidad de la responsabilidad parental y mantiene el derecho a supervisar la crianza y educación, lo cual, además, se asegura por la circunstancia de convivir en el seno de su familia de origen, entiendo que el pronunciamiento, en cuanto desestima sin más el pedido de homologación, debe ser revocado.

Propicio en consecuencia así se declare y que los autos vuelvan a la instancia de origen a fin de que, más allá de los aspectos que aquí han sido evaluados, la magistrada disponga –en su caso y de así entenderlo- las medidas que considere acorde a fin de posibilitar –salvo que medie otro orden de razones en contrario- la homologación pretendida. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Disiento con la solución propuesta en el voto que antecede, por cuanto revoca la resolución que desestima el pedido de homologación de fs. 4 y vta.

Es que, como sostuvo la Jueza de grado, "La responsabilidad parental es irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y –en principio- indelegable y tales caracteres se verían de algún modo desnaturalizados de hacerse lugar a la guarda solicitada con el único objetivo de incluir al niño en la obra social" (fs. 5vta.).

Además, la doctrina señala que, "No puede obviarse que el hijo a través de la delegación del ejercicio es separado de su familiar nuclear, conforme a su interés superior, y las circunstancias lo exigen", (Kemelmajer de Carlucci Aida, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo IV, pág. 62, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014).

En punto a la homologación que señala el art. 643 del CCC se ha sostenido que: "De este modo se faculta a los jueces –a modo de control- a evaluar si la delegación del ejercicio está en consonancia con el mejor interés del hijo, para lo cual deberá indagar sobre dos temas: 1) el apartamiento transitorio de los progenitores, y 2) la aptitud de la persona elegida para su cuidado." (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo IV, pág. 301, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015).

A partir de lo expuesto, atento que conforme surge de fs. 4 B. A. J. es hija de P. E. J. y ambos viven en el mismo domicilio, como también que el



fundamento de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental peticionada radica en la necesidad de que el niño T. J. cuente con obra social, el recurso no resulta procedente en tanto no hay apartamiento de su progenitora.

Asimismo, cabe destacar que el apelante no rebate lo expuesto por la A-quo en cuanto a que “el propio titular podría incluirla como adherente sin necesidad de revestir el cargo de guardador, cumpliendo así con el principio de solidaridad familiar” (fs. 5vta.).

Por otra parte, a fs. 10 dictaminó la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente quien sostuvo que “Teniendo en consideración los caracteres que impregnan el instituto de la responsabilidad parental y que su delegación resulta de carácter excepcional tal como lo señala la magistrada interviniente en la resolución atacada, considero que resulta prudente confirmar dicha decisión por haberse dictado conforme a derecho”.

Por lo expuesto, propongo rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 7/8 y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 5/6 en cuanto fue materia de recursos y agravios.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante Dra. Cecilia Pamphile, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I, POR MAYORÍA,

RESUELVE:

1.- Revocar el pronunciamiento de fs. 5/6 en cuanto desestima sin más el pedido de homologación, disponiendo que los autos vuelvan a la instancia de origen a fin de que, más allá de los aspectos que aquí han sido evaluados, la magistrada disponga –en su caso y de así entenderlo- las medidas que considere acorde a fin de posibilitar –salvo que medie otro orden de razones en contrario- la homologación pretendida.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente N° DOS y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo MEDORI

Dra. Celina BARTHES - SECRETARIA

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

**"YPF S.A. C/ SABATEL VALENTIN Y OTRO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 504781/2012) – Interlocutoria: 399/16 – Fecha: 27/12/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

INTERDICTO DE RECOBRAR. POSEEDOR. INMUEBLE. CONCESION HIDROCARBURIFERA.

Es procedente el interdicto de recobrar la posesión del inmueble, pues quien lo promovió obtuvo la concesión del oleoducto y su operación, circunstancias no desconocidas por la contraria, lo que revelan la posesión de la instalación hidrocarbúrfica. No constituyendo un requisito del interdicto la falta de constitución de la servidumbre alegada por la recurrente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “YPF S.A. C/ SABATEL VALENTIN Y OTRO S/ INTERDICTO” (EXP N° 504781/2014) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaría actuante, Dra. Daniela GARCIA y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. Los demandados apelan la sentencia de fs. 231/235 vta. por la cual el A-quo hizo lugar a la pretensión y condenó a los demandados a restituirle



a la actora la posesión del inmueble identificado como lote NC 09-RR-0130414, Matrícula N° 19552 confluencia, bajo apercibimiento de ordenarse la medida con el auxilio de la fuerza pública, con costas.

Expresan agravios a fs. 241/246. Dicen, que existió una errónea valoración de la prueba y de los requisitos del interdicto de recobrar. Sostienen, que YPF debía probar no sólo que era la concesionaria del área de explotación, sino la constitución de la servidumbre de oleoducto correspondiente, único título por el cual podía tener válidamente la posesión.

Alegan, que tampoco se ha invocado, ni mucho menos probado, que hubiere existido despojo con clandestinidad o violencia. Expresan, que simplemente por los dichos de dos empleados de YPF el Juez de grado tiene por acreditada una posesión pública y pacífica pero nada dice del despojo ni del resto de los requisitos.

Además, sostienen que se valoró en forma incorrecta la legislación aplicable.

Citan la ley 17.319, el Decreto-ley 6773/1963, la ley 2183, la ley 1926, el decreto 353/98 y dicen que la legislación de fondo obliga al concesionario a constituir la correspondiente servidumbre de oleoducto, lo cual la actora no realizó ya que no acompañó el acto administrativo de la autoridad de aplicación o la escritura pública.

A fs. 250/253 vta. la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar el recurso.

Asimismo, también corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. FALLOS 305:1886; 303:1700, entre otros), ello teniendo en cuenta que los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

Luego, en punto al primer agravio, resulta improcedente porque, como sostiene la contraria al contestar los agravios, la concesión del oleoducto y su operación, no desconocidas por la contraria, revelan la posesión de la instalación hidrocarburífera. No constituyendo un requisito del interdicto la falta de constitución de la servidumbre alegada por la recurrente.

Cabe señalar que a fs. 97vta., los demandados reconocen que YPF posee la concesión hidrocarburífera. Así, textualmente dicen: “Cuadra destacar que junto a nuestros colindantes rurales, la Familia Lara y la Familia Hernández, vivimos desde mucho antes de que YPF llegara al lugar y obtuviera la concesión hidrocarburífera”.

Además, conforme surge de fs. 137, la Dirección Nacional de Exploración, Producción y Transporte de Hidrocarburos informa que el concesionario de transporte de dicho oleoducto, en virtud del art. 4º, segundo párrafo de la ley 24.145, es la empresa YPF S.A.

Asimismo, de acuerdo al informe de fs. 185 de la Dirección General de Fiscalización de la actividad Hidrocarburífera, el oleoducto Loma La Lata hasta la cabecera de Bombeo Centenario, es operado por la empresa YPF.

Luego, en relación con la queja referida al despojo, tampoco resulta procedente.

Ello, partiendo de considerar que esta Alzada sostuvo: “La clandestinidad también es un término que está definido en el Código Civil. El art. 2369 del código referido dispone: “La posesión es clandestina cuando los actos por los cuales se tomó o continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse”.

“De ello se sigue que para que exista clandestinidad no se requiere que la desposesión se produzca de noche, puede suceder a plena luz del día, tal como ha sucedido en autos, pero aprovechando circunstancias determinadas que van a impedir o retrasar la toma de conocimiento por parte de quién puede oponerse a la conducta a desplegar”, (Sala II, en autos “ARREGUI SCHIAFFINO RAMON C/ MARCOS NELIDA NOEMI S/ INTERDICTO”, Expte. N° 423932/2010).

Además, se ha sostenido que, “Coinciden Doctrina y Jurisprudencia en este sentido:

“La clandestinidad tiene lugar cuando media ocultamiento, o se aprovecha la ausencia del poseedor, o se toman precauciones para que la posesión no llegue a su conocimiento (cfr. Art. 2369 Del Código Civil), es decir, se obtiene la posesión de manera furtiva u ocultamente. Y no interesa tanto su publicidad frente a terceros, sino el desconocimiento del perjudicado que actuó con negligencia. En consecuencia, tal presupuesto queda contorneado ante la falta de oportunidad del poseedor actual de impedir la vía de hecho de la ocupación frente al imprevisto inusual y en virtud del artero procedimiento ejecutado por la demandada de introducirse en el bien (cfr. Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce, “Códigos procesales en lo civil y comercial de la Prov. De Buenos Aires y de la Nación”, tomo VII, pag. 68). También se identifica con actos subrepticios, con engaño, en ausencia del poseedor o tenedor o con precauciones para evitar que quienes tenían derecho a oponerse tomaren conocimiento; en otras palabras, tomar la posesión de manera certera (cfr. Falcon, E.M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, tomo IV, pág. 43). Sintéticamente expresado, media disimulo del sujeto activo e ignorancia del pasivo (cfr. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, tomo III, pág. 127).” (Autos: FEMESA C/INTRUSOS Y/U OCUPANTES SANTA MAGDALENA 818 ARCADIA 89 S/INTERDICTO. CAUSA N° 26.464./94. - Magistrados: FARRELL - PEREZ DELGADO - DE LAS CARRERAS - Fecha: 21/12/1995- LDT), (Sala III, en autos “MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN CONTRA ZAYAS EMILIO RICARDO Y OTROS S/ INTERDICTO”, Expte. N°



377908/8).

En autos, conforme surge del Acta de fs. 29/30 de fecha 03 de julio de 2014, el escribano interviniente expuso: “constato personalmente declarando por notoriedad que en un camino rural que se extiende en sentido sud este-nord oeste hay dispuesta una tranquera de tipo removible, compuesta de postes y un alambrado de cinco hilos que afecta la totalidad de la vía de circulación. A la derecha de la tranquera hay un precario cartel color blanco con letras verdes que reza “Camino privado no pasar pida permiso”. Debajo del cartel hay una cadena con un candado marca Tri Circle Modelo 265 que oficia de cerramiento de la indicada tranquera”.

Luego, el acta de fs. 40/41 del 09 de septiembre de 2014 dice: “En el lugar constato personalmente declarando por notoriedad la existencia de un precario cerramiento de alambrado que en uno de sus extremos contiene una cadena metálica cerrada por un candado, todo lo cual atraviesa un camino que se encuentra paralelo al ducto y que se extienden en este sentido este oeste.

Minutos más tarde de nuestra llegada se hace presente en el lugar una persona quien se identifica como “Valentín “Sabatel” y ostenta ser el propietario del campo. Ante él nos presentamos y le imponemos de nuestra investidura y cometido en este acto. El Sr. Iurchik le manifiesta que nos apersonamos en el lugar a los efectos de hacer un trabajo en la cañería y que para ello vinimos con operarios de la empresa Petromak, concluye exponiendo que como le solicitara anteriormente le ha traído una nota con el listado de personal que se encuentra autorizado por YPF para ingresar al campo, haciéndole entrega de una misiva. El Sr. Sabatel recibe la nota. (...) Minutos más tarde arriba al lugar a bordo de un Peugeot 504, chapa patente TYZ-594 una persona con uniforme de la empresa Prosegur, quien se identifica como Rogelio Sabatel, hijo del Sr. Valentín. Al reiterarle las expresiones antes indicadas practica una comunicación telefónica con una persona quien asevera es Ricardo Apis, luego de intercambiar unas palabras con le le entrega el teléfono al Sr. Claudio IURCHUK, a quien el interlocutor le manifiesta que para ingresar debemos firmar un convenio igual que el que se firmó con la familia Lara”.

Lo expuesto, resulta coincidente con lo expuesto por los testigos Diego Claudio López a fs. 161 y vta., el Sr. Claudio Héctor Iurchuk a fs. 162 y vta. y Leandro Federico Domínguez de fs. 165 y vta. Así, en cuanto a las medidas que imposibilitaron el acceso a YPF S.A. al Oleoducto Loma La Lata, Centenario, el primero de ellos sostuvo “Corte del camino principal que nos impidió terminar las reparaciones del oleoducto, cuando me refiero a camino es la picada de ingreso al oleoducto” (fs. 161).

Luego, el Sr. Iurchuk dijo: “tranqueras, Sabatel es vecino de Lara, Lara tiene su campo alambrado desde la ruta hasta el lago, y el señor Sabatel puso un candado en la tranquera, más adelante pusieron una tranquera improvisada, del otro lado de esa tranquera tiraron miguelitos” (fs. 162).

En consecuencia, resulta correcto lo sostenido por el A-quo, respecto a la constitución de los requisitos de procedencia del interdicto, por lo que corresponde desestimar los agravios del recurrente.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por los demandados a fs. 241/246 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 231/235 vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada a cargo de los demandados por su calidad de vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE expresó:

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 los demandados a fs. 241/246 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 231/235vta. en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.
2. Imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.), y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en el 25% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
3. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Daniela GARCIA - SECRETARIA

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

**"ZAPATA NORMA NELIDA C/ OBREQUE RODRIGO JULIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción



Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468756/2012) – Sentencia: 239/16 – Fecha: 01/12/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. TRANSPORTE BENEVOLO. CAMINO DE RIPIO. CULPA DE LA VICTIMA. MUERTE DEL TRANSPORTADO. PERDIDA DE CHANCE. COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO. LIMITE MAXIMO DE COBERTURA. Oponibilidad.

1.- No se encuentra probada la supuesta actividad riesgosa invocada por la aseguradora para endilgarle algún grado de responsabilidad a la víctima del accidente de tránsito, puesto que no surge de ninguna constancia de la causa que el conductor del vehículo accidentado y su acompañante –víctima fatal- se encontraran participando, en el momento del accidente, de una carrera de automóviles o compitiendo con algún otro vehículo. Antes bien, surge de la causa penal que no han intervenido terceros en la producción del hecho dañoso, y que tampoco existen testigos presenciales del accidente. Más aún, el informe pericial en accidentología concluye en que la velocidad que desarrollaba el conductor del vehículo es la que hace que pierda el dominio del automotor, ya que ella (superior a 86 km/hora) no era la aconsejable a las condiciones del camino (de ripio suelto).

2.- A efectos de calcular la indemnización por pérdida de chance, he de partir de la remuneración promedio del hijo de la actora de la que da cuenta su empleador (...), y que asciende a \$ 6.000,00 mensuales. Consiguientemente [...] si aplicáramos las fórmulas Vuotto y Méndez, considerando un ingreso mensual de \$ 1.200,00 (20% de la remuneración del hijo de la actora), y una sobrevivida de 20 años, tenemos que el promedio de los resultados de las fórmulas referidas es de \$ 205.107,00. Teniendo en cuenta que, reitero, la indemnización es de la chance y no de lo que se hubiera dejado efectivamente de percibir, computando los aumentos salariales que pudiera haber tenido la víctima del accidente y la disminución de la colaboración económica en función de la normal evolución de la vida de una persona, se entiende que la suma otorgada en la sentencia de grado (\$ 220.000,00) es acorde al daño sufrido.

3.- Teniendo en cuenta las circunstancias de autos, principalmente que se trata de la subversión del orden natural, el que indica que es primero en el tiempo la muerte de los progenitores y no la de los hijos; que el fallecimiento del hijo de la actora se trató de un hecho súbito e inesperado; la edad de la persona fallecida (19 años); y la historia familiar (hijo único de madre soltera), la suma determinada en la sentencia de primera instancia para reparar el daño moral (\$ 400.000,00) resulta reducida, en atención a los extremos indicados y al dolor espiritual que informa la pericia psicológica, proponiendo elevarla a \$ 550.000,00.

4.- El término “en la medida del contrato de seguro” que indica la modalidad con la que se hace extensiva la condena a la aseguradora incluye el límite máximo de cobertura a que alude el Anexo II de la póliza de autos, resulta oponible a la parte actora. Luego, en el Anexo II obra una cláusula que establece límites máximos a la cobertura comprometida por la aseguradora, disponiendo que para automóviles particulares –tal el supuesto de autos-, y por muerte de personas transportadas, dicho límite es de \$ 500.000,00 por evento, y de \$ 125.000,00 por persona fallecida.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 1 de Diciembre de 2016.



Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ZAPATA NORMA NELIDA C/ OBREQUE RODRIGO JULIAN Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (Expte. N° 468756/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 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.- Ambas partes y la aseguradora citada en garantía interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 471/489, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

a) La aseguradora citada en garantía se agravia por la atribución de responsabilidad en la producción del siniestro determinada en el fallo de primera instancia, entendiendo que ha mediado en su producción culpa de la víctima.

Considera que no se ajusta a la verdad que su parte no haya probado la culpa de la víctima, ya que no tiene dudas de que el joven Zapata ha coadyuvado parcialmente en las consecuencias dañosas del hecho, colocándose en situación de riesgo. Dice que tanto la víctima como el conductor del vehículo no estaban en el lugar del accidente yendo a trabajar y/o a estudiar, sino que estaban allí pasando el momento, corriendo carreras, y exponiendo peligrosamente con sus conductas sus propias vidas. Agrega que si bien el joven Zapata no conducía el vehículo, acompañaba en la aventura a su amigo Obreque, asumiendo los riesgos que la actividad que desarrollaban –corriendo carreras– podía ocasionar.

Reconoce que en la ocurrencia del siniestro ha tenido participación mayoritaria el codemandado Obreque, pero también la propia víctima, ya que conscientemente se colocó en calidad de acompañante, sabiendo de que actividad se trataba.

Concluye en que, independientemente de la mecánica del accidente, la víctima fatal pudo evitar el siniestro y no lo hizo. Cita jurisprudencia.

Considera que debe atribuirse a la víctima un 30% de responsabilidad.

Sostiene que es excesivo el importe atribuido a la indemnización por daño moral.

Afirma que fijar la suma de \$ 400.000,00 en concepto de daño moral por la muerte de un hijo constituye un abuso y una arbitrariedad de la jueza de grado.

Compara la suma en cuestión con antecedentes jurisprudenciales.

Se agravia por la conclusión de la aquo de que el importe de condena es inferior al límite de cobertura, y que la limitación solicitada por su parte corresponde a otro tipo de vehículo.

Destaca que el tomador del seguro, el señor José Mateo Obreque, no cuestionó el límite económico de la cobertura, pues conocía los términos del contrato.

Agrega que en el Anexo II de la póliza se fija expresamente el límite señalado por su parte en la contestación de demanda.

Recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido la oponibilidad de la cláusula limitativa de responsabilidad o de franquicia a cargo del asegurado, a los terceros víctimas, con cita de los fallos del Alto Tribunal.

Deja planteada la cuestión federal.

b) La parte actora considera insuficiente el monto fijado en la sentencia apelada para reparar los daños sufridos.

Dice que la magistrada de grado, para disminuir la indemnización, aludió a que la accionante no había probado que su hijo viviera con ella, ni que aquél tuviera intenciones de comenzar una carrera universitaria.

Sigue diciendo que la sentencia de primera instancia no ha tenido en cuenta que el hijo de la actora estaba en la ciudad de Chos Malal trabajando en un comercio de computación, hecho corroborado por la prueba informativa, y que aquél estaba perfeccionándose en informática, pero que esta circunstancia no significa que su domicilio ya no estuviera en la ciudad de Neuquén junto a su madre, toda vez que la residencia en la ciudad de Chos Malal estaba motivada en razones laborales. Entiende que otra prueba clara de que el domicilio del hijo de la actora estaba en la ciudad de Neuquén, fue que su muerte se produjo en esta ciudad, ya que los fines de semana y durante los períodos de vacaciones, venía a su casa en Neuquén, con su madre.

Manifiesta que tampoco se ha tenido en cuenta en la instancia de grado que la prueba testimonial da cuenta que el hijo de la actora tenía interés en estudiar computación, y que al momento de su muerte trabajaba en esta actividad como programador y reparando e instalando sistemas informáticos y redes, alcanzando sus ingresos a la suma de \$ 10.000,00 mensuales.

Por lo dicho, considera que la indemnización otorgada en concepto de pérdida de chance es insuficiente.

Afirma que seguramente el hijo de la actora no dedicará el 100% de sus ingresos a la manutención de su madre, de todos modos el porcentaje del 15% que atribuye la aquo a la ayuda a la madre es escaso.

Pone de manifiesto que la actora no posee trabajo y que, conforme lo informa la ANSES, percibe solamente una pensión no contributiva del Ministerio de Acción Social de la Nación.

Se queja del rechazo de la indemnización por daño material, en el que involucra a la incapacidad psiquiátrica de la actora, sin considerar el daño psicológico que informan las pericias de autos.

Detalla que la pericia médica da cuenta que la actora padece un trauma psíquico a raíz del fallecimiento de su hijo, diagnosticando trastorno





depresivo mayor, con una incapacidad del 60%; en tanto que la pericia psicológica informa que la actora realiza tratamiento psiquiátrico y psicológico, que se encuentra en duelo patológico, con alto grado de angustia, desesperanza, sentimiento de indefensión, y con una alteración súbita de su personalidad.

Entiende que la actora sufre un daño psicológico independiente del moral, que repercute en su vida social y laboral, generando una incapacidad del 60%.

Finalmente cuestiona la indemnización por daño moral, por considerarla insuficiente. Precisa que la actora ha perdido a su único hijo, quién tenía sólo 19 años al momento de la muerte, que éste era su única familia, toda vez que la accionante fue madre soltera y dedicó su vida a la crianza del hijo, sin formar pareja.

c) A fs. 512 se declara desierto el recurso de apelación planteado por los demandados.

d) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la aseguradora a fs. 507/511.

Denuncia que los agravios no reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate las quejas del memorial.

Dice que la culpa de la víctima no fue una cuestión que formó parte de la litis.

Sigue diciendo que el transportado asume los riesgos propios de la circulación vehicular, pero no asume los riesgos de un obrar negligente, imprudente o culposo del conductor. Agrega que tanto en sede civil como penal se ha acreditado la culpa exclusiva del conductor de rodado en la producción del siniestro.

Afirma que el hijo de la actora no podía saber que el conductor del rodado perdería el dominio de éste en una curva de ripio, que conduciría con exceso de velocidad y que por ello volcaría, y le produciría la muerte.

Sostiene que se ha probado que el día 4 de marzo de 2011, aproximadamente a las 18,00 horas, en verano y a plena luz del día, el vehículo Peugeot 504 conducido por el señor Obreque se descontroló en una curva de ripio y volcó, despidiendo violentamente fuera del vehículo a Pedro Zapata de 19 años de edad, quién era transportado en el automotor con cinturón de seguridad, el que se cortó permitiendo que la víctima fuera despedida. Agrega que el perito de autos ha dicho que el cinturón de seguridad se cortó y que la víctima, al ser despedida, fue aplastada por el auto; y que el conductor del rodado se condujo sin el cuidado y prevención que la superficie de rodamiento y los riesgos del lugar imponían.

Insiste en que de las constancias de la causa surge que el vehículo volcó sin intervención de terceros.

Cita el art. 1.719 del Código Civil y Comercial.

Con relación al monto asignado como indemnización por daño moral señala que el mismo es insuficiente a la luz de los padecimientos de la actora.

Entiende que el límite de la cobertura no es de \$ 200.000,00 como establece la sentencia sino de \$ 500.000,00 por cada fallecido.

Sostiene que el art. 1.094 del Código Civil y Comercial regula las relaciones de consumo, pues la relación entre el asegurado condenado y la compañía de seguros es de consumo, y que las cláusulas del contrato deben ser interpretadas en el sentido más favorable al asegurado. Califica de abusiva la cláusula que pretende excluir la responsabilidad de la aseguradora.

Concluye en que para poder circular con un automotor se requiere contar con un seguro que garantice a la eventual víctima la indemnización suficiente para cubrir sus daños, lo que no puede ser dejado sin efecto por la aseguradora que pretende limitar su responsabilidad a un monto irrisorio y claramente insuficiente, dejando indefenso al asegurado y, lo que es peor, a la propia víctima o a sus derechohabientes.

e) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado de la expresión de agravios de la parte actora a fs. 514/515 vta.

Considera que al momento de determinar el importe del rubro pérdida de chance, el aporte económico reclamado es absolutamente incierto, debiendo considerarse la edad de la víctima y la previsibilidad de conformación de una nueva familia con descendencia propia, lo que hubiera implicado la progresiva disminución del aporte a su madre.

Pone de manifiesto que la actora contaba, a la fecha del siniestro, con 55 años de edad, con lo que el umbral del aporte frustrado no puede extenderse por más de 15 años.

Destaca la improcedencia de considerar el daño psicológico como un rubro indemnizatorio autónomo, con cita de jurisprudencia.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación planteados en autos, se advierte que el memorial de agravios de la aseguradora citada en garantía reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, constituyendo una crítica razonada y concreta de los puntos del fallo de primera instancia con los cuales no se acuerda.

De lo dicho se sigue que no corresponde declarar la deserción de este recurso.

III.- He de analizar, en primer lugar, el agravio de la citada en garantía referido a la atribución de responsabilidad.

Más allá del debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la naturaleza del transporte benévolo o desinteresado, si es contractual o extracontractual; y a si corresponde, en su caso, la aplicación del art. 1.113 del Código Civil a supuestos como el de autos (siendo opinión de esta Sala II que no corresponde la aplicación de esta norma), lo importante para la resolución de la queja bajo análisis es que el escenario de “carreras” que propone la apelante en su memorial no se encuentra probado.



No surge de ninguna constancia de la causa que el conductor del vehículo accidentado y su acompañante –víctima fatal- se encontraran participando, en el momento del accidente, de una carrera de automóviles o compitiendo con algún otro vehículo. Antes bien, surge de la causa penal que no han intervenido terceros en la producción del hecho dañoso, y que tampoco existen testigos presenciales del accidente. Más aún, el informe pericial en accidentología concluye en que la velocidad que desarrollaba el conductor del vehículo es la que hace que pierda el dominio del automotor, ya que ella (superior a 86 km/hora) no era la aconsejable a las condiciones del camino (de ripio suelto) –fs. 241/245-.

Lo dicho resulta suficiente para rechazar el recurso de la aseguradora en este aspecto, toda vez que, reitero, no se encuentra probada la supuesta actividad riesgosa invocada por la apelante.

No obstante lo dicho, cabe recordar que Jorge Mosset Iturraspe ha criticado la postura asumida por la aseguradora recurrente señalando que, “si bien reconocemos los propósitos atendibles que llevan a atemperar o moderar, cuando no liberar, la responsabilidad de quién ha realizado un acto generoso, no compartimos muchos de los criterios expuestos. Tal vez el más odioso de todos ellos, el menos realista y, por ende, hijo de una visión ficcional del Derecho es aquél que libera al dañador, en el caso al que transporta a otro benévolutamente, gratuitamente, con base en la argumentación de la aceptación de los riesgos” (cfr. aut. cit., “¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura?, LL 1991-E, pág. 440). Y es que, conforme lo señalan Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa, con cita de jurisprudencia, el riesgo que asume el transportado benévolutamente tiene sus límites lógicos y razonables, que no alcanzan al de perder la vida o la integridad física, a menos que, debido a las particulares circunstancias de hecho del caso concreto, aquél desenlace hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir, lo cual permitiría entonces una asimilación a la culpa (cfr. aut. cit. “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Ed. La Ley, 2004, T. II, pág. 777).

Tal posición ha sido asumida por quienes integramos esta Sala II, con cita del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Tomassetti de Bonicelli” (cfr. autos “Serra c/ Almeira”, expte. n°342.248/2006, P.S. 2012-IV, n° 150).

Luego, y tal como se señaló, no dándose en autos ninguna circunstancia concreta que permita entender que podría haber mediado culpa de la víctima en el acaecimiento del daño, en los términos precedentemente indicados, corresponde confirmar el resolutorio de grado en cuanto atribuye la responsabilidad exclusiva en la producción del daño al conductor del vehículo de la parte demandada.

IV.- Corresponde abordar ahora las quejas de ambos recurrentes referidas a la cuantía y extensión de la reparación.

La aquo ha hecho lugar a la indemnización por pérdida de chance, por la suma de \$ 220.000,00, monto que la parte actora considera insuficiente.

El daño a reparar tiene que ser cierto, lo que significa que tiene que existir, o sea, ser real, efectivo y no meramente posible, conjetural o hipotético. El daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aún cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. La certidumbre del daño se relaciona con la consecución que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias. La chance, en este contexto, es la posibilidad de un beneficio probable futuro, que integra las facultades de actuación del sujeto, conllevando un daño aún cuando pueda resultar difícil la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes, existe una consecuencia actual y cierta: a raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia o beneficio perdidos (cfr. CSJ Mendoza, “Cano c/ Empresa Distribuidora de Electricidad del Este”, 30/12/2009, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 540/541).

En autos “Filipponi c/ YPF S.A.” (expte. n° 312.596/2004, P.S. 2011-V, n° 190), esta Sala II sostuvo que la indemnización por pérdida de chance, en el caso de muerte del hijo, se corresponde con la expectativa que tienen los padres de que sus hijos colaboren con su manutención en los años de vejez y ante situaciones de dificultades económicas que afecten la subsistencia de los progenitores. A tal fin debe tenerse presente que el hijo no hubiera destinado el 100% de sus ingresos a ayudar a sus padres, sino solamente una parte de éstos y que, de acuerdo con lo que sucede normal y habitualmente, en un futuro hubiera formado su propia familia, circunstancia que seguramente significaría una disminución en la ayuda a sus ascendientes.

En autos se trata de una madre soltera, que pierde a su hijo cuando contaba con 55 años de edad, habiendo informado la ANSES que es beneficiaria de una pensión no contributiva otorgada por el Ministerio de Acción Social de la Nación (fs. 160). Por su parte la AFIP informa que la actora no se encuentra inscripta como personal dependiente de empleador alguno, y que tampoco lo está como contribuyente de impuestos (fs. 237).

Al ser interrogada por el perito médico la actora manifiesta que ha realizado actividades como empleada municipal, además de vender ropa (fs. 361/vta.).

Nos encontramos, entonces, ante una persona que no se encuentra inserta en el mercado laboral formal, y que difícilmente logre estarlo en atención a su edad, siendo sus recursos económicos sumamente precarios. Ello da cuenta que se trata de una mamá que hubiera necesitado seguramente ser asistida económicamente por su hijo.

En cuanto a la situación del hijo, tal como ha puesto de manifiesto la aquo, y no obstante las manifestaciones de la actora, no se encuentra probado que estuviera cursando o se hubiera inscripto para cursar una carrera terciaria o universitaria vinculada con la ciencia informática. Más aún, teniendo en cuenta que el hijo fallecido comenzó a trabajar en el año 2008, conforme da cuenta el informe de fs. 284/285, y que su fecha de



nacimiento fue el día 26 de julio de 1991 (certificado de fs. 21), al momento de incorporarse al mercado laboral contaba con 16 o 17 años de edad, desconociéndose si a ese momento había o no concluido sus estudios de nivel secundario, y si ello ocurrió en algún momento.

A efectos de calcular la indemnización por pérdida de chance, he de partir de la remuneración promedio del hijo de la actora de la que da cuenta su empleador (fs. 284/285), y que asciende a \$ 6.000,00 mensuales. Asimismo he de considerar que la demandante puede tener aproximadamente una sobrevivida de 20 años, considerando la edad que tenía al momento de la muerte de su hijo, como así también que éste no hubiera destinado el 100% de sus ingresos para contribuir a la manutención de su progenitora, entendiéndolo como razonable que utilizara solamente un 20% de su remuneración a tal fin, porcentaje que seguramente sería reducido en el supuesto que la víctima hubiera formado su propia familia.

Sopesando estos elementos, y reiterando que la indemnización es de la chance y no del beneficio del que efectivamente la actora se vio privada, entiendo que la suma fijada en la sentencia de grado resulta suficiente para la reparación que se pretende.

Partiendo de los elementos ya señalados en este apartado y si aplicáramos las fórmulas Vuotto y Méndez, considerando un ingreso mensual de \$ 1.200,00 (20% de la remuneración del hijo de la actora), y una sobrevivida de 20 años, tenemos que el promedio de los resultados de las fórmulas referidas es de \$ 205.107,00.

Teniendo en cuenta que, reitero, la indemnización es de la chance y no de lo que se hubiera dejado efectivamente de percibir, computando los aumentos salariales que pudiera haber tenido la víctima del accidente y la disminución de la colaboración económica en función de la normal evolución de la vida de una persona, se entiende que la suma otorgada en la sentencia de grado (\$ 220.000,00) es, como lo adelanté, acorde al daño sufrido.

V.- La parte actora se agravia por el rechazo de la indemnización por daño material, derivada de la incapacidad psíquica de la actora.

Del informe pericial en psicología obrante a fs. 381/382 se advierte que la actora presenta lo que se denomina “duelo patológico”, el que se diferencia del duelo normal producido por la muerte de un ser querido en la intensidad de los síntomas y en la duración de la reacción (en general más de un año). Este daño psíquico que presenta la accionante no es irreversible, pudiendo ser superado mediante tratamiento psiquiátrico y psicológico, que la ayude a tramitar su duelo.

Luego, de los mismos términos del informe pericial aparece la inexistencia de una afectación psicológica permanente, por lo que no corresponde hablar de incapacidad permanente de la actora por tal motivo.

Por ello la sentencia de grado resulta ajustada a derecho en cuanto rechaza la indemnización por incapacidad psicológica, aunque sí hacer lugar a la reparación de los gastos que demande el tratamiento para la superación del duelo patológico, y sin perjuicio de considerar este mayor dolor de la madre de la víctima en oportunidad de evaluar el daño moral.

VI.- Ambas partes se agravian por el monto de la indemnización por daño moral, la una por bajo, la otra por alto.

Teniendo en cuenta las circunstancias de autos, principalmente que se trata de la subversión del orden natural, el que indica que es primero en el tiempo la muerte de los progenitores y no la de los hijos; que el fallecimiento del hijo de la actora se trató de un hecho súbito e inesperado; la edad de la persona fallecida (19 años); y la historia familiar (hijo único de madre soltera), la suma determinada en la sentencia de primera instancia para reparar el daño moral (\$ 400.000,00) resulta reducida, en atención a los extremos indicados y al dolor espiritual que informa la pericia psicológica, proponiendo elevarla a \$ 550.000,00.

VII.- Resta por analizar el agravio referido al límite de la cobertura asegurativa.

La jueza de grado ha rechazado el límite alegado por la aseguradora en el entendimiento que la cláusula 1 del Anexo II de la póliza se refiere a otro tipo de vehículo, y no al asegurado.

De la lectura de la póliza incorporada a la causa no cabe sino otorgar razón al apelante.

En efecto, de la póliza obrante a fs. 304/315 vta. surge que el seguro contratado incluye los Anexos I y II (fs. 304). Luego, en el Anexo II obra una cláusula que establece límites máximos a la cobertura comprometida por la aseguradora, disponiendo que para automóviles particulares –tal el supuesto de autos–, y por muerte de personas transportadas, dicho límite es de \$ 500.000,00 por evento, y de \$ 125.000,00 por persona fallecida (fs. 306 vta.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “la condena en la acción de daños no podrá ejecutarse contra la aseguradora sino en los límites de la contratación, dado que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado” (autos “Moreno c/ Cuello”, Fallos 329:3.054; “Nieto”, Fallos 329:3.488; “Villarreal”, Fallos 330:3.483). Y en la causa “Calderón c/ Marchesi” (LL fascículo del 6/6/2013, pág. 11), la Corte sostuvo que los argumentos dados respecto de la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, según la reforma introducida por la ley 26.361, resultan insuficientes para rever este criterio.

Si bien es cierto que la Corte Nacional hace referencia a la franquicia y no al límite máximo de cobertura, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro resolvió que “...si bien es justo aclarar que los pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Nación antes mencionados se expidieron sobre la oponibilidad a los terceros de la franquicia en el transporte público de pasajeros, tales decisiones se fundaron, entre otras razones, en el citado artículo 118-3 de la ley de seguros, que consagra el principio de que cuando el asegurador ha sido traído a juicio mediante la citación en garantía, su obligación de indemnizar es en la medida del seguro y que la reclamante le podrá oponer todas las defensas, excepciones



y limitaciones que contenía la póliza y que existan con anterioridad al siniestro...resulta aplicable al supuesto de autos donde se discute el límite y/o extensión del seguro y su oponibilidad a los terceros (víctimas de un accidente de tránsito), el criterio fijado oportunamente por la CSJN para la franquicia, en tanto –en sustancia- tienen el mismo basamento jurídico” (Sala Civil, Comercial y Minería, “Lucero c/ San Román”, 28/8/2013, LL AR/JUR/53942/2013).

Finalmente, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado su criterio en autos “Buffoni c/ Castro” (sentencia del 8/4/2014, LL AR/JUR/6035/2014), destacando que “...sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes...y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron en su realización, por lo que si desean invocarlos, deben circunscribirse a sus términos...la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca...”.

Entiendo que la doctrina que dimana de la jurisprudencia antedicha resulta clara en orden a la oponibilidad a la parte actora de los términos del contrato de seguro celebrado entre el demandado y la aseguradora citada en garantía.

VIII.- En mérito a lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de autos, modificando, también parcialmente el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 796.000,00, y señalando que el término “en la medida del contrato de seguro” que indica la modalidad con la que se hace extensiva la condena a la aseguradora incluye el límite máximo de cobertura a que alude el Anexo II de la póliza de autos, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dr. ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en la primera instancia; y Dr. ..., en el 30% de la suma que se fije para la totalidad de los letrados de la parte actora por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

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.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 471/489, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 796.000,00, y señalando que el término “en la medida del contrato de seguro” que indica la modalidad con la que se hace extensiva la condena a la aseguradora incluye el límite máximo de cobertura a que alude el Anexo II de la póliza de autos, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dr. ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en la primera instancia; y Dr. ..., en el 30% de la suma que se fije para la totalidad de los letrados de la parte actora por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"GONZALEZ VIVIANA MONICA Y OTROS C/ FRUTIC. UNIDOS CENTENARIO S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468626/2012) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 01/12/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

TRABAJO DE TEMPORADA. FINALIZACION DE LA TEMPORADA. SALARIO POR ENFERMEDAD. PAGO



## DE LA LICENCIA. POSTEMPORADA. FALTA DE CONVOCATORIA. CESE DEL DERECHO.

1.- Corresponde confirmar la sentencia que rechaza la demanda al considerar que finalizada la temporada, cesa el derecho de percibir el salario por enfermedad, pues ninguna de las tres actrices acreditaron que durante el periodo de posttemporada hubiesen sido convocadas para laborar, para que renaciera como ellas pretenden, sus respectivos derechos al pago de la licencia. (del voto del Dr. Gigena Basombrio).

2.- Tratándose de enfermedades y accidentes inculpables, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, tal como lo pone de manifiesto el voto al que adhiero, es conteste en que el derecho a remuneración cesa, a su vez, con el cese de la temporada, renaciendo al inicio de la temporada siguiente, si es que el trabajador no se encuentra en condiciones de reintegrarse a sus labores. Por consiguiente, de haberse probado la convocatoria de las actrices para el trabajo de post temporada, lo que no se ha hecho, hubiera renacido ante dicha convocatoria el derecho a licencia remunerada, de continuar el impedimento para cumplir con el débito laboral. (del voto de la Dra. Clerici, en adhesión).

### Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GONZALEZ VIVIANA MONICA Y OTROS C/ FRUTIC. UNIDOS CENTENARIO S.R.L. S/ COBRO DE HABERES”, (Expte. N° 468626/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL Nro. 3 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 158/160 vta., que rechaza la demanda, interpuesta por Viviana Mónica GONZALEZ, Graciela Inés ROMERO y María Zulema GAUNA contra Frutícolas Unidos Centenario SRL, apelan aquéllos a fs. 161/165, cuyo traslado ordenado a fs. 168, es contestado por la demandada a fs. 170/171 vta., solicitando se rechace el recurso y se confirme la sentencia, con costas.

II.- Se agravan los actores en primer lugar de que el a-quo haya considerado que “finalizada la temporada, cesa el derecho de percibir el salario por enfermedad”, alegando que anda mas alejado de la realidad ya que cuando el galpón comienza su trabajo post temporada el derecho a percibir los haberes por enfermedad renace y comienzan a percibir nuevamente sus haberes ahora bien sólo por los días que el galpón trabaja.

Manifiesta que la gran diferencia con la temporada es que en la misma se abona a mes comercial y en consecuencia los días por enfermedad son corridos ahora en posttemporada si el galpón trabajo 10 días en el mes solo cobra esos días aun cuando el certificado fuera por mas días de reposo. Expresa que el propio CCT 1/76 establece la posibilidad de trabajar tanto en temporada como en posttemporada y así lo disponen los arts. 4 y 51 del CCT.

Manifiesta que con la pericial contable la demandada buscó la cantidad de días que el galpón trabajó en posttemporada y como surge de la misma no pudo determinar los días o las fechas en que el galpón se hallaba cerrado, así lo informa el perito contador a fs. 103/128 y al responder la impugnación de pericia de fs. 140.

Invoca que el juez rechaza la demanda en base a un argumento que ninguna de las partes invocó, al sostener que con la finalización de la temporada cesa el derecho a percibir el salario del trabajador enfermo o accidentado en una posición absolutamente alejada de la realidad.

Expresa que el a-quo cita y transcribe fallo de la Sala I (Causa Torres”), pero que resulta una cuestión absolutamente disímil a la tratada en autos, ya que el mismo reclamaba un despido indirecto por haberes pagos por licencia por enfermedad.

Sostiene que el caso de las actrices es diferente del citado porque resulta una situación de accidente de trabajo y no de enfermedad inculpable, además de que los haberes que les son liquidados en posttemporada son por mes completo pero consideraron la posición de la demandada que solo debieron computarse los días en que el galpón trabajo, también les corresponde el pago de vacaciones que entre los días de temporada y posttemporadas percibidos tuvo la antigüedad prevista en el art. 152 LCT para obtener el cobro de las mismas.

Por otra parte, expresa que su parte planteo la situación de hallarse con licencia por accidente de trabajo no obsta a la posibilidad de percibir vacaciones no gozadas y así tenemos que la normativa del art. 150 LCT establece que gozaran de 14 días de licencia personal que tengan una antigüedad menor a 5 años .. y el art. 151 LCT, establece como requisito para su goce el haber prestado servicios durante la mitad como mínimo de los días hábiles comprendidos en el año calendario o aniversario respectivo.

Manifiesta que la norma es conteste con el art. 18 LCT que establece que cuando concedan derechos al trabajador en función de su antigüedad se considerara tiempo de servicios el efectivamente trabado desde el comienzo de la relación y es allí donde se coteja con lo dispuesto pro el art. 152





LCT.

Se queja de la imposición de costas alegando el neto corte alimentario de las indemnizaciones y que es claro que el actor debió indicar el juicio para obtener una reparación integral de las sumas alimentarias que el eran adeudadas y la condena en costas resulta violatoria de sus derechos constitucionales a la propiedad, a la reparación justa.

Solicita eventualmente que de no prosperar los agravios, se exima a las actoras de las costas por los montos expuestos.

III.- Entrando al estudio de los agravios, adelanto mi opinión en el sentido de que el recurso no prosperará.

En efecto, advierto que los fundamentos del juez de grado no han sido debidamente rebatidos por las apelantes, ya que rechaza los días de licencia por accidente (de trabajo) como coadyuvantes para alcanzar el periodo mínimo (establecido en el art. 151 de la LCT) por resultar ubicados en el calendario fuera del período de temporada, como también lo dictaminado por el perito contable en cuanto éste sostiene que en el caso de las tres actoras, los días trabajados superan el mínimo legal en tanto computa “horas extraordinarias” como “días trabajados”, sin dar explicaciones para ello a fs. 139/140, ante el pedido de la demandada a fs. 132/133, en tal sentido.

Y digo que no han sido rebatidos porque en primer lugar, las apelantes nada dicen con respecto a la crítica al perito y a lo demás, no formulan una crítica concreta ni razonada, sino solo manifiestan su disconformidad manifestando enunciaciones genéricas.

Comparto la solución dada al caso, ya que el criterio de la Sala I en la causa “Torres” (expte. N° 468422/2013, de fecha 11/02/16), expuesto por el magistrado en la sentencia, coincide a su vez con el criterio que esta Sala ha venido sosteniendo en cuanto a la noción de tiempo efectivamente trabajado.

En efecto, en la causa “Salinas” (Expte. N° 338661/6. de fecha 123/03/08), sostuve que;

“A partir de la modificación del texto del art. 18 de la LCT por la Ley 21.297, la que adopta el criterio del fallo plenario de la CNAT “Bonanata c/ Nestlé S.A.” (DT 1959, p. 383), no existe discusión, en la que a trabajo de temporada refiere, respecto a que los periodos de inactividad que responde a la propia naturaleza de las tareas de carácter cíclico quedan excluida como tiempo de servicio”.

Así las cosas, no ha sido cuestión controvertida ni que las tres actoras laboraran para la demandada “en temporada” ni tampoco el tiempo que cada una invocó como trabajado en ese período (144 días para González, 147 días para Romero y 149 para Gauna), sin embargo ninguna de ellas acreditó que durante el periodo de posttemporada hubiesen sido convocadas para laborar, para que renaciera como ellas pretenden, sus respectivos derechos al pago de la licencia.

Por lo tanto el rechazo de computar el tiempo invocado los días no trabajados en virtud encontrarse las tres actoras con goce de licencia (por accidente), resulta ajeno a la cuestión porque se interrumpió tiempo laboral, ya que durante la posttemporada si bien subsiste el vínculo laboral y es permanente (pero lo que se suspenden por una y otra parte son las prestaciones por la naturales de la actividad.

Así, se ha dicho que;

“El contrato de trabajo de temporada es de duración indeterminada porque la ley ha establecido que no se extingue con la finalización de cada temporada. El vínculo jurídico subsiste, aunque las prestaciones recíprocas que constituyen la relación de trabajo se encuentran suspendidas. La antigüedad del trabajador, según el artículo 18 L.C.T., es la suma del tiempo efectivamente trabajado desde el comienzo de la relación. La aplicabilidad del art. 18 es sólo al trabajo de temporada” (en igual sentido, in re “Gómez, Juan Francisco vs. Sáenz Briones y Cía. S.A. s/despido”, sentencia 29091, del 07.07.2000) Expte. 9879/2001 S. 32697 - “Monzón, Epifanio c/ Ogden Argentina S.A. y otros s/ despido” - CNTRAB - SALA VIII - 30/08/2005, en obra y autor citado).

IV.- Consecuentemente, en función de lo señalado, propongo al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto, confirmándose la sentencia dictada a fs. 145/152, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios, con costas al actor atento su calidad de vencido (art. 17 ley 921), debiendo regularse los honorarios profesionales de esta instancia bajo las pautas del art. 15 de la L.A.

Así lo voto.

La Dra. Patricia Clerici, dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal que me ha precedido en orden de votación, en tanto la solución adoptada responde a lo que se ha acreditado en autos.

Debo señalar que existe un factor importante que no ha sido debidamente aclarado ni por las partes ni por el perito y es el que refiere al carácter de la enfermedad o accidente –como lo denominan ambos litigantes-, que originó la licencia de la que gozaron las demandantes.

Esta confusión se plantea en el intercambio epistolar, ya que las trabajadoras aluden a accidente de trabajo, en tanto que la demandada, al responder la intimación formulada, habla de “accidente no laboral”, entendiendo que con dicha terminología se refiere a un accidente inculpable, regido por el art. 208 de la LCT.

Si bien respecto de la actora Graciela Romero se acompaña una denuncia de accidente de trabajo (fs. 59), y el certificado médico de fs. 57 pregunta si se trata de un accidente in itinere, luego ninguna prueba se ha aportado respecto de la duración de esa licencia, y si la misma efectivamente se correspondió con un accidente de trabajo in itinere.

Y este dato no es menor, ya que tratándose de enfermedades y accidentes inculpables, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, tal como lo





pone de manifiesto el voto al que adhiero, es conteste en que el derecho a remuneración cesa, a su vez, con el cese de la temporada, renaciendo al inicio de la temporada siguiente, si es que el trabajador no se encuentra en condiciones de reintegrarse a sus labores. Por consiguiente, de haberse probado la convocatoria de las actoras para el trabajo de post temporada, lo que no se ha hecho, hubiera renacido ante dicha convocatoria el derecho a licencia remunerada, de continuar el impedimento para cumplir con el débito laboral.

Sin embargo, la situación es diferente si la licencia de que gozaban las actoras es consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, toda vez que, en ese caso, el cese de la temporada no incide sobre el pago de la remuneración, el que debe efectivizarse hasta el alta médica, siendo, entonces, diferente el cómputo del período laborado a los fines vacacionales.

Pero, como lo adelanté, este último extremo no se encuentra debidamente probado.

Por ello esta Sala II;

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 158/160 vta., en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al actor, atento su calidad de vencido (art. 17 ley 921).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia de los Dres. ... y ... –ambos en el doble carácter de apoderado y patrocinante, el primero de la demandada, y el segundo de los actores-, en el 30% del importe que arroje el cálculo que sea fijado en la instancia de grado y respectivamente para cada uno de ellos, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"AVILES CRISTIAN ANTONIO Y OTROS C/ BANCO DE LA PROV. DE NEUQUEN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 469942/2012) – Sentencia: 243/16 – Fecha: 01/12/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

CONTRATO DE MUTUO. MUERTE DEL TOMADOR DEL PRESTAMO. CUOTAS PENDIENTES. SUCESION APERTURA DE LA SUCESION. HEREDEROS DEL CAUSANTE. SEGURO DE VIDA. RIESGO CUBIERTO. OBLIGACION DE LA ASEGURADORA. PAGO DE CUOTAS IMPAGAS. BANCO. PRENDA. SECUESTRO DEL AUTOMOTOR. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. LEVANTAMIENTO DE LA PRENDA. PRIVACION DE USO. INDEMNIZACION.

- 1.- La apertura de la sucesión concurre, temporalmente, sin dilación, con el hecho jurídico muerte.
- 2.- Dada la contratación del seguro de vida que cubría el riesgo muerte del tomador del préstamo, con referencia al mutuo celebrado entre el banco y el causante, los herederos se encontraban eximidos de afrontar el pago de las cuotas pendientes, en tanto la aseguradora debía cancelar el saldo impago del mutuo en cuestión.
- 3.- Si bien puede entenderse la contratación del seguro de vida como una garantía más adoptada por la entidad bancaria para asegurar la devolución del préstamo ante el fallecimiento del deudor, lo cierto es que también dicha contratación otorgó un derecho al causante, transmitido a sus herederos, de que la parte impaga del capital que fue objeto del mutuo se cancelara mediante el seguro tomado en beneficio del banco, ante el evento de su muerte.



4.- Producida la muerte del tomador del préstamo bancario se configura el riesgo cubierto por el contrato de seguro y debió la aseguradora cancelar la parte restante del crédito otorgado a la persona muerta, estando el banco obligado, a su vez, a cancelar la prenda sobre el automotor.

5.- Si el banco siguió devengando las cuotas del mutuo, y ante la mora del deudor, inició los trámites para proceder a la subasta del vehículo que garantizaba el cumplimiento del contrato, requiriendo y obteniendo en sede judicial el secuestro del automotor, esta conducta no puede ser objeto de reproche alguno, en tanto el banco hizo lo que debía hacer, ya que desconocía el fallecimiento del tomador del préstamo.

6.- Frustrada la posibilidad de cobertura asegurativa como consecuencia de la conducta negligente de la entidad bancaria demandada -cobertura que no sólo constituía una garantía para el banco sino también un derecho del deudor transmitido a sus herederos (el causante falleció sin encontrarse en mora en el pago de la prima)-, debe el banco cumplir con la totalidad de la contratación celebrada con el causante, cancelando el crédito otorgado, levantando la prenda y devolviendo el automotor secuestrado.

7.- No puede entenderse que la sola privación del uso del automotor, como consecuencia del secuestro judicial, permita presumir la existencia de daños para todos los herederos y con ello tornar procedente la indemnización pretendida.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 1 de Diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “AVILES CRISTIAN ANTONIO Y OTROS C/ BANCO DE LA PROV. DE NEUQUEN S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, (Expte. N° 469942/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 1 a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 523/537 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La parte actora se agravia por el quantum indemnizatorio.

Cuestiona el criterio utilizado por la aquo para limitar temporalmente el tiempo efectivamente transcurrido desde el secuestro del automotor a la fecha de la sentencia.

Dice que el secuestro del automotor fue consecuencia del intento de ejecución administrativa de la prenda por parte de la demandada, y es a partir de ese momento que los actores toman intervención y consiguen frenar el proceso de ejecución, planteando concomitantemente el presente juicio.

Reitera que el secuestro se produce en el trámite radicado ante el Juzgado de Juicios Ejecutivos n° 3 (expediente n°471.959/2012), y que en atención a la postura de la demandada nunca se logró recuperar el automotor.

Considera que es arbitrario endilgar a su parte el no cumplimiento de las garantías exigidas para fundamentar la limitación de la indemnización.

Insiste en que su parte no asumió una conducta pasiva, sino que intentó por todos los medios recuperar el bien.

Afirma que el fallo de grado no analiza la conducta maliciosa del banco demandado.

Sostiene que los actores eran usuarios comunes del automotor y no necesitaban acreditar ningún gasto extraordinario, siendo para ellos una herramienta de uso habitual y cotidiano.

Considera que el lapso de privación del automotor se extiende desde el 29 de mayo de 2012 hasta la fecha de su devolución, lo que aún no aconteció.

b) La parte demandada se agravia, en primer lugar, respecto de la conclusión de la aquo en orden a que la mora de obligaciones transmitidas mortis causa recién surge cuando los herederos del causante toman conocimiento de éstas, con independencia de los términos de las contrataciones.

Dice que el fallecimiento de una persona fija temporalmente la apertura de la sucesión y con ella el trasvase de la totalidad del activo y pasivo del patrimonio del causante a sus herederos.

Sigue diciendo que los herederos asumen la totalidad de las deudas, sin perjuicio del beneficio de inventario que la ley civil les confiere.

Luego, sostiene que en este marco, las obligaciones derivadas del mutuo prendario celebrado entre el banco y el señor Avilés, con fecha 1 de agosto de 2011, no eran intuitu personae y por lo tanto no se extinguieron con el fallecimiento de este último, sino que se transmitieron ipso iure a



su sucesorio en las condiciones originales. Por ende, afirma la recurrente, la sucesión del señor Avilés era quién debía hacerse cargo de los compromisos asumidos por aquél con el Banco Provincia del Neuquén para evitar ubicarse en situación de mora y a sus resultas, en riesgo de una ejecución forzosa.

Manifiesta que sucedido el fallecimiento del señor Avilés, sus herederos se desentendieron de las obligaciones de pago contenidas en el mutuo, por lo que inevitablemente la sucesión se colocó en situación de mora.

Destaca que la mora resulta automática (art. 886 CCyC) y que no se encuentra condicionada a ninguna otra variable, más que el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones en término pactadas; y que la transmisión de la universalidad patrimonial generada por la apertura de la sucesión supone para los herederos la obligación de asumir las deudas del causante en las condiciones en que fueron pactadas.

Concluye en que el desconocimiento que puedan invocar los herederos en relación a las deudas resulta un extremo insustancial a la hora de determinar si una obligación transmitida mortis causa se encuentra o no en mora. Agrega que la ignorancia no resulta una causal de dispensa de la mora, la cual se produce por el mero transcurso del tiempo.

Tal conclusión, argumenta la apelante, no se altera por el hecho que el banco haya tomado conocimiento –presunto– de la muerte del señor Avilés con la publicación de los edictos sucesorios, pues esta publicación tuvo lugar varios meses después de producida la mora del crédito y sin que los herederos durante ese ínterin le hayan notificado el deceso.

Señala que el 1 de octubre de 2011, fecha de vencimiento de la segunda cuota del mutuo, el crédito ingresó en situación de mora y es por ese motivo que, luego del despacho de dos notificaciones infructuosas al domicilio constituido por el señor Avilés, y sin recibir ninguna noticia acerca de su fallecimiento, la demandada se vió obligada a promover el secuestro prendario autorizado por el art. 39 del decreto-ley 15.348/1946.

Defiende la conducta asumida por su parte, destacando que intentó por todos los medios a su alcance evitar la ejecución forzosa del crédito, aún desplegando gestiones que no le eran imperativas, ya que aguardó durante tres meses la regularización espontánea de la deuda; después cursó, en fecha 10 de enero de 2012, una primera intimación por nota al domicilio constituido, la cual reiteró un mes más tarde vía carta documento, todo ello sin tener respuesta de ningún tipo. Agrega que recién a los seis meses de producida la mora se promovió el secuestro prendario.

Califica como falsa la afirmación de la parte actora respecto del desconocimiento de la deuda, preguntándose por qué, entonces, la conviviente del señor Avilés afirma haber concurrido al banco a consultar acerca de los pasos a seguir; por qué nunca notificaron al banco del fallecimiento del señor Avilés; como no advirtieron que el título de la pick up consigna en su reverso la existencia de prenda en primer grado a favor del banco demandado, constituida el 1 de agosto de 2011 por un importe de \$ 67.000,00.

También se agravia por los alcances dados al seguro de vida contratado por el banco a raíz de la suscripción del mutuo prendario.

Señala que es de práctica que el acreedor se encuentre facultado para exigir un seguro de vida dirigido a asegurar los riesgos derivados del fallecimiento del deudor prendario, en lo que al pago de un eventual saldo deudor refiere.

Sostiene el demandado que, en ese marco, el deudor prendario y con más razón sus herederos, no son más que simples terceros, carentes de prerrogativas para exigir el cumplimiento de todos o algunos de los efectos del seguro contratado.

Afirma que el deudor prendario es parte del contrato de mutuo, más no de los vínculos asegurativos generados por el acreedor con terceros. Y esta conclusión, continúa su argumentación el recurrente, no se altera por el hecho que los costos del seguro sean trasladados al deudor, ya que éste último no adquiere la condición de parte contractual por esa sola circunstancia, sino que dichos gastos los absorbe directa o indirectamente como consecuencia de la operación.

Señala que la sentencia recurrida pretende convertir a los herederos del señor Avilés en beneficiarios del seguro de vida, con sustento en una interpretación irracional del contrato de prenda, según la cual el seguro de vida se contrata con la finalidad de liberar a los herederos del deudor ante su fallecimiento.

Explica que el mutuo bancario es una operación financiera en donde el banco presta una suma de dinero al mutuario y éste se obliga a devolverlo, con más los intereses compensatorios que se acuerden; y como el dinero no es del banco sino de sus clientes, aquél incluye en el contrato de una serie de garantías y reaseguros.

Sostiene que el fallo cuestionado avanza más aún en su interpretación errónea y considera que la operatividad de dicho seguro no es opcional sino obligatoria.

Entiende que de la simple lectura de la cláusula contractual lo que razonablemente puede interpretarse es que, producido el fallecimiento o incapacidad del deudor, la indemnización acordada deberá ser aplicada a la cancelación del crédito adeudado, siendo ésta una directiva para la aseguradora, con el fin que remita el dinero al banco. Luego, y a criterio de la apelante, la obligatoriedad del cobro del seguro ante el fallecimiento del deudor, y consecuente renuncia a otras vías de recupero, no surge de esta cláusula, ni de ninguna otra del mutuo ni, en general, del régimen jurídico vigente.

Recuerda que la renuncia de derechos no se presume, y, de existir, debe ser expresa. Agrega que el banco demandado no renunció, ni en el contrato de seguro ni en el de mutuo prendario, a gestionar el recupero de su crédito ante el fallecimiento del deudor, mediante la ejecución de la prenda.



Reitera que asumir el costo de un seguro no modifica el status de la relación asegurativa; en el caso, la condición de tomador y beneficiario del seguro recayó en el banco demandado.

Sostiene que el único incumplimiento contractual que hay en estas actuaciones es el de los herederos actores.

De modo subsidiario se queja por el efecto de la mora sobre la presunta operatividad obligatoria del seguro de vida.

Manifiesta que la vía propuesta por la aquo para el recupero de la deuda tendría sentido en la medida que la obligación a cargo de la sucesión no se encontrara en mora, ya que si lo estuviera no existe obstáculo que impida que el acreedor ejecute la prenda.

Insiste en que cuando se publican los edictos del sucesorio, hacía cinco meses que se había producido la mora, y el banco había agotado todas las vías para evitar la ejecución forzosa.

Destaca que la mora producida con posterioridad al fallecimiento del señor Avilés no sólo afectó la obligación principal –amortizaciones mensuales de capital e intereses-, sino también la misma prima del seguro. Por ello, dice la recurrente, desde octubre de 2011 el seguro de vida contratado y cuyo cumplimiento reclaman los accionantes se encuentra en mora, por lo que la cobertura reclamada no podría tener lugar en atención a lo dispuesto por el art. 31 de la Ley de Seguros.

Insiste en que al no haberse denunciado en tiempo el fallecimiento del señor Avilés, la operatividad obligatoria del seguro de vida no tiene cabida. En todo caso, entiende la apelante, el banco debía conocer el fallecimiento para activar el seguro.

También en forma subsidiaria se agravia por la procedencia de la indemnización por privación de uso del automotor.

Vuelve sobre el secuestro del automotor, señalando que ello fue consecuencia directa y normal de un trámite judicial que persigue ese objetivo.

Formula reserva de plantear recurso de casación y la cuestión federal.

c) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 573/575 vta.

Solicita que el recurso se declare desierto por no constituir una crítica razonada y concreta de la resolución apelada.

Dice que desde que la resolución de Alzada ordenó la restitución del vehículo, éste estuvo a disposición de la parte actora, quedando a cargo de ella el cumplimiento de la garantía exigida por la jueza de grado. Agrega que la actora consintió la caución, no habiendo realizado planteo alguno para revertir la decisión.

Con relación al cálculo del quantum indemnizatorio dice que la aquo ha señalado la orfandad probatoria en la materia.

d) La parte actora contesta el traslado del memorial de agravios de la demandada a fs. 577/580 vta.

Entiende que la demandada parte siempre de una falsa premisa, cual es que una vez contratado el seguro de vida, ante el fallecimiento del deudor, el acreedor tiene la opción de ejecutar la prenda o reclamar el pago del seguro.

Dice que su parte en ningún momento quiso eludir su obligación, y que aún admitiendo que el banco desconocía el fallecimiento del deudor, se pregunta como puede explicarse su postura de continuar con la ejecución cuando ya tenía conocimiento de lo acontecido.

Sigue diciendo que el propio contrato contempla que en caso de fallecimiento o incapacidad, la indemnización será aplicada a cancelar el total adeudado en razón del crédito.

Rebate los restantes agravios con transcripción de los fundamentos del fallo de primera instancia.

II.- Conforme ha quedado trabada la litis, y de acuerdo con los términos de las apelaciones, llegan firmes a esta instancia las siguientes cuestiones: 1) el padre de los actores, señor Luis Alberto Avilés, celebró con la entidad bancaria demandada un contrato de mutuo con fecha 1 de agosto de 2011, en virtud del cual el banco le entregó al señor Avilés la suma de \$ 67.000,00, la que sería devuelta por aquél en 36 cuotas mensuales y consecutivas, que incluían además de la amortización del capital, intereses y gastos; 2) el señor Avilés garantizó el cumplimiento del contrato con la constitución de una prenda sobre el automotor adquirido con el crédito obtenido; 3) la entidad bancaria contrató un seguro de vida respecto del tomador del crédito, asumiendo ella el rol de beneficiaria, para la cobertura del riesgo de fallecimiento o incapacidad del señor Avilés, con la compañía de seguros CNP ASSURANCES, cuya prima debía ser cobrada al deudor del préstamo, conjuntamente con la cuota mensual; 4) esta póliza tuvo vigencia a partir del 1 de agosto de 2011; 5) el banco cobró la primera cuota del mutuo, la que incluyó la prima del seguro de vida, el día 9 de septiembre de 2011; 6) el señor Luis Alberto Avilés falleció el día 10 de septiembre de 2011.

Producido el fallecimiento del deudor del mutuo y, en virtud de lo dispuesto por el art. 3.282 del Código Civil –ley que rige el caso de autos en atención a la fecha de la muerte del causante-, se abre la sucesión en el mismo momento de producida la muerte de aquél. Cabe recordar que tal como lo regla el art. 3.279 del Código Civil, la sucesión es la transmisión de derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta.

La apertura de la sucesión concurre, temporalmente, sin dilación, con el hecho jurídico muerte. En otras palabras, a partir del fallecimiento del señor Avilés, sus herederos –aquí actores- entraron en posesión del patrimonio del causante –incluido el automotor prendado-, pero también asumieron las cargas de dicho patrimonio, o sea el pago del mutuo contraído por el causante con la entidad bancaria. Ello está expresamente establecido en el art. 3.410 y 3.417 del Código Civil, en tanto que el art. 3.431 del mismo código obliga al heredero a cumplir las obligaciones que gravan el patrimonio del difunto.

Sin embargo, y dada la contratación del seguro de vida que cubría el riesgo muerte del tomador del préstamo, con referencia al mutuo celebrado



entre el banco y el causante, los herederos se encontraban eximidos de afrontar el pago de las cuotas pendientes, en tanto la aseguradora debía cancelar el saldo impago del mutuo en cuestión.

Llegado a este punto, no puedo aceptar el argumento del banco demandado en orden a que era facultativo para su parte hacer efectivo el seguro, o demandar el cumplimiento del mutuo a los herederos. Ello no es así.

Si bien puede entenderse la contratación del seguro de vida como una garantía más adoptada por la entidad bancaria para asegurar la devolución del préstamo ante el fallecimiento del deudor, lo cierto es que también dicha contratación otorgó un derecho al causante, transmitido a sus herederos, de que la parte impaga del capital que fue objeto del mutuo se cancelara mediante el seguro tomado en beneficio del banco, ante el evento de su muerte.

Por otra parte, no aparece como razonable que pudiendo el acreedor obtener la satisfacción de su crédito a través de la cobertura asegurativa comprometida por la compañía de seguros, prefiera obtener esa satisfacción a través de la subasta del bien prendado, lo que importa la realización de diversos trámites que dilatan la obtención del resultado en el tiempo, insumen mayores costos y, además, tiene un final incierto puesto que no se conoce cuál ha de ser el precio que se ha de ofrecer en la venta pública.

Consecuentemente, producida la muerte del señor Avilés se configura el riesgo cubierto por el contrato de seguro y debió la aseguradora cancelar la parte restante del crédito otorgado a la persona muerta, estando el banco obligado, a su vez, a cancelar la prenda sobre el automotor.

III.- Ahora bien, para que la aseguradora y el banco pudieran cumplir con la conducta indicada era necesario que ambos estuvieran anoticiados del fallecimiento del señor Avilés.

Y es aquí donde aparece el mayor problema que presenta el caso de autos, ya que los herederos no informaron al banco demandado sobre el fallecimiento del señor Avilés.

No existe constancias en autos que el banco hubiera tomado conocimiento del fallecimiento del padre de los actores, a través de gestiones realizadas por éstos.

Es por eso que el banco siguió devengando las cuotas del mutuo, y que ante la mora del deudor, inició los trámites para proceder a la subasta del vehículo que garantizaba el cumplimiento del contrato, requiriendo y obteniendo en sede judicial el secuestro del automotor.

No encuentro que esta conducta puede ser objeto de reproche alguno. El banco hizo lo que debía hacer, ya que desconocía el fallecimiento del señor Avilés.

La aquo sostiene que con la publicación de los edictos sucesorios, el acreedor quedó notificado de dicho suceso. Sin embargo corresponde ser sumamente prudente en orden a las notificaciones realizadas a través de edictos. Sobre todo cuando, como sucede en autos, los herederos actores no pueden negar que conocían de la existencia cuanto menos de la prenda que gravaba al automotor.

Adviértase que el título automotor obrante a fs. 509 hace constar en su reverso que el vehículo se encuentra gravado con prenda en primer grado, siendo el acreedor prendario el Banco de la Provincia del Neuquén S.A., con domicilio en Avda. Argentina n° 41 de la ciudad de Neuquén, por un monto de \$ 67.000,00 y con fecha de inscripción 01/08/2011.

Una mínima diligencia de los herederos los hubiera llevado a conocer la constitución de la prenda y la existencia de un acreedor prendario, concretamente identificado. En tanto que la buena fe exigía que los herederos se apersonaran en la entidad bancaria demandada para denunciar el fallecimiento e interiorizarse sobre las condiciones del contrato o relación jurídica que la prenda garantizaba.

Es por ello que el banco, reitero, obró diligentemente al intimar en dos oportunidades a quién consideraba su deudor, por ignorar su fallecimiento, y luego iniciar los trámites para la subasta del automotor prendado.

Surge de fs. 511/514, que se remitieron dos comunicaciones postales al domicilio denunciado por el señor Avilés, y que, además, es el denunciado como real de la conviviente y madre de los actores en el trámite sucesorio (ver fs. 22 del expediente n° 471.959/2012, que tengo a la vista). La primera fue recibida en fecha 19 de enero de 2012 por Paula Montoya, D.N.I. n° 92.912.347, quién se identifica como sobrina; y la segunda es recibida con fecha 10 de febrero de 2012 por la misma persona, que ahora dice ser inquilina.

La primera notificación fehaciente del fallecimiento del deudor al banco demandado la encuentro en el acta de constatación de fs. 501/503, cuando con fecha 18 de junio de 2012, la heredera Paula Marianella Avilés se constituye en la sede de la demandada para averiguar respecto de la subasta administrativa del automotor “registrado a nombre de su fallecido padre Luis Alberto Avilés”, oportunidad en que el Dr. Hugo Reyes requirió la presentación de la declaratoria de herederos para poder determinar la calidad invocada y así poder responder la requisitoria formulada. Si bien no consta en que momento se entregó en el banco demandado la declaratoria de herederos, si es que se entregó, entiendo que en esa fecha (18 de junio de 2012) la demandada se anotició del fallecimiento de su deudor, debiendo haber suspendido el trámite administrativo de subasta y efectuar las averiguaciones pertinentes con el objeto de clarificar la situación y, en su caso, hacer efectivo el cobro del seguro contratado.

IV.- A partir de este momento, 18 de junio de 2012, es que el banco demandado incurre en incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de mutuo, garantizado con prenda y con el seguro de vida.

Conforme lo sostuve en autos “Roveda c/ Banco Prov. de Neuquén S.A.” (expte. n° 398.700/2009, P.S. 2016-II, n° 28), “Alejandro Drucaroff Aguiar sostiene que se encuentra fuera de todo debate que las entidades financieras deben desempeñarse con un elevado estándar de



profesionalismo, siendo éste el punto de partida obligado para el encuadramiento de la responsabilidad bancaria. Sigue diciendo el autor citado, “antes nos referíamos a la importancia dada a la confianza, elemento decisivo en los contratos bancarios y determinante en orden al esclarecimiento de la responsabilidad. Por eso, cuando se analiza la conducta de una entidad financiera, se tiene presente que de ella se espera, en un grado claramente superior al común, que satisfaga las expectativas legítimas y fundadas de sus clientes. En suma, se requiere de ella la prestación diligente de un servicio acorde con las prescripciones legales o reglamentarias” (cfr. aut. cit., “Principios Generales de la Responsabilidad Bancaria”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-1, pág. 42/43).

“Como enseña Félix A. Trigo Represas, toda persona que ejercita una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella, y obrar conforme con las reglas y métodos pertinentes, con la diligencia y previsión indispensables; y si bien no existe un concepto de culpa profesional diferente del que describe el art. 512 del Código Civil de Vélez Sarsfield –normativa de aplicación en autos en atención al momento en que sucedieron los hechos-, “el banco no es cualquier persona, sino, al contrario, es un profesional especializado en su negocio, que tiene que cumplir en esa función una diligencia especial, que la doctrina ha decidido llamar o identificar como la del buen banquero...” (cfr. Camerini, Marcelo A., “La Actividad Bancaria y la Responsabilidad Civil” en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-1, pág. 72/73)”.

Trasladando estos conceptos al sub lite, debió la demandada, ante la noticia de la muerte del deudor, arbitrar los medios a su alcance para obtener la cobertura asegurativa, sobre todo teniendo en cuenta el corto plazo de prescripción que surge de la póliza y que fue señalado por la aquo (un año).

De haber actuado conforme se lo exigían los estándares profesionales de su actividad, no tengo ninguna duda que los efectos adversos de la mora en el pago de la prima, en caso de haber sido invocados por la aseguradora, tendrían que haber sido asumidos por los herederos, dado su conducta negligente. Pero la omisión de la entidad bancaria en orden a denunciar la ocurrencia del riesgo cubierto por el seguro a la aseguradora, ante la noticia del fallecimiento del deudor, persistiendo en la realización de la subasta administrativa, hace que deba asumir las consecuencias de su propia conducta, y al haber frustrado la posibilidad de que la aseguradora cumpliera con la cobertura comprometida, no cabe sino confirmar la sentencia de grado en cuanto ordena realizar los trámites para la cancelación del crédito otorgado al padre de los actores, y la devolución del vehículo secuestrado.

Cabe señalar aquí que nos encontramos frente a un negocio jurídico complejo, donde los contratos de mutuo, de prenda y de seguro de vida no pueden ser analizados en forma individual e independiente, sino que deben ser abordados desde la óptica de la conexidad contractual, ya que los tres confluyen en un único acto negocial (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala D, “BankBoston National Association c/ Agarie”, 17/5/2000, RCyS 2000, pág. 612).

Por ende, frustrada la posibilidad de cobertura asegurativa como consecuencia de la conducta negligente de la demandada -cobertura que, como ya lo señalé, no sólo constituía una garantía para el banco sino también un derecho del deudor transmitido a sus herederos (el señor Avilés falleció sin encontrarse en mora en el pago de la prima)-, debe el banco cumplir con la totalidad de la contratación celebrada con el causante, cancelando el crédito otorgado, levantando la prenda y devolviendo el automotor secuestrado.

V.- Distinta ha de ser la conclusión respecto a los daños y perjuicios.

La sentencia de grado ha hecho lugar a la reparación por privación de uso del automotor, la que ha cuantificado en la suma de \$ 80.000,00 con más los intereses moratorios.

Entiendo que dicha indemnización es improcedente.

En efecto, hasta la presentación de la heredera al banco informando el fallecimiento de su padre (18 de junio de 2012) no puede reputarse que la conducta asumida por la demandada sea reprochable (el automotor fue secuestrado el día 29 de mayo de 2012). No existe entonces acto antijurídico alguno que justifique una reparación.

A partir del momento del secuestro es que los herederos arbitran los medios para obtener la cancelación del crédito y devolución del vehículo; devolución que es ordenada por resolución de fs. 108/110, y con fecha 13 de abril de 2013, la que fue confirmada por esta Cámara de Apelaciones en resolución de fecha 11 de febrero de 2014 (fs. 326/331).

Asimismo, y tal como lo ha señalado la jueza de grado, la medida de restitución no se efectivizó por el incumplimiento de los herederos en orden al otorgamiento de la caución real ordenada en la resolución de fs. 108/110, y no cuestionada por la parte actora.

De lo dicho se sigue que la privación del uso del automotor es, en su mayor parte, el resultado de la conducta de la parte actora.

Por otra parte, y dadas las especiales características del caso de autos, no puede entenderse que la sola privación del uso del automotor, como consecuencia del secuestro judicial, permita presumir la existencia de daños para todos los herederos. Se trata de un solo vehículo y se desconoce quién de los herederos lo utilizaba, o si su uso era compartido y, en su caso, en que condiciones. La misma sentencia recurrida pone de manifiesto que no se ha demostrado la realización de erogaciones por parte de los herederos para suplir la indisposición del automotor, como así tampoco su absoluta necesidad. Debo destacar que no consta en autos que se haya procedido a la división del acervo hereditario, por lo que no puede hablarse de la propiedad del vehículo en cabeza de un heredero determinado.





A ello agrego que cuando se secuestró el vehículo, éste estaba bajo la custodia de la conviviente del causante (ver acta de secuestro obrante a fs. 14 del expediente n° 471.959/2012, que tengo a la vista), y no de alguno, varios o todos los herederos.

De ello se sigue que no habiendo la parte actora acreditado los extremos que tornan procedente la indemnización pretendida (existencia del daño, hecho antijurídico y relación causal entre uno y otro) la pretensión resarcitoria debe ser rechazada, revocándose la sentencia de primera instancia en este aspecto.

VI.- El modo en el que se han resuelto los agravios de la parte demandada, tornan abstracto el tratamiento de la queja planteada por la parte actora.

VII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada y declarar abstracto el tratamiento del agravio de la parte actora.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio apelado, dejando sin efecto la condena al pago de la indemnización por privación de uso del automotor con más sus accesorios, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

En virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, y dado el éxito obtenido, las costas por la actuación en primera y segunda instancias se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en esta instancia Dres. ... y... en el 30% de la suma que se fije para cada uno de ellos, en igual concepto y por su actuación en primera instancia; y los de los Dres. ... y ... en el 30%, en conjunto, de la suma que por igual concepto se determine para los letrados de la parte demandada por su actuación en primera instancia, todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Fernando GHISINI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 523/537 vta., dejando sin efecto la condena al pago de la indemnización por privación de uso del automotor con más sus accesorios, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en primera y segunda instancias en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes en esta instancia Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se fije para cada uno de ellos, en igual concepto y por su actuación en primera instancia; y los de los Dres. ... y ... en el 30%, en conjunto, de la suma que por igual concepto se determine para los letrados de la parte demandada por su actuación en primera instancia, todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando Ghisini

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"VILLALON ESCUDERO HECTOR R. C/ HERNANDEZ BERNARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 453486/2011) – Sentencia: 244/16 – Fecha: 01/12/2016

DERECHO COMERCIAL: Seguro.

EXCLUSION DE LA COBERTURA. ACCIDENTE DE TRANSITO. LEY DE SEGUROS. DETERMINACION DE LA INDEMNIZACION. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO. PLAZO. CARACTER DEL PLAZO. APLICACION DE OFICIO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y DEFENSA EN JUICIO. POLIZA. CLAUSULA DE EXCLUSION DE LA COBERTURA. NIVEL DE ALCOHOLEMIA. DECLINATORIA. DISIDENCIA.

1.- El fallo de grado resulta correcto en cuanto rechaza la defensa de exclusión de cobertura opuesta por la



aseguradora citada en garantía quien cuestiona la decisión de la A quo por cuanto entiende que viola el principio de congruencia el haber introducido de oficio la extemporaneidad de la comunicación del rechazo de la cobertura, cuando ni el actor ni los demandados plantearon dicho tema en el debate judicial. Ello así, ha sido la propia aseguradora quién trae al proceso la defensa de exclusión de cobertura, por lo tanto el juzgador se encuentra habilitado para analizar la procedencia de la defensa opuesta en forma integral, incluido el cumplimiento de la carga de pronunciarse en tiempo y forma prevista por el art. 56 de la ley 17.418. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

2.- No debe pasarse por alto que la manda del art. 56 –Ley 17.418- referido es de carácter imperativo e instituye un plazo de caducidad inderogable por convención de las partes (cfr. López Saavedra, Domingo M., “Ley de Seguros 17.418 comentada”, Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 333/336). Por ende, el cumplimiento de la carga legal forma parte de la defensa opuesta por la compañía de seguros; en tanto que la congruencia procesal se integra no sólo con las pretensiones de la parte actora, sino también con las defensas opuestas por la parte demandada. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

3.- [...] si bien la aseguradora ha acompañado a autos dos cartas documentos, cuya autenticidad y recepción se encuentran probadas, la recurrente nada dice sobre la conclusión de la aquo respecto de la improcedencia de la información requerida por la aseguradora, concretamente el haber sometido la suspensión del plazo para expedirse al resultado de la causa penal que se iba a incoar con motivo del accidente de tránsito (...). Y en este aspecto también asiste razón a la aquo, ya que la ley de seguros habilita que la aseguradora requiera prueba instrumental, agregando seguidamente que no es válido supeditar la prestación del asegurador a sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 46). [...] Finalmente, y sin perjuicio de la ineficacia de la suspensión del plazo resuelta unilateralmente por la aseguradora, se advierte que tampoco se ha acreditado la existencia de la causa penal invocada. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI, en mayoría).

4.- [...] no es un hecho controvertido ante la Alzada que el conductor del rodado circulaba con un grado de alcoholemia del 1.4 con lo cual su situación se encuentra comprendida dentro del supuesto del artículo 22 inciso 17 del contrato de seguro, esto es, estamos en presencia de un supuesto de exclusión de la cobertura o de no seguro. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRI, en minoría).

5.- No comparto que el artículo en cuestión -56 de la ley de seguros- pueda ser aplicado de oficio por el sentenciante, sin perjuicio del respeto que me merece la opinión contraria expresada y señalada por mi colega, pero al respecto entiendo que ello es una cuestión que debe ser introducida en el proceso por quien sostenga su aplicación al caso toda vez que no advierto que afecte al orden público. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRI, en minoría).

6.- Corresponde que sea favorablemente receptada la declinatoria de la cobertura esgrimida por la aseguradora citada en garantía, pues, [...] la introducción -por la A quo- del tema de la extemporaneidad de la respuesta por parte de la aseguradora constituye una violación del principio de congruencia y defensa en juicio, toda vez que las partes en momento alguno introdujeron dicho tema no obstante que la existencia de las comunicaciones remitidas por la aseguradora fueron puestas de manifiesto al responder la citación en garantía. Por ello entiendo que se da en el caso una violación al principio señalado en el párrafo que antecede y que justifica la revocación de la sentencia en el punto en cuestión. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRI, en minoría).



**Texto completo:**

NEUQUEN, 1 de Diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “VILLALON ESCUDERO HECTOR R. C/ HERNANDEZ BERNARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (Expte. N° 453486/2011), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dr. Patricia CLERICI dijo:

I- La actora y la aseguradora citada en garantía interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 304/309, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

A) La parte actora se agravia, en primer lugar, por el rechazo de la reparación de los daños materiales, comprensivo de los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, gastos de traslado y vestimenta.

Dice que la jueza de grado ha aplicado un criterio restrictivo cuestionable ya que se aparta de la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones, tribunal que en forma unánime ha reiterado que los gastos de asistencia médica en general no requieren ser probados en forma específica y concreta, sino que pueden ser presumidos en función de las circunstancias del caso y de la entidad de las lesiones padecidas por la víctima.

Sigue diciendo que la aquo prescinde dogmáticamente de circunstancias que han sido probadas en autos, como el carácter de las lesiones producidas, sobre todo en su rodilla, de las que se desprende que para el actor aquellas fueron severas y que debió realizar erogaciones para su asistencia.

A renglón seguido se queja del monto otorgado en concepto de indemnización por daño físico, al que considera bajo.

Señala que la sentencia de grado fija para reparar el daño físico la suma de \$ 23.185,00, monto que es sensiblemente inferior al que resulta de aplicar la fórmula “Méndez”, la que integra con la edad del actor al momento del hecho dañoso (38 años), el porcentaje de incapacidad determinado en la pericia médica (9,75%), y suponiendo la utilización del salario mínimo, vital y móvil vigente a enero de 2011 (\$ 1.500,00), y de la que se obtiene un capital de \$ 35.560,00.

Como tercer agravio plantea que es baja la suma otorgada para reparar el daño moral, entendiendo que la cantidad de \$ 5.000,00 es irrisoria, y que no se ha ponderado debidamente, para cuantificar este ítem, las particulares circunstancias del caso.

Agrega que tampoco se tuvieron en cuenta las conclusiones del dictamen pericial psicológico, en el que pueden observarse las importantes consecuencias que tuvo el accidente en la vida del actor. Destaca de este informe lo dicho respecto de la depresión y caída de la autoestima.

Finalmente se agravia por el rechazo de la indemnización por privación del uso del automotor.

Sostiene que la jueza de primera instancia parte de una premisa errónea, cuál es conceptual el rubro únicamente como un lucro cesante, cuando el mismo resulta mayormente un daño emergente de la mera indisposición del vehículo.

Afirma que se encuentra acreditado que la motocicleta del actor sufrió importantes daños como consecuencia de la colisión.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

B) La aseguradora citada en garantía se agravia por el rechazo del planteo de exclusión de cobertura por la causal de alcoholemia positiva del conductor asegurado.

Dice que la alcoholemia no es encuentra discutida, ya que todas las partes tienen conocimiento que el demandado Hernández se encontraba alcoholizado (1.4 g/l) al momento de la ocurrencia del siniestro, de acuerdo con las actuaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Faltas y la Policía del Neuquén.

Agrega que es equivocada la conclusión de la aquo sobre la temporalidad de la notificación de la exclusión de la cobertura, ya que este extremo no fue cuestionado por ninguna de las partes.

Reitera que su parte no sólo ha acreditado la alcoholemia positiva, sino que también ha acreditado la veracidad y envío de las dos cartas documentos al asegurado.

Entiende que si las partes del proceso no desconocen ni cuestionan la exclusión de cobertura, no puede válidamente la magistratura, sin caer en arbitrariedad, rechazar esta defensa y condenar a la aseguradora.

Argumenta respecto del principio dispositivo, señalando que opera en autos el principio de congruencia, bilateralidad y dispositivo.

Cita jurisprudencia.

Subsidiariamente critica que se haya entendido que existe relación causal entre las lesiones que presenta el actor y el accidente.

Considera que no existe prueba objetiva que permita certificar y concluir que la omalgia derecha y gonalgia inespecífica tengan relación causal con el accidente de autos. Destaca que la parte actora no acreditó que las supuestas secuelas tuvieran su origen en el accidente.

Pone de manifiesto que el accidente de tránsito ocurrió el día 15 de mayo de 2010 y la revisión médica efectuada por el perito de autos al actor



tuvo lugar cuatro años después; a la vez que no se ha agregado al expediente documentación que acredite tratamiento médico, estudios, indicaciones médicas, rehabilitación, posteriores al siniestro y anteriores al dictamen pericial.

También de forma subsidiaria cuestiona los importes concedidos en concepto de indemnización.

Dice que el daño moral y los gastos de tratamiento psicológico debieron ser rechazados ya que no se encuentran acreditadas ni las lesiones físicas, y mucho menos el stress postraumático señalado por el perito psicólogo.

Plantea la cuestión federal.

c) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado de la expresión de agravios de la parte actora a fs. 342/344 vta.

Dice que de la escasa prueba rendida surge que el actor recibió atención médica pública, por lo que queda claro que no debió erogar gastos médicos, radiológicos ni farmacéuticos y, en todo caso, debió acreditar por algún medio probatorio la realización de estos gastos. Cita jurisprudencia.

Con relación a las fórmulas, sostiene que tanto “Vuotto” como “Méndez” son sólo parámetros con valor orientativo, que utilizan los jueces para determinar el quantum indemnizatorio, pero no el único elemento que se utiliza. Cita jurisprudencia.

Defiende la justeza de la reparación del daño moral.

d) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la aseguradora a fs. 345/347 vta.

Denuncia la falta de cumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios, y dice que resulta claro que la aseguradora rechazó la cobertura de manera extemporánea, por lo que dicho rechazo carece de validez jurídica.

Cita la Ley de Defensa del Consumidor, y sostiene que el derecho a la información tiene suma importancia, desarrollando su contenido.

Concluye en que si existiera algún inconveniente con relación a una exclusión, éste debe ser informado inmediatamente al asegurado, pues de ello depende la cobertura contratada, y no al contestar la demanda.

Afirma que el daño y sus secuelas se encuentran debidamente acreditados con la pericia médica.

e) Los demandados Hernández y Lecler Soto no contestan los traslados de las expresiones de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, se advierte que el memorial de la citada en garantía reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto se precisa cuales son los aspectos del fallo de grado que se cuestionan y por qué.

Por ende, no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- A fs. 310 la aseguradora apela los honorarios regulados al letrado de la parte actora y a los peritos intervinientes, pero omite señalar cuál es el motivo del recurso arancelario, por lo que el mismo debe ser declarado desierto.

IV.- De acuerdo con los planteos de los recurrentes, he de comenzar el análisis por la queja de la aseguradora referida al rechazo de la defensa de exclusión de cobertura.

La aseguradora cuestiona la decisión de la aquo por cuanto entiende que viola el principio de congruencia el haber introducido de oficio la extemporaneidad de la comunicación del rechazo de la cobertura, cuando ni el actor ni los demandados plantearon dicho tema en el debate judicial.

La jurisprudencia es conteste respecto a que el art. 56 de la ley 17.418, concretamente la sanción que la norma establece, puede ser introducida de oficio por el juez. Así lo ha entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala H, 18/3/1997, “F., M.E. c/ Suárez”, LL 1997-E, pág. 438; Sala D, 30/9/2009, “Colofort S.A. c/ Juncal Cía. de Seguros”, LL 2009-D, pág. 656).

También la doctrina se ha pronunciado en igual sentido (cfr. Meilij, Gustavo, “Características de la carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado”, JA, octubre/2006, número especial con motivo del XII Congreso Mundial de Seguros; Stiglitz, Rubén, “Consideraciones sobre cuestiones ligadas al contrato de seguro”, LL, fascículo del 14/12/2011).

En tanto ha sido la aseguradora quién trae al proceso la defensa de exclusión de cobertura, el juzgador se encuentra habilitado para analizar la procedencia de la defensa opuesta en forma integral, incluido el cumplimiento de la carga de pronunciarse en tiempo y forma prevista por el art. 56 de la ley 17.418.

No debe pasarse por alto que la manda del art. 56 referido es de carácter imperativo e instituye un plazo de caducidad inderogable por convención de las partes (cfr. López Saavedra, Domingo M., “Ley de Seguros 17.418 comentada”, Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 333/336). Por ende, el cumplimiento de la carga legal forma parte de la defensa opuesta por la compañía de seguros; en tanto que la congruencia procesal se integra no sólo con las pretensiones de la parte actora, sino también con las defensas opuestas por la parte demandada.

Luego, y si bien la aseguradora ha acompañado a autos dos cartas documentos, cuya autenticidad y recepción se encuentran probadas, la recurrente nada dice sobre la conclusión de la aquo respecto de la improcedencia de la información requerida por la aseguradora, concretamente el haber sometido la suspensión del plazo para expedirse al resultado de la causa penal que se iba a incoar con motivo del accidente de tránsito (fs. 51).

Y en esta aspecto también asiste razón a la aquo, ya que la ley de seguros habilita que la aseguradora requiera prueba instrumental, agregando



seguidamente que no es válido supeditar la prestación del asegurador a sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 46).

Gustavo Raúl Meilij sostiene que existe un impedimento para el asegurador de supeditar la decisión (pronunciamiento) a un reconocimiento judicial de la existencia de los hechos o de la responsabilidad del asegurado, frente a terceros o respecto del asegurador mismo (culpa grave, por ejemplo). “Por ello es que el sistema legal no acepta que este beneficio se adquiera unilateralmente y sin invocar ninguna circunstancia grave o excepcional, como cuando se supedita el pronunciamiento debido al resultado de la causa penal labrada con motivo del hecho denunciado” (cfr. aut. cit., “La carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado”, LL 2011-D, pág. 1.058).

Finalmente, y sin perjuicio de la ineficacia de la suspensión del plazo resuelta unilateralmente por la aseguradora, se advierte que tampoco se ha acreditado la existencia de la causa penal invocada.

En consecuencia, el fallo de grado resulta correcto en cuanto rechaza la defensa de exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora citada en garantía.

V.- He de abordar ahora los agravios planteados por ambos apelantes respecto de los rubros que integran la indemnización otorgada al actor.

La actora se agravia por el rechazo de la reparación por asistencia médica, gastos farmacéuticos, estudios complementarios, traslados y vestimenta.

Conforme surge de la prueba aportada a la causa, el actor fue atendido en forma inmediatamente posterior al accidente en el Hospital Heller, integrante del sistema de salud pública. De acuerdo con lo informado por dicho nosocomio a fs. 191, el accionante no presentó heridas externas, se le realizaron radiografías de cráneo, de columna y de tórax, todas con resultado normal, habiéndosele dado el alta médica dos horas después de su ingreso con el diagnóstico de escoriaciones de rodilla izquierda e indicación de reposo.

En el dictamen pericial médico de fs. 197/198 vta. consta que el actor refirió que no tomó más medicamentos que los que se le dieron en el hospital, y que el tratamiento para la lesión sufrida es reposo y antiinflamatorios.

De la prueba producida no surge que el actor haya requerido de asistencia médica y radiografías más allá de la recibida y realizadas en el hospital público, el que resulta gratuito. Al no haber recibido asistencia médica posterior a la del sistema público de salud, mal puede pretenderse que tuvo que trasladarse para ello.

Respecto de los gastos de farmacia, y si bien es cierto que esta Cámara de

Apelaciones los estima a partir de la gravedad de las lesiones, en autos el mismo actor ha reconocido que no tomó otros medicamentos por fuera de los que se le dieron en el hospital –en forma gratuita-, surgiendo de la prueba informativa que sólo tuvo escoriaciones y no heridas que requirieran curación específica. Consecuentemente, no puede hacerse lugar a una reparación por gastos de farmacia cuando la misma parte está reconociendo que no los realizó.

Finalmente y en lo que hace a la reparación por la destrucción de la vestimenta, ninguna prueba se ha aportado sobre la cantidad y calidad de ropa que habría sido deteriorada en el accidente, por lo que tampoco se puede hacer lugar a esta reparación.

VI.- La actora se queja del bajo monto asignado a la indemnización del daño físico, en tanto que la aseguradora cuestiona la existencia de nexo causal entre las secuelas que informa el perito y el accidente.

Entiendo que asiste razón a la aseguradora.

Del informe pericial médico surge que las secuelas que tendría el actor como consecuencia del accidente son omalgia derecha y gonalgia inespecífica. Omalgia refiere a dolor en el hombro y gonalgia, a dolor en la rodilla.

Con respecto a la omalgia, los informes médicos de su asistencia inmediatamente posterior al accidente no aluden a lesiones en los hombros o miembros superiores. A ello agrego que el perito solamente manifiesta: “El examen de sus hombros es normal, sin limitación funcional. Hay dolor en los movimientos extremos”.

En cuanto a la gonalgia, el único signo clínico que informa el experto es que “manifiesta dolor en la flexión aunque completa la misma”.

En base a los términos del informe pericial no existe limitación funcional ni en los hombros ni en las rodillas, siendo la única incapacidad que presenta el actor el dolor ante la realización de algunos movimientos. Ahora bien, siendo el dolor un síntoma subjetivo, y no existiendo en el informe técnico ninguna comprobación objetiva de los dichos del actor, es que no puede aceptarse la conclusión a la que arriba el perito de autos. Ello, no obstante que las expresiones del experto tampoco son concluyentes: “Las lesiones pudieron ser ocasionadas como se relata”; “Las secuelas pueden ser consecuencia del accidente”; “Las lesiones relacionadas se condicen con el accidente”.

En definitiva estimo que en autos no se encuentra acreditado que el actor presente incapacidad física como consecuencia del accidente que protagonizó.

VII.- Lo dicho en el apartado anterior torna abstracto el tratamiento de los agravios de la parte actora referidos al monto de la indemnización por daño físico y la utilización de las fórmulas de matemática financiera.

VIII.- El accionante también se agravia por la indemnización por daño moral.

Teniendo en cuenta la inexistencia de incapacidad física, entiendo que el monto otorgado por la aquo para reparar el daño moral (\$ 5.000,00) resulta adecuado a los padecimientos espirituales que razonablemente pudo haber sufrido el actor, considerando la entidad del accidente, las



lesiones que sufriera y el tiempo de recuperación, el que conforme se precisa en el informe pericial fue de aproximadamente cinco días.

IX.- La aseguradora critica que se la haya condenado al pago del tratamiento psicológico indicado en la pericia en la materia.

Cuesta relacionar el estado psíquico que informa el dictamen de fs. 138/141 con la gravedad y entidad del accidente y lesiones sufridas. Si bien es cierto que los conocimientos técnicos son del experto, considerando que el accidente fue menor y que la consecuencia del mismo resultó ser escoriaciones en la rodilla, no puedo entender que estos hechos hayan ocasionado depresión y problemas fóbicos. El informe pericial, en este aspecto, es infundado, toda vez que no explica adecuadamente la relación causal entre el estado anímico del actor y el hecho dañoso.

Por otra parte se advierten contradicciones en el informe referido, toda vez que en el apartado “evaluación semiológica” señala que el actor se ha desempeñado en diferentes labores, las que requieren cualidades que solo una persona con buen nivel intelectual puede desempeñar, y luego en el punto 2) afirma que el actor es una persona con muy escasa formación, encargada de labores más ligadas a las condiciones propias del género, que a sus posibilidades intelectuales.

Entiendo que la pericia realizada en autos resulta inhábil a los efectos de acreditar la existencia de daño psíquico por no encontrarse científicamente fundada, y generar dudas respecto de que sus conclusiones refieran al actor de autos.

Consecuentemente, no habiéndose acreditado la existencia de daño psicológico, mal puede hacerse lugar al tratamiento indicado.

X.- Asiste razón al demandante respecto de la indemnización por privación de uso de la motocicleta.

Esta Sala II tiene dicho que la sola indisponibilidad del vehículo genera un daño resarcible, sin importar a que fines es utilizado habitualmente el automotor, ya que se supone que quién adquiere, en esta caso, una motocicleta, lo hace para usarla ya sea para el trabajo, con fines recreativos, etc. (cfr. autos “Hochstetter Cabrera c/ Ibáñez”, expte. n° 399.093/2009, P.S. 2013-IV, n° 142, entre otros).

En autos, teniendo en cuenta el estado en que quedó la motocicleta del actor (ver fotos de fs. 295/296 vta.) va de suyo que el vehículo no puede ser utilizado sin que se lo repare.

Sin embargo, en autos no encuentro prueba alguna respecto a si el vehículo ha sido o no reparado y, en su caso, cuál es el tiempo que demanda la reparación.

Consecuentemente, conforme lo prescribe el art. 165, último párrafo del CPCyC, fijo prudencialmente el monto de la indemnización por privación de uso del automotor en la suma de \$ 200,00, considerando que el tiempo de la reparación es de cinco días.

XI.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo declarar desierta la apelación arancelaria y hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de ambos recurrentes. En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 9.060,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los Dres. Joaquín Andrés Imaz y Alfredo Gustavo Tomé en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO dijo:

Adhiero al voto que antecede con excepción del considerando IV toda vez que entiendo que la queja vertida por la aseguradora resulta pertinente.

En primer lugar y conforme los términos de la sentencia y los agravios vertidos y sin perjuicio de señalar que ello quedara acreditado en base a la prueba producida, no es un hecho controvertido ante la Alzada que el conductor del rodado circulaba con un grado de alcoholemia del 1.4 con lo cual su situación se encuentra comprendida dentro del supuesto del artículo 22 inciso 17 del contrato de seguro, esto es, estamos en presencia de un supuesto de exclusión de la cobertura o de no seguro.

Sobre el tema y si bien se refiere a un supuesto fáctico distinto pero cuyos principios resultan aplicables al presente, sostuve en la causa “B. CONTRERAS JUVENAL CONTRA LAGOS HAYDEE VIVIANA Y OTROS S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (Expte. N° 386457/9), del 9 de abril del 2.013:

“La exclusión de cobertura o no seguro, importa la limitación de un riesgo o su exclusión. Ello significa que, al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantizar. Lisa y llanamente el asegurado carece de derecho a exigir el pago de las consecuencias dañosas de un siniestro porque el evento no se halla cubierto contractualmente, no ha sido tomado a su cargo por el asegurador y, por ende, no percibió prima por él”.

“En este supuesto se origina una falta de cobertura, un “no seguro” porque el riesgo se halla formalmente fuera de la garantía dada en la póliza respectiva”.

“La exclusión de cobertura, en tanto defensa anterior al siniestro, es oponible al asegurado, y en el seguro contra la responsabilidad civil, también al damnificado cuando este ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador (Stigliz, Rubén, “Derecho de seguros” tomo II, páginas 132 y siguientes)”.

En tal sentido y conforme lo expuesto y por tratarse de una cláusula de exclusión expresa que figura en el contrato es que, en el caso, resulta clara la exclusión de la condena a la aseguradora.

Al respecto y al adherir a un voto del Dr. Silva Zambrano se expresó en la causa “MUÑOZ EMILIO JAVIER CONTRA SORIA JOSE LUIS Y





OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, (Expte. EXP N° 295937/3), citada por la aseguradora:

“Así, y aun compartiendo la afirmación acerca de la función social que cumple el sistema de seguros dicha aseveración no puede llegar a convertir al mismo en un seguro social, instituciones claramente diferenciadas”.

“La función social del seguro radica en la posibilidad de diluir las consecuencias dañosas de un siniestro a través de la mutualidad de los asegurados”.

“Así se ha señalado: “Se nos presenta como el dispositivo más adecuado para obtener el traslado de la carga dineraria que origina el débito de responsabilidad hacia un tercero, el asegurador, el cual por aplicación de su técnica obtiene la dilución de las consecuencias dañosas de los siniestros a través de la mutualidad (latu sensu) de los asegurados, con cuyas aportaciones a costo cierto y parcial, matemáticamente calculadas, sobre los resultados que nos arroja la estadística, permite la obertura de los daños ocasionados por la verificación de los riesgos” (Morandi, Juan Carlos Felix, Seguro de responsabilidad civil por accidentes de automotores, en RJSAER, N° 5 p.321) citado por Miguel Piedecacas en “Régimen legal del seguro pág. 351 Rubinzal Culzoni Editores”.

En ese orden de ideas continúa señalando Piedecacas y en lo que aquí me interesa destacar: “El seguro de responsabilidad civil, estructurado a partir del artículo 109 de la Ley de Seguros, tienen una función social, ya que sus efectos prácticos inciden sobre la comunidad en forma directa, pero no un origen “social” dentro de la clasificación de los seguros. En este ámbito se deben distinguir dos relaciones jurídicas autónomas: la de responsabilidad, asegurado-damnificado; la de seguro, asegurado-asegurador.”

Y agrega: “La relación que se puede generar entre damnificado y asegurador parte del contrato de seguro, por lo cual sus delimitaciones objetivas y subjetivas le son oponibles.”-el subrayado me pertenece- (ob. citada pág. 372).

“La exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante se relaciona directamente con los elementos del seguro detallados por la parte: riesgo cubierto, prima que se abona y prestación comprometida. En ese marco, la delimitación del riesgo se estructura decididamente con las cláusulas de exclusión las que, vale señalar se encuentran preanunciadas al asegurado y aprobadas por la Superintendencia de Seguros, aspecto éste también expuesto de modo preciso por el apelante”.

Ha hecho hincapié la parte actora en la falta de comunicación por parte de la aseguradora del rechazo de la cobertura con fundamento en lo dispuesto por el artículo 56 de la ley de seguros.

Sin perjuicio de señalar que el asegurado ha negado la autenticidad y recepción de la carta documento cuya copia obra a fs. 58, pese a tratarse de un instrumento que en principio es auténtico y a que fuera dirigido a su domicilio real denunciado al contestar la demanda, entiendo que en todo caso estaba a cargo de dicha parte, la accionante, demostrar la falta de autenticidad de la pieza postal remitida por el correo argentino.

Pero, además, lo cierto es que por tratarse de un supuesto de no seguro, no resulta exigible la comunicación del artículo 56 de la ley de seguros. Así he sostenido en la causa n° 334817/6:

“I.- El alcance del artículo 56 de la ley de seguros.

Tal como se ha señalado el riesgo constituye un aspecto esencial del seguro dado que integra el objeto del contrato que se celebra para cubrir al asegurado a su respecto, para satisfacer necesidades de índole económica que se generan cuando tiene lugar el evento previsto, tal como lo define el artículo 1 de la ley de seguros.

De ahí que se haya considerado que resulta fundamental que el riesgo puesto a cargo del asegurador sea claramente delimitado, de manera tal de precisar las obligaciones de ambas partes.

Se ha sostenido (Nicolás Barbato, “Determinación del riesgo y exclusiones de la cobertura”, publicado en el libro “Derecho de seguros” en homenaje al Dr. Morandi), que el proceso de determinación del riesgo muestra dos fases: una positiva (la individualización) de enunciado del riesgo genérico que se cubre y otra negativa (la delimitación) por la que se colocan fuera del amparo diversas situaciones en las que ese riesgo se acentúa notablemente, ya sea en su probabilidad o bien en su intensidad o amplitud dañosa, por lo que el asegurador las considera insusceptibles de cobertura asegurativa o sólo amparables mediante una prima más elevada que la fijada en el contrato.

Sigue diciendo el autor antes citado, que las cláusulas de la póliza que tienen por efecto fijar límites y colocar situaciones fuera del riesgo genérico cubierto, adquieren una marcada importancia ya que, por una parte, el riesgo se encuentra en una estrecha relación técnico-económica con la prima que se cobra por el amparo asegurativo y desde el punto de vista del asegurado para que sepa cual es el ámbito del amparo contratado ya que respecto de todo lo que queda fuera del mismo, como consecuencia, no tendrá derecho a percibir la prestación principal prometida por el asegurador para el caso de que se produzca un siniestro.

Indica también que dichas cláusulas no pueden confundirse con las de caducidad, ya que estas últimas parten del supuesto en los que el riesgo se encuentra originariamente cubierto, pero el asegurado pierde su derecho a reclamar la prestación del asegurador por haber incurrido en la violación de alguna carga legal o convencional, remarcando que en las hipótesis de exclusión de la cobertura o no seguro, la causa será originaria y se partirá de la ausencia de todo derecho desde el comienzo mismo del contrato, en cambio, en las de caducidad se estará ante un derecho que existía y que se ha perdido por el incumplimiento o violación de una carga (ver páginas 40 y siguientes de la obra citada).

Y afirma, luego, que las cláusulas de exclusión revisten gran importancia por cuanto los supuestos descriptos en ellas quedan fuera del amparo



asegurativo, por no formar parte del riesgo cubierto. Más allá de tales límites no hay contrato, nos encontramos en el ámbito del “no seguro”, de una suerte de nada asegurativa (ver página 42).

Y de ellos se extraen una serie de consecuencias:

- a) la carencia de todo derecho, en el asegurado, para reclamar, en tales supuestos, la prestación principal comprometida por el asegurador;
- b) el carácter originario de dicha carencia;
- c) el carácter irredimible de esas carencias jurídicas, que impide que se puedan sortear sus efectos, ocurrido el hecho siniestral.

Con relación al tema de lo previsto por el artículo 56 de la ley de seguros se ha sostenido que al tratarse de un supuesto de “no seguro” no rige a su respecto la norma citada. El fundamento de tal postura se encuentra en la propia norma del artículo 56, cuando requiere determinadas calidades a los sujetos de la relación: que se trate de “asegurador” y “asegurado”, y precisamente en los casos de exclusiones a la cobertura y demás situaciones de “no seguro”, faltan esas calidades.

Nadie es asegurador de aquellos supuestos que están excluidos de la cobertura establecida en el contrato, es decir, no forman parte de su contenido. Sostener lo contrario, conduce a que, por la vía del mero transcurso de un plazo, pueda llegarse a decidir que el reclamante sea titular de una cobertura asegurativa que nunca contrató, cuyas características y medida no se conocen, y por la que no se abonó prima, razón por la cual cualquier pago que el asegurador deba efectuar en esas condiciones estará fuera de la originaria decisión de análisis, evaluación y toma de riesgo y de todo cálculo de prima, afectando en última instancia a la comunidad de asegurados, obligando a responder por un riesgo no asumido y que quizá nunca se hubiera asumido (ver página 47 obra citada y jurisprudencia allí mencionada).

Incluso quienes postulan una interpretación intermedia con respecto a las consecuencias de la omisión de pronunciarse por parte de la aseguradora, consideran que el simple correr del plazo del artículo 56 no significa que queden comprendidos en ese reconocimiento y en la zona de cobertura, rubros excluidos expresamente y ab initio del seguro pactado entre las partes, pues tal solución llevaría a un reconocimiento indebido de la asegurada (ver al respecto Kemelmajer de Carlucci, “El silencio del asegurador frente a la denuncia del siniestro”, en la obra antes citada, página 195).

En consecuencia y de conformidad con lo hasta aquí expuesto, considero que la falta de respuesta o la respuesta tardía por la aseguradora en los supuestos de exclusión del riesgo, no tiene los efectos previstos por el artículo 56 de la ley de seguros. O lo que es lo mismo, su silencio, no hace que la cláusula de exclusión de las incapacidades de origen psiquiátrico y/o psicológicas, pierdan validez o carezcan de relevancia para determinar el riesgo cubierto.

No comparto en consecuencia el agravio que en tal sentido vierte el quejoso en su fundada pieza recursiva y ello sin desconocer la existencia de posturas contrarias, o bien más flexibles que la sostenida o bien similares pero aplicables a otros supuestos”.

Cabe formular dos acotaciones más con relación al tema.

La primera, que no estamos en presencia de culpa o dolo del asegurado sino que la cuestión se reduce a la estricta aplicación del contrato de seguro en cuanto establece, como exclusión de la cobertura, la falta de licencia para conducir por parte del conductor del vehículo con lo cual no se analiza la culpa o dolo del asegurado o de un tercero.

Ahora bien en el caso de autos la aseguradora no ha planteado que no era necesaria la comunicación prevista por el artículo 56 de la ley de seguros, razón por la cual y sin perjuicio de la postura que sostengo al respecto y que se trasluce en los párrafos que anteceden, entiendo que dicho aspecto no puede ser introducido en esta Instancia recursiva en función de lo dispuesto por el artículo 277 del Código de rito.

No comparto que el artículo en cuestión pueda ser aplicado de oficio por el sentenciante, sin perjuicio del respeto que me merece la opinión contraria expresada y señalada por mi colega, pero al respecto entiendo que ello es una cuestión que debe ser introducida en el proceso por quien sostenga su aplicación al caso toda vez que no advierto que afecte al orden público.

De todas maneras el tema fue deducido por la aseguradora al señalar que, ante la denuncia del siniestro, procedió a remitir la carta documento de fs. 51 y luego la de fs. 50 por la cual rechaza la cobertura.

Corrido el traslado de la defensa, tal como resulta de la providencia de fs. 58 ni la actora ni el asegurado realizan objeción alguna en relación al tema ya que el primero no se pronuncia y el accionante adopta igual postura.

Tampoco en el alegato presentado por la víctima se alude al tema.

En tal sentido y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 356 del Código de rito, no es un hecho controvertido para el asegurado ni la existencia del porcentaje de graduación alcohólica ni las comunicaciones que le remitiera la aseguradora y mucho menos que las mismas fueran extemporáneas.

En cuanto al actor, ajeno al vínculo contractual, y tal como antes indicara ha quedado demostrado que el accionado conducía con 1.4 de graduación alcohólica dándose así el supuesto previsto por la cláusula contractual antes mencionada.

Tampoco alegó el actor el supuesto incumplimiento del plazo previsto por el artículo 56 de la ley de seguros.

En tales condiciones la introducción del tema de la extemporaneidad de la respuesta por parte de la aseguradora constituye una violación del principio de congruencia y defensa en juicio, toda vez que las partes en momento alguno introdujeron dicho tema no obstante que la existencia de



las comunicaciones remitidas por la aseguradora fueron puestas de manifiesto al responder la citación en garantía.

Por ello entiendo que se da en el caso una violación al principio señalado en el párrafo que antecede y que justifica la revocación de la sentencia en el punto en cuestión.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente sentencia de fs. 304/309, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 9.060,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Impones las costas de Alzada en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Marcelo Medori

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"ARIAS OMAR ALEJANDRO C/ SOTO VERGARA ROSA AURORA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 402430/2009) – Sentencia: 247/16 – Fecha: 06/12/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DIFERENCIAS SALARIALES. ASIGNACIONES FAMILIARES. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. DEBER DE DILIGENCIA. MUDAS DE ROPA. HORAS EXTRAS. FALTA DE ACREDITACION. ADICIONAL POR ASISTENCIA. OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR. FALTA DE PRUEBA.

1.- El deber de diligencia del empleador no ha sido reglado especialmente en la ley 22.250, por lo que puede aplicarse la LCT.

2.- El art. 79 de la LCT pone en cabeza del empleador el deber de diligencia, que importa la iniciativa de éste a fin de facilitar al trabajador bajo su dependencia la percepción de, entre otros, los beneficios de la seguridad social, los que comprenden las asignaciones familiares.

3.- La demandada ha acreditado encontrarse incorporada al Sistema Unico de Asignaciones Familiares (SUAF), pero ello no la releva del deber de diligencia, en orden a informar al trabajador y requerir la denuncia de sus cargas de familia.

4.- Corresponde confirmar la sentencia de grado, en cuanto hace lugar a las asignaciones familiares por la hija del trabajador, pues en autos no obra constancia alguna de que se haya requerido al actor información sobre sus cargas de familia, ni menos aún que ella se haya ingresado al sistema, prueba que a cargo de la accionada.

5.- En tanto la empleadora ha acreditado la entrega de una sola muda de ropa correspondiente al período febrero-noviembre de 2008, aunque por una suma que involucraría, en principio, las dos mudas de ese



período, ya que el actor ha valuado cada muda en la suma de \$ 200,00, no surgiendo de autos la existencia de un valor distinto, el rubro reclamado progresa parcialmente por la suma de \$ 400,00, debiendo modificarse el fallo de grado en esta cuestión.

6.- El reclamo por horas extras debe ser rechazado si de los dichos de los testigos no surge con la claridad necesaria que el actor realizara habitualmente horas extras durante los días sábados por la tarde, unido a las constancias que surgen de las planillas horarias.

7.- Si el actor no explica por qué reclama diferencias salariales en concepto de adicional por asistencia, y surge de los recibos de haberes que obran en su legajo, y que el perito calígrafo ha determinado que son auténticos, que hubieron meses en que se abonó al trabajador dicho adicional, y meses en que no se le abonó, el reclamo no puede prosperar. En todo caso estaba a cargo del actor explicar y probar que en los períodos en que no se le pagó el adicional por asistencia, él cumplió con los recaudos que establece la norma convencional para su pago.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 6 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ARIAS OMAR ALEJANDRO C/ SOTO VERGARA ROSA AURORA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (Expte. N° 402430/2009), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 316/325 vta. y su aclaratoria de fs. 331/vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por el acogimiento del reclamo respecto de la ropa de trabajo por la suma de \$ 750,00, correspondiente al primer período reclamado.

Califica a lo resuelto por el a quo como una grosera incongruencia, a la vez que un claro desorden resolutivo.

Dice que el fallo de grado afirma que el actor, sin justificar los montos, peticiona \$ 800,00 por el primer período y \$ 200,00 por el segundo, cuando, en realidad, surge del escrito de demanda (Punto V, inc. 4 in fine) lo siguiente:

“En razón de ello, correspondía otorgar a mi mandante al menos 2 mudas de ropa en el período enero-octubre de 2007 y otras 2 en el período febrero-noviembre 2008 y no habiéndole sido otorgada la ropa de trabajo, solicito por este rubro la suma de PESOS OCHOCIENTOS (\$ 800), esto es DOSCIENTOS PESOS (\$ 200) por cada muda”.

Sigue diciendo que el a-quo ha fallado por encima de lo peticionado, toda vez que en la demanda se solicita la suma de \$ 200,00 por muda y un total de \$ 800,00 por los dos períodos.

Sin perjuicio de ello, entiende que el actor había percibido la totalidad de las sumas que le correspondía por tales conceptos, motivo por el cual el reclamo debió ser rechazado. Agrega que la demandada abonó la suma de \$ 1.200,00 por este concepto.

Afirma que el sentenciante de grado señala que de la pericia contable surge recibo por la suma de \$ 750,00 por entrega de ropa de trabajo, de fecha 10/10/2008, por lo que se encuentra acreditada la entrega de ropa por el segundo período; en tanto que el recibo de ropa de trabajo obrante en la documental acompañada por la demandada, si bien fue desconocido por el actor, la pericia caligráfica determina que la firma le pertenece.

Arguye el apelante que si la pericia caligráfica da fé del pago al actor y lo mismo surge de la pericial contable, no se entiende porque el a-quo ha reconocido la acreencia a favor del actor y, además, por un monto superior a lo reclamado en la demanda.

Señala que tampoco ha tenido en cuenta el sentenciante de primera instancia, que el testigo Huenchunao Campos declaró que siempre les otorgaban a los trabajadores ropa de trabajo, y que el actor la recibió.

También se agravia por el acogimiento parcial del reclamo por horas extras, con fundamento en que éste trabajaba los días sábados de 14,30 horas a 18,00 horas.

Sostiene que no existe prueba concreta ni fehaciente que acredite la realización de las horas extras.

Detalla que el testigo Muñoz dijo que se trabajaba de lunes a viernes y sábados al mediodía, “que ese era el horario de todos”, y que solamente el testigo Huenchunao Campos declara que a veces trabajaban los sábados a la tarde, pero en ningún momento da certeza respecto a si el actor lo hacía. De todos modos, argumenta el recurrente, este testigo también señaló que siempre se pagaban las horas extras en efectivo al terminar la



jornada.

Cuestiona la decisión del a-quo, señalando que solamente ha valorado una de las declaraciones testimoniales, ignorando lo dicho por el otro, y sin explicar por qué tomó como cierto que el demandante trabajó dos sábados al mes y no uno, como lo dijo el propio testigo Huenchunao Campos, o por qué, por el contrario, no tomó como válida la otra parte de la declaración del testigo donde afirma que siempre se cobraron las horas extras.

Concluye en que el fallo en crisis tomó la opción más favorable al trabajador, sin pruebas que la apoyen.

Pone de manifiesto que la sola declaración del testigo no es suficiente para probar la realización de horas extras, toda vez que su parte, al contestar la demanda, acompañó la totalidad de las planillas de registro horario del actor durante todo el período trabajado, las que están completas y firmadas por el trabajador, tal como lo corroboró el perito calígrafo a fs. 223/233. Agrega que el testigo Muñoz declaró haber visto como el actor las firmaba y que, además, los horarios que allí constan son los realmente trabajados.

Destaca la existencia de documentación suscripta por el actor, que acredita que nunca trabajó los días sábados luego del mediodía.

Cita jurisprudencia sobre la prueba de las horas suplementarias.

Se queja por qué se acogió para todos los meses que duró la relación laboral el reclamo por asistencia perfecta, incrementando así los haberes en un 20%.

Califica como incorrecta a la decisión.

Entiende que de haber evaluado, el juez de grado, los recibos acompañados por ambas partes, habría advertido que se otorgó el adicional por asistencia perfecta cada vez que el trabajador no se ausentó de su puesto de trabajo.

Detalla las quincenas en las cuales se le abonó este adicional.

Por ende, afirma el apelante, lo resuelto por el a quo deviene ilegítimo y abusivo ya que está permitiendo que el actor cobre dos veces el mismo adicional.

Luego, detalla las quincenas en las cuales no se le abonó el adicional por asistencia, y cita el art. 52 del CCT 76/75 en cuanto prescribe que no se tendrá derecho al adicional por asistencia cuando el trabajador incurriera en inasistencias o no cumpliera íntegramente su horario de trabajo, o se presentara la situación prevista en el art. 18.

Manifiesta que el actor consintió por un prolongado plazo, suscribiendo los recibos de haberes y las planillas horarias, las inasistencias mencionadas, sin efectuar reserva ni reclamo alguno.

Formula agravio por el acogimiento del rubro vacaciones no gozadas.

Expresa que, en definitiva, de la lectura de los Considerandos de la sentencia recurrida no puede conocerse si el juez de grado acoge o no el reclamo, pero lo cierto es que para llegar al monto de condena era necesario incluirlo.

Transcribe la parte de la sentencia donde se aborda este reclamo y señala que la suma de \$ 1.058,64 allí liquidada es exactamente la misma que le fue abonada al trabajador al pagarle la liquidación final. Agrega que si bien el actor negó el pago referido, la prueba pericial caligráfica acreditó la autenticidad del recibo de liquidación final acompañado a autos.

Otro agravio que plantea el apelante es por el acogimiento del reclamo por aportes adeudados.

Dice que el a quo se ha inclinado por entender que el actor reclamó el pago del art. 15 de la ley 22.250, pero no advirtió que al momento de los dos ceses laborales, la patronal abonó las sumas devenidas del fondo de desempleo.

Insiste en que ello se encuentra acreditado con la documentación acompañada como prueba, cuya autenticidad fue determinada por el perito calígrafo.

Se queja del acogimiento del reclamo respecto de la asignación familiar de la hija del trabajador.

Señala que al contestar la demanda se dijo que la empleadora había realizado los trámites ante la ANSES a los fines de la inscripción en el sistema SUAF desde el año 2007, conforme luego se acreditó a fs. 166/171, por lo que existe falta de legitimación pasiva de su parte. Sin embargo, afirma la demandada, esta cuestión no fue resuelta por el sentenciante de grado.

Reitera que no era la patronal la obligada al pago de las asignaciones familiares sino la ANSES, entidad ante quién el trabajador debía acreditar su carácter de padre, para así poder percibir la asignación familiar.

Como séptimo agravio, cuestiona la imposición de costas a su parte. Con cita de jurisprudencia, detalla los rubros rechazados y hace hincapié en los honorarios del perito calígrafo, el que debió ser designado ante la conducta abusiva y fraudulenta de la accionante, ya que la totalidad de la documental acompañada por su parte terminó siendo auténtica.

Finalmente apela por altos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora.

b) Los letrados de la parte demandada apelan por bajos los honorarios que se les regularan en la sentencia de grado (fs. 346/vta.).

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 351/354.

Considera que el memorial de agravios no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Con relación a la ropa de trabajo dice que el empleador sólo pudo demostrar su entrega durante el segundo período de trabajo, y que la suma de





\$750, surge del monto que la misma demandada entregó al trabajador durante ese segundo período por tal concepto.

En lo que refiere a horas extras sostiene que la demandada no llevaba registro de las horas suplementarias y los testigos son contestes en que se trabajaba más de la jornada legal; en tanto que de los recibos de sueldo no surge el pago de horas extraordinarias. Cita jurisprudencia.

Sostiene que no surge de la documentación de autos que el adicional por asistencia haya sido abonado, como así tampoco que se hayan pagado las vacaciones no gozadas.

Agrega que habiendo abonado en menos el salario del actor, la demandada no realizó los aportes al fondo de desempleo que correspondían.

Con cita de jurisprudencia cuestiona el agravio referido al no pago de asignaciones familiares.

Sostiene que la imposición de costas respeta el principio objetivo de la derrota.

II.- En primer lugar, la expresión de agravios de la parte demandada constituye una crítica razonada y concreta del fallo de grado, en aquellas cuestiones con las que no se acuerda, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Respetando el orden con el que fueron tratadas en la sentencia de grado, he de abordar las cuestiones sobre las que se agravia la demandada.

Comienzo por el reclamo referido al pago de asignaciones familiares.

El a-quo ha entendido que forma parte del deber de diligencia del empleador, previsto en el art. 79 de la LCT, el facilitar al trabajador la percepción de las asignaciones familiares, y que no se encuentra probado que se haya requerido al trabajador que denuncie las cargas de familia, a los efectos del régimen de asignaciones familiares.

El art. 35 de la ley 22.250 –en la cual se ha encuadrado la relación laboral de autos–, determina que las disposiciones de la ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refiere a los aspectos de la relación laboral contemplados en el estatuto especial; en lo demás y en cuanto sea compatible con la naturaleza y modalidades del régimen estatutario, aquella resulta aplicable.

El deber de diligencia del empleador no ha sido reglado especialmente en la ley 22.250, por lo que puede aplicarse la LCT.

El art. 79 de la LCT pone en cabeza del empleador el deber de diligencia, que importa la iniciativa de éste a fin de facilitar al trabajador bajo su dependencia la percepción de, entre otros, los beneficios de la seguridad social, los que comprenden las asignaciones familiares.

Fernando Javier Caparrós señala que, el empleador deberá arbitrar los medios necesarios para advertir al trabajador de las cargas que le estén impuestas a este último, a fin de liberarse de la responsabilidad por la frustración total o parcial de los beneficios que la ley le acuerda. Y, en todo caso, la norma del art. 79 de la LCT pone en cabeza del empleador la prueba de haber cumplido oportunamente con las obligaciones a su cargo (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 660).

Esta Sala II también ya ha sentado posición al respecto, sosteniendo que “Sin perjuicio de señalar que la Resolución n° 112/1996 de la Secretaría de Seguridad Social de la Nación, que aclara y complementa el decreto reglamentario de la Ley 24.714, de Asignaciones Familiares, determina, en su art. 6° de su anexo que el empleador está obligado a notificar al trabajador, dentro de los diez días hábiles de su ingreso, las normas que rigen el régimen de asignaciones familiares, entregando constancia fehaciente de dicha notificación; la Ley de Contrato de Trabajo, en su art. 79 establece, entre los deberes a cargo del empleador, el de diligencia e iniciativa. Esta última norma legal determina que es deber del empleador conducirse de modo tal de posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que le otorgan la misma LCT, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo y los sistemas de seguridad social.

“Invocando este deber de diligencia, la jurisprudencia ha resuelto que: “...ante el reclamo judicial por falta de pago de asignaciones familiares, si la empleadora invocó que el trabajador no acreditó fehacientemente los vínculos, pero no prueba haberlo intimado oportunamente a acreditar su situación familiar o cargas de familia, recae en ella la obligación de abonarlas...” (cfr. CNAT, Sala V, “Raymond c/ Quiet S.R.L.”, 30/6/1993, DT 1993-B, pág. 1857). Si bien el régimen de tramitación del pago de asignaciones familiares ha variado desde la fecha del precedente señalado, de igual modo la doctrina que él sienta se encuentra vigente, desde el momento que subsiste en cabeza del empleador la obligación de informar al trabajador respecto de sus derechos con relación al sistema de seguridad social” (autos “Muñoz c/ Muñoz”, expte. n° 388.802/2009, P.S. 2012-V, n° 156).

En autos, la demandada ha acreditado encontrarse incorporada al Sistema Unico de Asignaciones Familiares (SUAF), pero ello no la releva del deber de diligencia, en orden a informar al trabajador y requerir la denuncia de sus cargas de familia.

En efecto, el SUAF es un sistema de validación, control, y liquidación de las asignaciones familiares, mediante el cual la ANSES asume el pago directo de estas prestaciones de la seguridad social a los trabajadores, pero el cobro de las asignaciones familiares se determina en función de la información registrada en la base de datos de la ANSES, alimentada por el Programa de Simplificación y Unificación Registral de la AFIP, en el cual el empleador se encuentra obligado a informar los datos relativos a los vínculos familiares de sus dependientes (cfr. Donato, Carla, “Situación actual del Sistema Unico de Asignaciones Familiares”, LL AR/DOC/4642/2010). Por ende, la inclusión de la empresa en el SUAF no desliga al empleador de su obligación de obrar diligentemente en orden a informar las cargas de familia del trabajador.

En autos no obra constancia alguna de que se haya requerido al actor información sobre sus cargas de familia, ni menos aún que ella se haya ingresado al sistema, prueba que, como se señaló, estaba a cargo de la accionada.

La sentencia se confirma, entonces, en cuanto hace lugar al pago de las asignaciones familiares por la hija del trabajador.





IV.- He de abordar ahora el agravio referido a la ropa de trabajo.

Asiste razón al apelante respecto que la sentencia no es clara en la fundamentación de la procedencia de este rubro, por lo que en este aspecto el fallo de grado no presenta una base de argumentación razonable que permita conocer en qué pruebas se sostiene la decisión adoptada.

El sentenciante de grado alude a que el actor reclama, y le corresponde, la entrega de dos mudas de ropa de trabajo por cada uno de los períodos trabajados. Luego, señala que el informe pericial contable da cuenta de la existencia de un recibo por entrega de la suma de \$ 750,00 en concepto de pago adquisición ropa de trabajo, fechado el día 10 de octubre de 2008 (fs. 283 vta.).

En tanto que en el legajo del actor obra el recibo indicado por el perito contador, pero también otro recibo fechado el día 5 de abril de 2008, por la suma de \$ 440,00 en concepto de adquisición de ropa de trabajo.

Ambos recibos fueron desconocidos por la parte actora (fs. 86). Sin embargo, el perito calígrafo se ha expedido respecto de la autenticidad de uno solo de estos recibos, el de fecha 10 de octubre de 2008 (fs. 227), en tanto que el otro no consta entre los elementos dubitados. La pericia fue consentida por ambas partes.

De lo dicho se sigue que la demandada ha acreditado la entrega de una sola muda de ropa correspondiente al período febrero-noviembre de 2008, aunque por una suma que involucraría, en principio, las dos mudas de ese período, ya que el actor ha valuado cada muda en la suma de \$ 200,00 (fs. 105), no surgiendo de autos la existencia de un valor distinto. Consecuentemente entiendo que se encuentra acreditada la entrega de ropa de trabajo para el segundo de los períodos laborados.

Ahora bien, ninguna prueba existe de la entrega de la ropa de trabajo para el primer período trabajado, que abarca los meses de enero a octubre de 2007. En tanto no se cuestionó que para este lapso de la relación laboral correspondía la entrega de dos mudas de ropa, el rubro reclamado progresa parcialmente por la suma de \$ 400,00, debiendo modificarse el fallo de grado en esta cuestión.

V.- En lo referente a las horas extraordinarias, la sentencia de grado tiene por acreditado que la jornada laboral del actor no excedía de las 44 horas semanales, en tanto se desempeñaba de lunes a viernes en el horario de 8,00 a 12,00 horas y de 14,30 a 18,30 horas; y el día sábado, de 8,00 a 12,00 horas.

Pero acoge el reclamo de la demanda en el entendimiento que se ha probado que durante dos sábados al mes el trabajador laboraba en horas de la tarde, de 14,30 a 18,00 horas.

La recurrente afirma que no existe prueba en autos de la que surja este trabajo habitual durante dos sábados mensuales en horas de la tarde.

De las planillas horarias obrantes en el legajo del trabajador, suscriptas por éste y tenidas por auténticas por el perito calígrafo, no surge que el actor desarrollara tareas durante los días sábados por la tarde. Cabe señalar que de acuerdo con la declaración de Julio Ricardo Muñoz (acta de fs. 202/203), "...el horario que figuraba en la planilla era el real, que lo llenaba la demandada o una de sus hijas".

Luego, no estoy de acuerdo con la conclusión del juez de primera instancia en orden a que la prueba testimonial acredita el trabajo durante los días sábados por la tarde, en el horario y con la periodicidad indicada en la sentencia recurrida.

En efecto, los extremos invocados por el juez de primera instancia no surgen, en mi opinión, de las declaraciones testimoniales.

El testigo Ricardo Huenchunao Campos (acta de fs. 139/140 vta.) afirma que "Los sábados a la mañana se trabajaba y por la tarde era muy relativo, en cuanto a los sábados por la tarde era muy relativo trabajar, ponele que fbamos al mes uno o dos sábados, a lo sumo por la tarde se estaba hasta las 17,30/18... Las horas extras que se hacían se pagaban. La paga era semanal, los días sábados dejábamos el camión, cobrábamos y nos íbamos".

El testigo Muñoz afirma que se trabajaba de lunes a viernes y sábados al mediodía, "ese era el horario de todos...".

El testigo Juan Dalmasio Betancur (acta de fs. 235) señala que "los sábados si había trabajo trabajábamos por ahí todo el día".

De los dichos de los testigos no surge con la claridad necesaria que el actor realizara habitualmente horas extras durante los días sábados por la tarde. Ello, unido a las constancias que surgen de las planillas horarias, me lleva a la conclusión de que el reclamo por horas extras debe ser rechazado.

La no exhibición del registro de horas extras por parte de la demandada en nada altera la conclusión a la que he arribado. Esta Sala II en distinta composición ha señalado, con cita de jurisprudencia, que el art. 6 inc. c) de la ley 11.544 sólo exige el registro de las horas extras que efectivamente se hubieran realizado, por lo que su ausencia no prueba en modo alguno que las horas suplementarias se hayan trabajado efectivamente, ya que la falta de registro puede obedecer a la inexistencia de trabajo en tiempo suplementario.

Si bien la indicación de la jornada normal y habitual de trabajo podría considerarse comprendida en la exigencia del art. 52 inc. g) de la LCT y que, por consiguiente, cuando estuviere fehacientemente acreditado el desempeño del trabajador en tiempo suplementario, la falta de exhibición del libro especial que requiere la norma podría generar una presunción favorable a la posible extensión del tiempo extra de trabajo; dicha presunción no puede considerarse operativa cuando no está efectivamente acreditada que la labor haya excedido los límites horarios legales. Cuando no se prueba el trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que el empleador hubiera debido registrar aquello que no ha existido (autos "Guzmán c/ Banco Prov. de Neuquén S.A.", expte. n° 331.096/2005, P.S. 2008-VII, n° 238).

VI.- De las diferencias salariales acogidas por el a-quo, la demandada se agravia por la inclusión en la liquidación del adicional por asistencia.



El reclamo que consta en la demanda referido a diferencias salariales se funda en “Se reclaman diferencias en los rubros salariales que se han omitido o pagado parcialmente: 1) HORAS EXTRAS, 2) ADICIONAL POR ASISTENCIA, 3) SALARIO FAMILIAR POR HIJO” (fs. 44 vta.). El reclamo por horas extras ha sido rechazado, y lo debido en concepto de asignación familiar por hijo ha sido determinado en el acápite correspondiente (\$850,00).

Resta analizar, entonces si existen diferencias salariales derivadas de la liquidación parcial o de la no liquidación del adicional por asistencia.

En la demanda nada se dice sobre cuál es la razón de la diferencia salarial por este concepto. En tanto que en la sentencia de grado se acogen diferencias salariales, realizando un cálculo de las horas trabajadas conforme la jornada laboral normal –sin horas extras- (sobre las que el actor no dice que estuvieran erróneamente liquidadas), a las que se agrega la suma remunerativa convencional (respecto de la cual no existe reclamo alguno) y el adicional por asistencia para todos los meses.

Todo ello sin ninguna fundamentación que explique por qué se procede de ese modo.

Ahora bien, si el actor no explica por qué reclama diferencias salariales en concepto de adicional por asistencia, y surge de los recibos de haberes que obran en su legajo, y que el perito calígrafo ha determinado que son auténticos, que hubieron meses en que se abonó al trabajador dicho adicional, y meses en que no se le abonó, el reclamo no puede prosperar.

En todo caso estaba a cargo del actor explicar y probar que en los períodos en que no se le pagó el adicional por asistencia, él cumplió con los recaudos que establece la norma convencional para su pago.

De lo dicho se sigue que la sentencia de grado ha de ser modificada, rechazándose el reclamo por diferencias salariales.

VII.- Igual sucede con el reclamo por vacaciones no gozadas.

Del recibo de haberes obrante en el legajo personal del actor, de fecha 18 de noviembre de 2008, surge el pago del rubro vacaciones no gozadas por el mismo importe liquidado en la sentencia de primera instancia.

Asiste razón, entonces, al apelante en orden a que el reclamo por vacaciones no gozadas corresponde sea rechazado.

VIII.- El fundamento que se da en el fallo recurrido para la procedencia del reclamo por aportes adeudados impetrado por la parte actora, es la existencia de diferencias salariales, las cuales, lógicamente, no fueron consideradas a efectos de realizar los aportes al fondo de cese laboral.

Habiéndose rechazado en esta instancia el reclamo por diferencias salariales no puede continuar vigente la condena al pago de aportes no realizados, considerando que las asignaciones familiares no deben ser tenidas en cuenta a tal fin.

Se rechaza también el reclamo por aportes adeudados.

IX.- Dado el resultado del recurso de apelación, que importa la modificación de la condena en costas y de las regulaciones de honorarios (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la queja sobre la imposición de las costas y de los recursos arancelarios.

X.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada y declarar abstracto el tratamiento de las quejas arancelarias. En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio de grado, reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 1.250,00.

Teniendo en cuenta el resultado de la apelación, las costas por la actuación en ambas instancias se imponen en el orden causado (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, fijando los emolumentos profesionales en la suma de \$ 9.997,00, en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ...; \$ 7.141,00, en conjunto, para los letrados patrocinantes de la parte demandada Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha del fallo de grado (\$ 714,08).

Los honorarios de los peritos actuantes en autos, calígrafo ... y contador ..., teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes y la labor cumplida, se fijan en la suma de \$ 2.000,00 para cada uno de ellos.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se determinan en las sumas de \$ 2.142,00 para el Dr. ..., y \$ 2.999,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido en el 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.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 316/325 vta., reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 1.250,00.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado, teniendo en cuenta el resultado de la apelación (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279 CPCyC), fijando los emolumentos profesionales en la suma de \$9.997,00, en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ...; \$ 7.141,00, en conjunto, para los letrados patrocinantes de la parte demandada Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la



fecha del fallo de grado (\$ 714,08).

Los honorarios de los peritos actuantes en autos, calígrafo ... y contador ..., teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes y la labor cumplida, se fijan en la suma de \$ 2.000,00 para cada uno de ellos.

IV:- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de \$ 2.142,00 para el Dr. ..., y \$ 2.999,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"CARDENAS MATIAS SEBASTIAN C/ GARCIA NICOLAS JORGE Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468228/2012) – Sentencia: 250/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. ALCANCE DE LA PRESUNCION. DESPIDO. VALORACION DE LA PRUEBA. INDEMNIZACION POR DESPIDO. COMERCIALIZACION DE EQUIPOS DE CLIMATIZACION. SUBCONTRATACION Y DELEGACION. SOLIDARIDAD. UNIDAD TECNICA DE EJECUCION.

1.- La presunción de existencia de contrato de trabajo ante el hecho de la prestación de servicios -art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo- no resulta desvirtuada en autos, toda vez que coincido con el magistrado en cuanto otorga mayor credibilidad a las declaraciones de los testigos que fueron ofrecidos por el actor que afirman la existencia de una relación laboral, frente a los que fueron ofrecidos por el apelante, que la desconocen, en tanto que el a-quo, como ya dijera completó esta prueba testimonial con las instrumentales que señalara –acta de inspección de la Subsecretaria de Trabajo, prueba de informes a la AFIP- y de lo cual el apelante mostró silencio, dejando a su queja desprovista de fundamentación.

2.- Corresponde el rechazo de la demanda deducida contra la firma Climática Sur SRL, pues [...] voy a disentir con la conclusión del a-quo, en cuanto encuentra “solidaridad” en la actividad de instalar los equipos de aires acondicionados desarrollada por el codemandado como complementaria de la venta que efectuaba Climática Sur SRL, ya que no existe a mi juicio una unidad técnica, por cuanto no obstante que tenía en su objeto social la provisión, instalación y reparación de aparatos eléctricos, electrónicos y de aire acondicionado, conforme surge del contrato social (conf. clausura tercera, ...), la subcontratación que podía realizar con el demandado García, era esporádica, conforme dan cuenta la facturación que surge de los tres talonarios de facturas acompañados como prueba, ya que allí, figuran terceras personas y otras empresas, y justamente no es la empresa con la García trabajo casi con exclusividad .

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:



En acuerdo estos autos caratulados: “CARDENAS MATIAS SEBASTIAN C/ GARCIA NICOLAS JORGE Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION”, (Expte. N° 468228/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 400/409 vta., que hace lugar a la demanda, condenando a García Nicolás Jorge y a Climática del Sur S.R.L. a abonar al actor la suma de \$101.562,28 en concepto de diferentes ítems indemnizatorios (art. 232, 233 y 245 LCT, art. 2 ley 25323, art. 80 LCT, entre otros), apelan García Nicolás a fs. 413/414 y vta. y Climática SRL a fs. 415/421, cuyos traslados ordenados a fs. 422, son contestados por el actor conjuntamente mediante el escrito de fs. 424/428 vta.

II.- Agravios del codemandado García. Se agravia de que el juez haya interpretado como configurada la presunción prevista en el art. 23 de LCT, inclinándose por una interpretación amplia de la norma, fundándola en las testimoniales ofrecidas por la parte actora sin tomar en cuenta las pruebas documentales e informativa obrante en autos, que invalidan los dichos de los testigos.

Expresa que los testimonios en que se sustenta la sentencia, no sólo se contradicen con los restantes testigos que declararon en autos, sino que los superan en número en cuanto al desconocimiento de Cárdenas y su relación con García, además de que resultan testigos directos de los hechos que declaran, y sus testimonios son avaladas por las documentales obrantes en autos, tales como las facturas emitidas por García y que dan cuenta de los trabajos que efectuó para las empresas.

Manifiesta que tampoco tuvo en cuenta el juez la información brindada por AFIP que da cuenta que García trabajó bajo relación de dependencia a principios del año 2009 como surge de fs. 117 y del informe brindado por la empresa en la que prestó servicios, a fs. 86.

Asimismo expresa que tampoco se consideró que la AFIP informa a fs. 332 que durante el año 2009 el actor estuvo en relación de dependencia para otra empresa bajo el régimen de la industria de la construcción, lo que impediría efectuar otra tarea como la que sostiene el actor y sus testigos.

Invoca que se acreditó que el Sr. García efectuaba tareas sólo, sin ayudante, en diferentes empresas que no conocieron al Sr. Cárdenas.

IV.- Los agravios de Climática Sur S.R.L. Consisten en dos cuestiones: la primera inexistencia de solidaridad respecto a su parte y en los términos del art. 30 LCT, alegando que el a-quo omite hacer referencia a la prueba producida respecto a que Climática Sur SRL se dedica únicamente a la venta de aires acondicionados y no a la colocación o instalación, conforme quedó acreditado con las declaraciones de Buscemi, Alberto Sin, y Cauton, quienes coincidieron en tal afirmación.

Expresa que en autos no se encuentra acreditado que Climática Sur S.R.L. se dedique a la instalación de aires acondicionados en virtud de que ninguna prueba se ha producido al respecto, y por ende, no ha existido actividad propia y específica que haya sido subcontratada y que permita la aplicación del art. 30 LCT.

Critica la afirmación del a-quo en el sentido de que la venta y colocación sea una actividad integrada, alegando que quedó demostrado de las declaraciones de los testigos que únicamente se adquieren los aires y los instalan por sus medios.

Sostiene que al igual que Pezzolato, los testigos Gustavo Federico Pérez Ayosa, Banegas, y Zuñiga, jamás han visto al actor ejecutando tareas de instalación de aires acondicionados por lo que tampoco se encuentran acreditadas en autos las tareas alegadas por el actor, por la que el a-quo le extiende la responsabilidad solidaria a su parte.

Como segundo agravio y para el hipotético caso de que se rechazara el primero, plantea la condena a entregar certificado de servicios y remuneraciones, certificado de trabajo y constancia de aportes previsionales, alegando que el actor si bien solicitó la multa del art. 80 LCT que fuera rechazada por el a-quo, no demandada la entrega del resto de los certificados mencionados, por lo cual, surge que se ha violado el principio de congruencia, además de resultar condenada su parte por una obligación exclusiva del empleador, resultando de cumplimiento imposible para su parte.

Invoca el criterio de esta Cámara transcripto en las causas “Arellano flores” (Expte. N° 356303/7) de esta Sala y “Orellana” (expte. N° 465876) de la Sala 3.

III.- Entrando al estudio de los agravios, por una cuestión metodológica comenzaré por el recurso del codemandado García, adelantando mi opinión en el sentido de que, pese a los argumentos defensores, no prosperará.

En primer lugar, considero oportuno señalar, tal como lo he hecho en la causa “Ferrini”, respecto a la presunción consentida en el art. 23 de LCT, que:

“En doctrina coexisten dos posturas respecto las condiciones que activan esta presunción: la tesis amplia y la tesis restringida”.

“Mientras que para la tesis amplia (sostenida, entre otros autores, por Fernández Madrid, De La Fuente y García Martínez) la sola prestación de servicios hace operar la presunción de existencia del contrato de trabajo, estando a cargo del beneficiario de estos servicios la prueba de que ellos no tuvieron como causa un contrato de trabajo; para la tesis restringida (a la que suscriben Vázquez Vialard y Justo López), la presunción legal sólo opera cuando el trabajador pruebe que los servicios prestados lo fueron en relación de dependencia, en las condiciones establecidas en los arts. 21 y 22 de la LCT (cfr. Candal, Pablo en “Ley de Contrato de Trabajo comentada” diríg. por Antonio Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal-



Culzoni, 2005, T. I, pág. 318)”.

“La posición asumida por esta Cámara de Apelaciones, ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, ha sido la adhesión a la tesis amplia, considerando que para que juegue la presunción del art. 23 de la LCT es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia (cfr. TSJ Neuquén, 4/5/1995, Acuerdo n° 129; Cám. Apel. Neuquén, Sala II, 8/5/2001, “Fuentes Figueroa c/ Mueblería El Algarrobo”, P.S. 2001-II, f° 329/331).” (PS: 2008, N°128 - T°IV- F° 729/735, Sala II, 05/08/2008).

Ahora bien, en el caso de autos, el a-quo encuentra en la declaración de los testigos Pérez Ayosa (fs. 271/272), Zuñiga (fs. 284/285), Benegas (277) y Pezzelato (a fs. 279/281), datos concretos de que Cárdenas realizaba tareas para Nicolás García, apreciación que comparto, ya que en la declaración del primero de los testigos nombrados, quien dijo conocer a García y a Cárdenas “del barrio”, dijo “Por lo que se Nicolás García le daba trabajo a Cárdenas. Lo se por ellos” y cuando fue interrogado acerca de como sabía que trabajaban juntos, respondió “me lo han dicho en forma personal en conversación que he tenido y los he visto juntos”.

Igualmente, también vecino del mismo barrio, Zúñiga señaló “llega una camioneta roja en la que desciende el Sr. García y Matías me lo presenta como su jefe, el me extiende la mano y yo lo saludo, miramos el auto y Matías se va con él para adentro y empiezan a descargar aires para el local de Climática Sur”.

Benegas, compañero del actor de la capilla Santa Rita, fue contundente al declarar “se que Cárdenas instalaba aires acondicionados y que García era el jefe, así me lo presentó Cárdenas”... ”el día que me lo presentó en una noche que nos juntamos con amigos donde también fue García y García le dijo que al día siguiente tenían que trabajar que se levante temprano”.

Por su parte Pezzelato, aclara que las órdenes las daba Collino a García y este a Cárdenas y que consistían en cargar equipos para la instalación. “Vi a García dando ordenes a Cárdenas de cargar equipos o cuando alía García de Climática que lo llamaba a Cárdenas a subirse a la camioneta y se iban”. “Las veces que yo los veía era por la mañana y por la tarde. Incluso había días que los veía dos o tres veces al día. Había semana en que los veía todos los días y otra que los veía menos, dos o tres días de la semana”.

El apelante García se queja de que el magistrado haya considerado probada la relación laboral cuando ninguno de los testigos vio la efectiva prestación de trabajo por parte del actor, sin embargo coincido con éste en su contestación del memorial, cuando resalta que el apelante, a la par que critica todas las declaraciones, nada dice acerca de la admisión y tolerancia pública de García cuando era presentado socialmente como jefe de Cárdenas.

Asimismo, también es cierta la réplica del actor, en cuanto a que el propio García en el acta de inspección de la Subsecretaría de Trabajo, que luce a fs. 134 de fecha 16/11/11, el propio demandado, expuso que es monotributista y que el Sr. Cárdenas “le ayuda- le da una mano”.

Por otra parte, considero que la invocación de trabajo en relación de dependencia del demandado García, no resulta suficiente para enervar la interpretación del a-quo, atento a que si bien surge de la prueba informativa (obrante a fs. 86 y 117) que el apelante se desempeñó como dependiente de Forza SRL por el período 02/2009 al 03/2009, es decir, dos meses, además de no esta acreditada su dedicación horaria para demostrar incompatibilidad alegada con la relación laboral que aquí se discute, surge que también “facturó a nombre de dicha empresa servicios como monotributista”, conforme factura N° 0001-00000081, entre marzo y abril del 2009, servicios identificados como “kit material instalación” y “carga de gas”.

Asimismo, del informe obrante a fs. 323 enviado por la AFIP el período de relación de dependencia del apelante, fue del 26/02/09 al 26/04/09 y bajo la modalidad “a tiempo parcial”, surgiendo de los talonarios acompañados por su parte que durante esos meses, también extendió facturas a nombre de terceros, por trabajos de limpieza, instalación y reparación de equipos de aire acondicionados (conforme facturas Nros. 00000075/0000077).

Con respecto a la crítica acerca de que los “restantes testigos” (refiriéndose así a los que ofreciera su parte y la empresa co-demandada), no es verdad que contradigan a los testigos ya individualizados, ya que si bien aquéllos eran empleados de las empresas donde García realizó trabajos de mantenimiento de aires acondicionados y/o calefacción en algunos casos, todos coincidieron en la frecuencia esporádica de tales servicios. Así, Caligari (a fs. 270), dice que

“No había un día específico, depende del requerimiento. A veces iba dos o tres veces al mes y otros meses no iba”.

El testigo Santarelli (a fs. 283), dijo “García iba a la oficina nuestra a hacer mantenimiento y servicio del aire acondicionado y la calefacción central... dos veces al año, antes del verano y antes del invierno”...” siempre fue solo, no sé si tenía colaboradores.

El testigo Vargas (fs. 287/288), señaló “fueron cuatro años en que se desarrolló y el tiempo en que ha transcurrido. El flujo estaba atado a la demanda”.

Asimismo, el testigo Viola (a fs. 286), expresó “fue un par de veces, dos o tres veces entre el período 2009, 2010”.

Tampoco advierto que las declaraciones de los testigos ofrecidos por la codemandada Climática SRL, contradigan los hechos recopilados por el a-quo, ya que ninguno de ellos (Sin a fs. 275, Cauton a fs. 345, Buscemi a fs. 273/274, Gutiérrez a fs. 344 y Fantini a fs. 282)), pese a estar relacionados con Climática SRL, por razones de vecindad el primero, y por motivos de compra de equipos y servicios de instalación los restantes,





ni siquiera conocen al Sr. García y de la documental obrante a fs. 177/178, 241/242, que no fuera desconocida en autos por Climática SRL, García le facturaba por instalaciones y reparaciones de equipos.

Es en función de lo expuesto, que coincido con el magistrado en cuanto otorga mayor credibilidad a las declaraciones de los testigos que fueron ofrecidos por el actor que afirman la existencia de una relación laboral, frente a los que fueron ofrecidos por el apelante, que la desconocen, en tanto que el a-quo, como ya dijera completó esta prueba testimonial con las instrumentales que señalara y de lo cual el apelante mostró silencio, dejando a su queja desprovista de fundamentación.

Por lo tanto, considero que corresponde rechazar el recurso del actor, confirmando la existencia de la relación laboral entre el actor y Nicolás García, conforme lo decidido en la instancia de grado.

IV.- Distinta suerte correrá el recurso interpuesto por Climática SRL, adelantando opinión en cuanto a que habrá de prosperar.

Principio por señalar mi postura restrictiva respecto a la existencia de solidaridad laboral en los términos del art. 30 de la LCT, expuestas en reiterados fallos, entre los cuales, en “Henderson Meli” (expte. 413663/10, del 03/12/2013, bien que en minoría sostuve:

“Sobre el tema, en reiterados pronunciamientos (en autos “MUÑOZ CARLOS ENRIQUE CONTRA YPF S.A. S/COBRO DE HABERES”, Expte. N° 334839/6, Sala II, 09/09/2010, entre muchos otros), he sostenido que “Las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros, ajenos en principio a la relación sustancial, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma – o de su interpretación- que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla consagrada por los artículos 1195 y 1713 del Cód. Civil y 56 de la Ley 19550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecido por el artículo 17 de la Constitución Nacional” (CSJN, DT-1993-A-753) (OBS del Sumario: P.S. 1996 –I- 155/156, Sala II) en JUBA7-NQN-401”.

“En el mismo sentido que “El artículo 30 de la LCT, no se refiere al objeto social ni a la capacidad societaria sino a la actividad real propia del establecimiento y para que nazca la solidaridad es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al artículo 6 de dicho Cuerpo Legal” (OBS del Sumario: P.S. 1996-I-155/156, Sala II en JUBA7-NQN-402”.

“En el caso de autos, coincido con el apelante en cuanto el transporte de los productos, resulta una actividad que puede escindir de las actividades propias de la empresa Sancor, ya que a mi juicio, la transportación de productos Sancor efectuado por la empresa del co-demando Audubert, es una mera participación en la cadena de comercialización de aquella y no puede llevar a concluir sin más, que se ha configurado una situación de subcontratación de trabajos que constituyan una actividad normal y específica propia de la empresa Sancor, es decir, que pueda hablarse de una unidad técnica de ejecución entre la empresa Sancor y el concesionario Audubert”.

“En tal sentido, se ha dicho que “Resulta inaplicable la extensión de la responsabilidad codificada por el art. 30 LCT, en atención al objeto de la vinculación entre Coca Cola y Auxicar SA, toda vez que los servicios prestados por esta última, no se corresponden con la actividad normal y específica de la primera, que es la fabricación y comercialización de bebidas. El hecho de que Auxicar SA provea los medios personales conducentes al traslado de tales mercaderías, no determina el compromiso de su responsabilidad por la vía de la solidaridad, toda vez que el art. ya citado comprende la hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento (Conf. CSJN 15/4/93 “Rodríguez, Juan C/ Cía. Embotelladora Argentina SA”).” Autos: AGUIRRE, Aldo c/ AUXICAR SA Y OTRO s/ despido - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - Sala: Sala VIII - Fecha: 25/10/1996 – Lex, Doctor, Voces: contrato de trabajo - subcontratación - responsabilidad solidaria: improcedencia - bebida gaseosa - empresa distribuidora.”

Traspolando estos conceptos, al caso de autos, voy a disentir con la conclusión del a-quo, en cuanto encuentra “solidaridad” en la actividad de instalar los equipos de aires acondicionados desarrollada por García como complementaria de la venta que efectuaba Climática Sur SRL, ya que no existe a mi juicio una unidad técnica, por cuanto no obstante que tenía en su objeto social la provisión, instalación y reparación de aparatos eléctricos, electrónicos y de aire acondicionado, conforme surge del contrato social (conf. clausura tercera, a fs. 298), la subcontratación que podía realizar con el demandado García, era esporádica, conforme dan cuenta la facturación que surge de los tres talonarios de facturas acompañados como prueba, ya que allí, figuran terceras personas y otras empresas, y justamente no es la empresa con la que García trabajó casi con exclusividad.

Lo señalado guarda relación con la resolución dictada en la instrucción sumaria que en copia certificada luce a fs. 255/256, que rechaza la solidaridad laboral en los términos del art. 30 LCT, señalando eventualmente a otra empresa (Basani).

Con relación al restante agravio, deviene abstracto su tratamiento en atención a lo precedentemente decidido.

En consecuencia, concluyo que corresponde revocar la sentencia en tanto hace extensiva la condena a Climática Sur SRL, rechazándola en tal sentido.

V.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo rechazar el recurso del codemandado García y hacer lugar al de la codemandada Climática Sur SRL. En consecuencia: 1) confirmar en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 400/409 vta, contra Nicolás García, 2) Rechazar la demanda





interpuesta por MATIAS S. CARDENAS contra CLIMATICA SUR SRL, con costas a su cargo, 3) Por aplicación de lo dispuesto por el art. 279, modificar los honorarios regulados en la instancia de grado y las costas atento el rechazo de la acción, 3) Costas de Alzada en el orden causado (art. 17 ley 921), regulando los honorarios correspondientes a esta instancia, bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia M. CLERICI dijo:

Adhiero al voto del Dr. Gigena Basombrio, aunque entiendo conveniente precisar que si bien no mantengo un criterio estricto en orden a la aplicación del art. 30 de la LCT, de todos modos en autos no se encuentra acreditada que haya existido por parte de la empresa Climática del Sur S.R.L. una delegación en el demandado García de actividades que hacen al giro normal y específico del establecimiento.

Determinar que tareas hacen a la actividad normal y específica del establecimiento ha sido siempre el aspecto más conflictivo a la hora de acudir a la norma del art. 30 de la LCT.

Carlos Etala ("La actividad normal y específica de la empresa principal, la contratación de servicios complementarios y la solidaridad del art. 30 de la LCT" en LL diario del 11/4/2011) dice que en cuanto la norma del art. 30 de la LCT exige, para que proceda la responsabilidad solidaria del empresario principal, que las obras o servicios contratados correspondan a la actividad normal y específica propia del establecimiento, supone que existen otras actividades o servicios que no corresponden a esta actividad normal y específica. Y entiende que para diferenciar unos de otros se aplica el criterio de la supresión mental para verificar si la empresa o establecimiento puede, de todos modos –y aunque no fuera de una forma óptima-, cumplir con el objeto empresarial en que consiste su actividad normal y específica.

Se encuentra acreditado que la tarea habitual de la codemandada Climática del Sur S.R.L. es la venta de equipos de aire acondicionado y refrigeración; en tanto que las tareas desempeñadas por el codemandado García referían a la instalación, mantenimiento y reparación de aparatos de aire acondicionado. Esta segunda actividad no resulta esencial para el desempeño de la empresa Climática del Sur S.R.L., ni su no prestación entorpece la consecución de la finalidad perseguida por la empresa referida. Sin problemas se puede vender aparatos de aire acondicionado sin tener como oferta accesoria la de instalación, mantenimiento y reparación de esos equipos.

El mismo actor en su demanda, al describir la relación existente entre ambos demandados, sostiene que Climática del Sur S.R.L. vendía los equipos de aire acondicionado, y ante el requerimiento del cliente, recomendaba y ofrecía los servicios de García. Esto ha sido corroborado por los testimonios de autos.

Se entiende, entonces, que los servicios de instalación a cargo del señor García no formaban parte del negocio acordado entre la empresa y el cliente, y aquella solamente ofrecía o recomendaba los servicios de García ante la consulta del cliente. Pero no resultaba obligatorio para quién comprara un aparato de aire acondicionado a la empresa Climática del Sur S.R.L. contratar su instalación con el señor García.

En estos términos y conforme lo sostiene el voto al que adhiero no puede entenderse que resulte operativo el art. 30 de la LCT.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 400/409 vta., interpuesta por MATIAS S. CARDENAS contra Nicolás García, rechazándola contra CLIMATICA SUR SRL, con costas a su cargo.

II.- Modificar los honorarios de primera instancia por la acción contra NICOLAS GARCIA, para el Dr. ... –en el doble carácter de apoderado y patrocinante del actor-, en el 13,4 % del capital más intereses y para el Dr. ... como patrocinante de la misma parte, en el 7% del capital más intereses y para el Dr. ... –patrocinante del demandado García, en el 11,3% del capital (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 20, 39 y ccs., ley 1594).

III.- Establecer los honorarios de primera instancia por el rechazo de la acción contra CLIMATICA SUR SRL, en las siguientes sumas: para la Dra. ... –apoderada de Climática Sur SRL-, en el 6,4 % del capital más intereses, para los Dres. ... Y ... –patrocinantes de la misma parte-, en el 7% a cada uno y para los Dres. Dr. ... –en el doble carácter de apoderado y patrocinante del actor-, en el 10 % del capital más intereses y para el Dr. ... como patrocinante de la misma parte, en el 5,65% del capital más intereses (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 20, 39 y ccs., ley 1594).

IV.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, ley 912).

V.- Regular los honorarios de los profesionales correspondientes a esta instancia en las siguientes sumas: para los Dres. ... y para el Dr. ..., ..., ..., ... Y ..., en el 30% del importe que arroje la liquidación de los honorarios de primera instancia (art. 15, ley 1594).

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



**"GALVAN CARLOS HORACIO C/ SUPERCONGELADOS DEL SUR S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 471820/2012) – Sentencia: 251/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

VIAJANTE DE COMERCIO. LEY DE EMPLEO. REGISTRACION DE LA RELACION LABORAL. LIBROS DEL EMPLEADOR. REMUNERACION MENOR. DUPLICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.

- 1.- Cabe calificar la labor desempeñada por el actor para la demandada como la de viajante de comercio enmarcada en la ley 14.546, por lo itinerante de su labor y la concertación de las ventas fuera del establecimiento del principal.
- 2.- No habiendo fecha de ingreso registrada posterior a la real no corresponde la aplicación de la multa prevista por el art. 9 de la ley 24.013.
- 3.- No puede determinarse la existencia de una registración en menos de la remuneración del trabajador de autos que habilite la aplicación de la multa del art. 10 de la ley 24.013, dado que el actor percibió una remuneración básica, conforme los recibos de haberes acompañados con la demanda, cuyos importes han sido tenidos en tal condición por el a quo –extremo firme en esta instancia-, no encontrándose acreditado que tuviera derecho a un salario mayor derivado de la percepción de comisiones.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GALVAN CARLOS HORACIO C/ SUPERCONGELADOS DEL SUR S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (EXP N° 471820/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 254/265 vta., que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, sobre la fecha de ingreso del actor fijada en la sentencia de grado.

Dice que el juez de grado tiene por cierto que el actor ingresó el día 22 de agosto de 2007, que es la fecha de su registro, y sobre la cual no existe controversia. Por ello, entiende el apelante, no puede aseverarse que la fecha de registro fue posterior, cuando la fecha de ingreso que se fija en la sentencia recurrida es la denunciada por la demandada.

Considera que existe un error en la labor pericial y que de este error se hace cargo el juzgado al aplicar la multa del art. 9 de la ley 24.013.

También se agravia respecto de la categoría laboral del trabajador.

Sostiene que lo que define a un viajante de comercio es precisamente la calidad de tal antes y después del manejo de su cartera; en tanto que las características que indica el sentenciante de primera instancia también se encuentran en un empleado de comercio, ya que éste, conforme el CCT 130/75, también lo hace a cuenta de su empleador, conforme los precios que éste fija, percibe una remuneración, lo hace habitualmente, es también común que un empleado de comercio no lo haga desde un local fijo, sino atendiendo en una zona de ventas, y siempre el riesgo es para el empleador comerciante. Concluye en que las notas distintivas de un viajante, tomadas por la sentencia cuestionada, lo son también para un vendedor.

Afirma que el actor no ha acreditado que las tareas desarrolladas encuadran en la ley 14.546, por lo que es improcedente que se aplique en el caso el CCT 308/75.

Sigue diciendo que el actor tampoco ha invocado la representación del empleador en la negociación colectiva de la que surgió el CCT 308/75; en tanto que el art. 2 inc. a del CCT 130/75 prevé la legitimación de los empleadores por la venta de helados.

Insiste en la inexistencia de las notas características del viajante de comercio.



Señala que el actor nunca indicó que remitiera notas de venta, sino que andaba con un camión repartiendo helados.

Precisa que un viajante de comercio es quién tiene la representación comercial de, habitualmente, varias firmas comerciales, y visita negocios de una zona determinada, arregla las operaciones de compra, recibe los cheques y los envía a la empresa o ajusta las transferencias, y dispone con las casas centrales el envío de la mercadería al cliente. Agrega que habitualmente duermen en hoteles y perciben viáticos, y las comisiones directas e indirectas.

Cita declaraciones de los testigos de autos.

Se queja de que el a quo haya hecho valer la presunción de la ausencia de compulsas del libro de viajantes por parte del perito contador, sosteniendo que no existe juramento y que la extensión es improcedente.

Cita jurisprudencia de esta Sala II en anterior composición, como así también de otros tribunales del país.

Considera que para que rijan la inversión de la carga de la prueba en lo que atañe al volumen de las ventas concertadas por el viajante de comercio, éste debe demostrar previamente que existieron los hechos que debieron consignarse en los libros, individualizando y detallando cada una de las operaciones por las que reclama comisiones, no bastando una estimación global.

Entiende que las presunciones que derivan de la firma permanente de todos los recibos no fueron desvirtuadas. Cita jurisprudencia.

Manifiesta que el juez de grado afirma dogmáticamente que la mayoría de los haberes en el caso de un viajante de comercio son comisiones, y agrega que no se sabe de dónde el magistrado ha sacado esta afirmación.

Cuestiona los dichos de algunos testigos, calificándolos como ex auditu alieno. Recuerda que quién declara con un conocimiento netamente referencial no es testigo, desde que no puede dar fe del hecho. Cita normas del CPCyC que aluden a la prueba testimonial.

Se centra en la inexistencia del juramento del art. 11 de la ley 14.546, con cita de jurisprudencia.

Pone de manifiesto que el art. 7 de la ley 14.546 establece que la remuneración del viajante estará constituida en todo o en parte, en base a la comisión porcentual sobre las ventas y, eventualmente, sobre las cobranzas que realizara; no bastando a tal fin el hecho de que no existe el libro exigido por el art. 10 de la ley mencionada, o que se haya prestado el juramento previsto en ella.

Reitera que en ningún momento, el actor, individualizó las operaciones realizadas, ni siquiera indicó en la demanda cuál era la zona o las localidades que cubría, ni que productos vendió.

Cuestiona la aplicación de la multa del art. 10 de la ley 24.013, quejándose de la actuación del perito contador y señalando la innecesidad de la exhibición del libro del art. 52 de la LCT.

Se queja por la extensión de la condena a las personas físicas, afirmando que no existen falencias registrales, y si las hubiera, tampoco constituyen motivo suficiente para responsabilizar a los socios en los términos del art. 54 de la ley 19.550, ya que la conducta del actor fue pacífica durante cinco años.

Destaca que de la jurisprudencia de la Corte Nacional surge que la aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe ser restrictiva.

Denuncia que no se ha respetado la ley 24.432 en lo que hace al pago de las costas procesales.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 298/307.

Dice, en primer lugar, que la fecha de registración consignada en los recibos de haberes es posterior a la de real ingreso del actor, que fue el día 1 de septiembre de 2005, y también posterior a la consignada en la sentencia, 23 de agosto de 2007. Agrega que el informe pericial da cuenta que la relación laboral fue registrada posteriormente, destacando que el informe pericial no ha sido cuestionado por la demandada.

Defiende la categorización del actor como viajante de comercio, con cita de abundante jurisprudencia.

Considera que la multa del art. 10 de la ley 24.013 se encuentra correctamente aplicada, al igual que la extensión de la responsabilidad a los socios.

Destaca que la ley 1.594 no admite el límite de la ley 24.432.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, corresponde iniciar el análisis por la queja de la recurrente referida al encuadramiento de la relación laboral habida entre las partes en la ley 14.546.

La jurisprudencia es conteste en que la nota caracterizante del viajante de comercio es la de “viajar”, “corretear”, “deambular”, moverse en busca de clientes fuera del establecimiento. Puede concluirse entonces que la condición esencial que diferencia al viajante del vendedor –categoría en que la demandada encasilló al actor– radica en el carácter placista, móvil, itinerante del primero, que desenvuelve su labor de venta puertas afuera del establecimiento empresarial, como actividad habitual y principal (cfr. CNAT, Sala V, “Menéndez Orosmán c/ Once S.A.C.I.F.I.”, 29/8/1974, DT XXX, pág. 134; ídem, Sala II, “Figueroa c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires Hospital Italiano”, 18/7/2014, LL, AR/JUR/52832/2014).

De igual modo se ha dicho que el trabajador debe ser considerado viajante de comercio al haber acreditado que se desplazaba fuera de la sede de la empresa y que una de sus funciones principales era la obtención de pedidos de venta en base a visitar una serie de clientes ubicados en una



zona o radio determinado o de posible determinación, tal como refiere el art. 2 inc. e) de la ley 14.546 (CNAT, Sala I, “Calbo c/ Pinto”, 29/4/2013, LL AR/JUR/14716/2013).

A poco que se avance en el análisis de la prueba aportada a esta causa, y no obstante los esfuerzos argumentativos del apelante, no cabe sino otorgar la razón al a quo respecto a que el actor se desempeñó para la demandada como viajante de comercio.

La testigo Mónica Alejandra Illanes Vega (acta de fs. 210/vta.) dice: “Conoce al actor porque era proveedor y repartía helados de Supercongelados...Yo abrí un kiosco en el 2007...Galván iba con un camioncito con helados y veíamos lo que yo necesitaba y él lo bajaba del camioncito y yo le pagaba al contado...Galván visitaba el negocio dos veces por semana...en el barrio tenía otros comercios donde pasaba pero no lo sé describir”. El testigo Renan Nibaldo Catalán Sepúlveda (acta de fs. 211/212) declara: “Yo tengo un negocio, kiosco y en esa época también videoclub... El (por el actor) manejaba el camión del reparto, bajaba y colocaba los helados en la presentación para un freezer y después pasaba a cobrar...Depende del producto que necesitaba en el negocio, Galván me visitaba...Galván me visitaba en forma segura tres veces por semana y como yo lo llamaba por teléfono él me visitaba generalmente los fines de semana para ampliar el producto”. El testigo Luis Antonio López Francavilla (acta de fs. 229/230) afirma que “conoce al actor porque era el proveedor mío en el autoservicio... de la localidad de Barrancas... Galván era el viajante de la empresa Supercongelados, vendía helados, en esa época productos de mar congelados... Se movilizaba en un camión con caja térmica... siempre andaba en el mismo camión con un ayudante que no recuerdo el nombre pero sí que pertenecía a la empresa... Se que atendía otras personas más en la localidad de Barrancas y Buta Ranquil, los conozco son amigos míos. Son comercios. Sé que Galván recorría esos comercios... Iba una vez por mes y durante todo el año... Yo me junto con todos los viajantes de la zona y sé que Galván iba a Andacollo, Las Ovejas, El Manzano, Tricao Malal, Chos Malal, Buta Ranquil y Barrancas, también atendía Las Lajas, Cutral Có y Plaza Huinul”. La testigo Elsa Nilsa Barrientos (acta de fs. 231/232) vive en Cutral Có y dice: “Conoce a Galván de mi negocio que yo atendía, le compraba helados, hamburguesas, salchichas de la empresa Supercongelados... Mi negocio... está ubicado en mi casa... Yo le compraba todas las semanas, él pasaba todas las semanas, él tenía un día fijo en la semana que pasaba. Me vendía todo lo que es helado, salchichas, hamburguesas. El vendía otras cosas pero eso no compraba... Durante casi todo el año durante nueve meses Galván venía a vender helados... Siempre venía todas las semanas y si no venía lo llamaba, lo ubicaba porque era mi único heladero... Galván iba en un camión”.

De acuerdo con los testimonios de autos, el actor habitualmente se desempeñó fuera de la sede de la empresa demandada, vendiendo productos de ésta y cobrando por esas ventas. Estas actividades son las que diferencian la tarea que efectivamente cumplía el demandante, con la labor de distribución que pretende asignarle el apelante.

El distribuidor reparte mercadería previamente encargada al empresario; en tanto que el viajante visita a su clientela para concertar las ventas, pudiendo o no entregar la mercadería en el momento de la operación comercial. En el caso del actor lo hacía en el mismo momento que concertaba la venta.

Por otra parte, cabe señalar que el art. 2° de la ley 14.546 dispone que “dentro de la especificación genérica de viajante a que se refiere el artículo 1°, se encuentran comprendidos los distintos nombres con que se acostumbra a llamarlos... o cualquier otra denominación que se les diera o pretendiera imponerseles para su calificación”.

Luego, las características que señala el referido art. 2° lo son a efectos de determinar si existe relación de dependencia entre el viajante y el empresario –extremo no discutido en autos-, y no para definir la figura del viajante de comercio, la que se determina principalmente, como lo dije, por lo itinerante de su labor y la concertación de las ventas fuera del establecimiento del principal; extremos éstos acreditados en autos.

Finalmente, el art. 9 de la LCT determina que, en caso de duda en la interpretación de la prueba, se ha de estar a aquella más favorable para el trabajador, por lo que también desde este punto de análisis corresponde estar por el encuadramiento como viajante de comercio.

De lo dicho se sigue que se confirma la sentencia de grado en cuanto califica a la labor desempeñada por el actor para la demandada como la de viajante de comercio enmarcada en la ley 14.546.

III.- La demandada también se ha agravado respecto de la fecha de registro de la relación laboral del actor, que motivó la aplicación de la multa del art. 9 de la ley 24.013.

El a quo, en lo que a este tema refiere, resolvió la aplicación de la penalidad señalada sosteniendo que de la prueba pericial contable surge que el actor ingresó el día 22 de agosto de 2007, en tanto que el contrato de trabajo fue registrado el día 8 de agosto de 2008.

Resulta cierto que el informe pericial contable (fs. 226) indica que la fecha de registración del contrato de trabajo del actor fue el 8 de agosto de 2008, pero, en realidad, como lo sostiene el recurrente, este tema no estuvo controvertido del modo en que lo ha resuelto el juez de grado.

En efecto, el mismo actor denunció que la relación laboral fue registrada el día 22 de agosto de 2007 (fs. 97), y esta fecha fue la reconocida como de ingreso del actor por la parte demandada, a la vez que es la que consta en los recibos de haberes acompañados por la propia demandante.

La errónea registración de la fecha de ingreso que pretende el demandante refiere a que denunció como comienzo de la relación laboral el día 1 de septiembre de 2005, más la sentencia de grado determinó que este extremo no fue acreditado por el trabajador por lo que estuvo a la fecha reconocida por la demandada (22 de agosto de 2007), que coincide con la también reconocida por el actor como de registración de la relación laboral. Consecuentemente no existe la errónea registración de la fecha de inicio de la relación laboral que se denunció en la demanda.



Más aún, la intimación que cursó el actor a su empleadora requiriendo la correcta registración de la relación laboral y que obra a fs. 47 alude a que la real fecha de ingreso fue el 1 de septiembre de 2005 y no otra distinta.

Luego, no habiendo fecha de ingreso registrada posterior a la real no corresponde la aplicación de la multa prevista por el art. 9 de la ley 24.013, por lo que la sentencia de grado se revoca en este aspecto.

IV.- En lo que refiere a las remuneraciones percibidas por el trabajador, es cierto que la demandada no exhibió el libro previsto por el art. 10 de la ley 14.546, y que el actor no prestó el juramento establecido en el art. 11 de la misma ley, lo que no fue considerado por el juez de grado.

Ahora bien, el juramento al que refiere el art. 11 de la ley 14.546 sólo tiene efecto sobre las registraciones que debieron constar en el libro previsto en el art. 10 de la misma norma legal, y aquél no se produce si no se individualizan cada una de las operaciones por las cuales se reclama el pago de comisiones; en tanto no se invierte la carga de la prueba en favor del viajante respecto del monto de la retribución si se reclama una suma global en concepto de comisión, sin indicar ni probar los negocios a que las comisiones corresponden (cfr. Krotoschin, Ernesto – Ratti, Jorge A.F., “Código de Trabajo Anotado”, Ed. Depalma, 1986, pág. 577; Cám. Apel. Civil, Comercial y Laboral Rafaela, “Kinzler c/ MA.PRI.BA. S.A.”, 19/6/2012, LL AR/JUR/34192/2012; CNAT, Sala II, “Fernández Larrauri c/ GDC Argentina S.A.”, 17/5/2011, DT 2012, pág. 1.151).

El criterio referido también ha sido sustentado por esta Sala II, en anterior composición, en el precedente citado en el memorial de agravios (“Vouilloz c/ Mendieta”, P.S. 1996-I, f° 56/59), donde se dijo: “Si el trabajador-actor (viajante) no prestó en forma el juramento previsto en el art. 11 de la ley 14.546, que incluso procesalmente está previsto como norma general en el art. 38 de la ley 921, primer párrafo, no corresponde invertir la carga de la prueba. La declaración juramentada es un acto personal no delegable por el trabajador, que puede ser satisfecho en oportunidad de la demanda o en otra etapa del proceso, siempre que permita ejercitar el derecho de defensa. Al no haberse prestado el juramento en forma y adecuadamente, no funciona la inversión del onus probandi sobre los hechos y circunstancias que debían consignarse en el libro que contempla el art. 10 de la ley 14.546. Pero aún en el supuesto de prestarse el juramento convenientemente, para que esa inversión entre a jugar acabadamente se requiere que el reclamante explicita, con la mayor abundancia de datos posible, a que operaciones corresponden, a que clientes, a que tiempo, etc. por cada uno de los períodos recamados, ya que la simple denuncia global de un monto no satisface el espíritu y fin de la exigencia, ni por ende, genera el traslado de la carga probatoria...”.

De lo dicho se sigue que aún cuando el actor hubiera prestado el juramento de ley, la falta de individualización y prueba de las operaciones concertadas hubiera impedido la operatividad de la presunción.

No dejo de advertir que el art. 7 de la ley 14.546 establece que las remuneraciones del viajante estarán constituidas en todo o en parte por comisiones sobre el importe de las ventas efectuadas, además de otros rubros que la norma indica, en tanto que el juez del trabajo se encuentra facultado para fijar la remuneración del trabajador (art. 114, LCT). Pero la falta de denuncia de las operaciones sobre las cuales se pretende la liquidación de la comisión impide la operatividad de la norma citada ya que la facultad del juez laboral, en supuestos como el de autos, se limita a la fijación del porcentaje de la comisión, debiendo tener como base el valor del negocio y la participación en él del viajante, extremos que, reitero, ni siquiera fueron detallados en la demanda (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1.401).

Por ende, no puede determinarse la existencia de una registración en menos de la remuneración del trabajador de autos que habilite la aplicación de la multa del art. 10 de la ley 24.013, dado que el actor percibió una remuneración básica, conforme los recibos de haberes acompañados con la demanda, cuyos importes han sido tenidos en tal condición por el a quo –extremo firme en esta instancia-, no encontrándose acreditado que tuviera derecho a una salario mayor derivado de la percepción de comisiones.

Se revoca también la sentencia de grado en lo que refiere a la aplicación de la multa del art. 10 de la ley 24.013.

V.- Lo dicho en el apartado precedente importa que también deba modificarse el único rubro por el que ha de progresar la demanda y que es el liquidado en el Considerando 8.- de la sentencia de primera instancia.

Es que, teniendo en cuenta lo resuelto respecto de la imposibilidad de determinar la percepción de las comisiones pretendidas por el demandante, los importes de los rubros acogidos en el Considerando señalado deben ser fijados de acuerdo con el salario básico o mínimo percibido por el trabajador.

Consecuentemente, la demanda progresa por los siguientes ítems e importes, conforme fueron determinados en el informe pericial contable: 1) SAC proporcional 1er. semestre/2012, \$ 228,43; 2) vacaciones no gozadas, \$ 1.452,51; 3) SAC sobre vacaciones no gozadas, \$ 121,04; 4) salario diciembre/2011, \$ 1.774,00; 5) salario enero/2012, \$ 1.774,00; 6) salario febrero/2012 (8 días), \$ 473,07.

El capital de condena asciende a la suma de \$ 5.823,05.

VI.- Teniendo en cuenta que el fundamento de la extensión de la responsabilidad a los socios de la sociedad empleadora fue la existencia de una deficiente registración de la relación laboral en lo que concierne a la remuneración del trabajador y la consecuente evasión de aportes y contribuciones, más allá del análisis de la infracapitalización de la sociedad demandada, y dado que se ha determinado la inexistencia de esta conducta, se deja sin efecto la condena solidaria a los integrantes de la sociedad accionada, deviniendo abstracto el tratamiento de los agravios





vertidos al respecto por el apelante.

VII.- En atención al resultado de la apelación, que importa la revisión de la condenación en costas de la primera instancia (art. 279, CPCyC), también deviene abstracto el tratamiento de los agravios de la recurrente vinculados con este tema.

VIII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar parcialmente el resolutorio apelado, reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 5.823,05, y rechazando la demanda respecto de los demandados Osvaldo Daniel Venegas y Pablo Sebastián Venegas.

Dado el resultado de la apelación y lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC se dejan sin efecto la condenación en costas y las regulaciones de honorarios de la instancia de grado; y considerando que todos los demandados han sido patrocinados por el mismo profesional, y las características del reclamo de autos, las costas por la actuación en primera instancia, involucrando todas las pretensiones, se imponen en un 90% a la parte actora y en un 10% a la parte demandada (art. 17, ley 921), regulando los honorarios profesionales por la actuación en dicha instancia en el 16% de la base regulatoria (art. 20, ley 1.594) para el letrado patrocinante de los demandados Dr. ..., y 15,48% de la base regulatoria para la Dra. ..., en doble carácter por la parte actora, de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 7, y 10 del arancel para abogados.

Los honorarios del perito contador ... se regulan en el 3% de la base regulatoria, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la remuneración de los abogados de las partes y la labor desarrollada.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la parte actora (art. 68, CPCyC).

Los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada se regulan, para la Dra. ..., en el 30% de la suma que se fije por igual concepto para su actuación en la primera instancia, y para el Dr. ... –en doble carácter- en el 42% de la suma que se regule al letrado de la parte demandada por su actuación en primera instancia y por igual concepto, conforme lo normado por los arts. 10 y 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente la sentencia de fs. 254/265 vta., reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 5.823,05, y rechazando la demanda respecto de los demandados ... y ....

II.- Dejar sin efecto sin efecto la condenación en costas y las regulaciones de honorarios de la instancia de grado (art. 279 CPCyC); y considerando que todos los demandados han sido patrocinados por el mismo profesional, y las características del reclamo de autos, las costas por la actuación en primera instancia, involucrando todas las pretensiones, se imponen en un 90% a la parte actora y en un 10% a la parte demandada (art. 17, ley 921).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en dicha instancia en el 16% de la base regulatoria (art. 20, ley 1.594) para el letrado patrocinante de los demandados Dr. ..., y 15,48% de la base regulatoria para la Dra. ..., en doble carácter por la parte actora, de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 7, y 10 del arancel para abogados.

IV.- Fijar los honorarios del perito contador ... en el 3% de la base regulatoria, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la remuneración de los abogados de las partes y la labor desarrollada.

V.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la parte actora (art. 68, CPCyC).

VI.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, para la Dra. ..., en el 30% de la suma que se fije por igual concepto para su actuación en la primera instancia, y para el Dr. ... –en doble carácter- en el 42% de la suma que se regule al letrado de la parte demandada por su actuación en primera instancia y por igual concepto, conforme lo normado por los arts. 10 y 15 de la ley 1.594.

VII.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"CIFUENTES ESCOBAR JOSE ISMAEL C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468027/2012) – Sentencia: 254/16 – Fecha: 22/12/2016





DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. DAÑO PSIQUICO. PERICIAL PSICOLOGICA. OPORTUNIDAD. VALORACION DE LA PRUEBA. CAPACIDAD RESIDUAL. INDEMNIZACION. HONORARIOS DE LOS PERITOS.

1.- El hecho que la pericia psicológica se haya llevado a cabo con antelación a la pericia médica no invalida la primera de las pruebas señaladas. No existe un orden cronológico obligado para diligenciar los medios de prueba y, en todo caso, era la parte quién debía pedir que el examen psicológico fuera posterior al físico, si es que lo consideraba necesario.

2.- Es cierto que el informe pericial –psicológico- no es lo suficientemente claro y fundado, por lo que podría otorgarse también al actor un 0% de incapacidad, encuadrando su situación en el Grado I de RVAN, pero entiendo que existiendo síntomas de depresión, y por aplicación del art. 9 de la LCT, corresponde estar al 10% de incapacidad psicológica determinado en la sentencia de grado -Grado II de RVAN-, y computado respecto del actor de acuerdo con el método de la capacidad restante.

3.- En cuanto a los emolumentos de los peritos, entiendo que la suma fijada en tal concepto resulta elevada, dado la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de los litigantes, y teniendo en cuenta la calidad y extensión de la labor cumplida. Por ende, propongo fijarlos en la suma de \$ 4.900,00 para el perito médico y \$ 3.700,00 para el perito psicólogo, con más la suma que resulte de aplicar el 4% y el 3%, respectivamente sobre los intereses del capital de condena.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 22 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CIFUENTES ESCOBAR JOSE ISMAEL C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”, (Expte. N° 468027/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIIO, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 235/241 y su aclaratoria de fs. 243/vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por entender que, si bien la jueza de grado se aparta parcialmente de las pericias de autos en cuanto al cálculo de la incapacidad laboral permanente, no se aparta del diagnóstico de la pericia psicológica que continúa siendo erróneo.

Dice que como se planteó oportunamente, tanto al impugnar la pericia psicológica como al alegar, el porcentaje de incapacidad al que arriba el experto no se ajusta a la LRT ni a su decreto reglamentario.

Sigue diciendo que la pericia psicológica ha sido previa a la pericial médica, de lo que deriva su incongruencia. Agrega que las incapacidades de tipo psiquiátrico deben ser consecuencia de los infortunios y no de las vivencias personales.

Entiende que no es correcto que el perito psicólogo efectúe un análisis sin tener en cuenta la real incapacidad laboral física del trabajador, que es la diagnosticada por el perito médico.

Sostiene que el perito no justificó el nexo causal adecuado entre la patología y el accidente. Pone de manifiesto que en el dictamen médico de parte, que se adjunta con la demanda, el médico especialista en medicina laboral, estima dentro de la incapacidad del actor un 10% atribuido al trauma psicológico derivado del siniestro, mientras que el perito judicial, injustificadamente, otorga un 34% de incapacidad por el mismo concepto.

Se agravia por la aplicación de intereses desde la fecha del accidente, afirmando que su parte no estaba en mora en ese momento.

Apela por altos la totalidad de los honorarios regulados en el fallo de grado.

Mantiene la reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 254/260 vta.



Realiza consideraciones sobre la valoración de la prueba pericial y las facultades del juez al respecto.

Entiende que la demandada no debe haber leído los Considerandos de la sentencia de primera instancia, ya que la magistrada de grado, en opinión de la accionante, realiza una correcta valoración de la prueba pericial psicológica.

Agrega que el fallo recurrido se ha apartado de las conclusiones del informe pericial, ajustando el porcentaje de incapacidad a los baremos del decreto n° 659/1996.

Con relación al cómputo de los intereses recuerda la doctrina del Tribunal Superior de Justicia sentada en la causa “Mansur”.

Hace reserva del caso federal.

II.- La parte demandada se agravia por la valoración del informe pericial psicológico.

La a quo ha modificado la conclusión a la que arribó el perito psicólogo, por entender que no se ha ajustado al baremo de ley, encuadrando la situación del actor en el Grado II de RVAN, asignando, entonces, un 10% de incapacidad psicológica –única diferencia con la determinación de la Comisión Médica, ya que la incapacidad física fijada en sede administrativa es igual a la judicial (14%), y por aplicación de los factores de ponderación la diferencia de 0,10 entre uno y otro informe-.

El hecho que la pericia psicológica se haya llevado a cabo con antelación a la pericia médica no invalida la primera de las pruebas señaladas. No existe un orden cronológico obligado para diligenciar los medios de prueba y, en todo caso, era la parte quién debía pedir que el examen psicológico fuera posterior al físico, si es que lo consideraba necesario.

De todos modos que la incapacidad psíquica deba relacionarse con la dolencia o con las secuelas permanentes del accidente no quiere decir que con carácter previo se deba conocer el porcentaje de incapacidad física del trabajador, sino que basta con que se encuentre consolidada la secuela invalidante más allá del grado de afectación laborativa; que es lo que sucedió en autos, desde el momento que el dictamen de la Comisión Médica determinó la existencia de incapacidad como consecuencia del accidente de trabajo.

El apelante cuestiona que se tenga por cierta la existencia de nexos causal entre la situación psicológica del actor y el accidente de trabajo, como así también que se haya fijado un grado de incapacidad en tal concepto.

De la lectura del informe elaborado por el perito psicólogo (fs. 153/158) y de la respuesta dada al pedido de explicaciones de la parte demandada (fs. 174/176) se advierte que el actor presenta síntomas relativos a situación de inseguridad y baja autoestima, acompañado por depresión; no presenta alteraciones en sus capacidades cognitivas, pero si en su motivación, lo que es propio del cuadro depresivo.

Con relación al nexo causal entre este estado psíquico y el accidente de trabajo, el perito dice: “En cuanto a la cuestión de si este perfil de personalidad se debe a la situación de incidente que motiva los autos, cabe pensar que inevitablemente debamos recurrir a este como causa ya que el suyo es un perfil clásicamente traumático, tanto el incidente en sí como –y muy especialmente- las secuelas de tipo moral que ha debido de vivenciar al tiempo que, simultáneamente, opera en su inteligencia la estrechez que sus posibilidades laborativas han sufrido por este motivo”.

De lo explicado por el experto surge que la relación causal entre el hecho dañoso –accidente de trabajo- y el estado de salud psíquica del actor está dado por las características de su depresión –principal secuela, que manifiestan un origen traumático. En tanto que no habiéndose acreditado que, con posterioridad al accidente de autos, sucediera en la vida del accionante algún otro hecho de parecidas características que pudiera ser ubicado como causa o concausa del estado actual, debe respetarse la conclusión del perito en lo que refiere a la vinculación causal entre el accidente y el cuadro depresivo.

Luego, y en lo que atañe al encasillamiento que ha hecho la jueza de grado de la dolencia del trabajador en el Grado II de RVAN, tampoco asiste razón al quejoso.

De acuerdo con el baremo del decreto n° 659/1996, las características del Grado II de RVAN son: “Se acentúan los rasgos de la personalidad de base, no presenta alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria. Necesita a veces de algún tipo de tratamiento medicamentoso o psicoterapéutico”; y comparando esta definición con la descripción del cuadro depresivo que hace el perito, éste encaja en la antedicha definición. Es cierto que el informe pericial no es lo suficientemente claro y fundado, por lo que podría otorgarse también al actor un 0% de incapacidad, encuadrando su situación en el Grado I de RVAN, pero entiendo que existiendo síntomas de depresión, y por aplicación del art. 9 de la LCT, corresponde estar al 10% de incapacidad psicológica determinado en la sentencia de grado, y computado respecto del actor de acuerdo con el método de la capacidad restante.

Se confirma entonces la sentencia de grado en lo que refiere al porcentaje de incapacidad laborativa establecido.

III.- Con relación al inicio del cómputo de los intereses moratorios, asiste razón a la parte actora en orden a que lo decidido por la a quo se ajusta a la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia en autos “Mansur c/ Consolidar ART S.A.” (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), a la que las tres Salas de la Cámara de Apelaciones han adherido, por lo que se confirma también la sentencia de grado en este aspecto.

IV.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Los honorarios de los abogados de las partes han sido establecidos a partir de computar un 15% de la base regulatoria para los letrados de la gananciosa, porcentaje que es adecuado a la labor desarrollada y que se sitúa en la mitad, aproximada, de la escala porcentual del art. 7 de la ley



1.594, correspondiendo su confirmación.

En cuanto a los emolumentos de los peritos, entiendo que la suma fijada en tal concepto resulta elevada, dado la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de los litigantes, y teniendo en cuenta la calidad y extensión de la labor cumplida. Por ende, propongo fijarlos en la suma de \$ 4.900,00 para el perito médico y \$ 3.700,00 para el perito psicólogo, con más la suma que resulte de aplicar el 4% y el 3%, respectivamente sobre los intereses del capital de condena.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y hacer lugar parcialmente a la queja arancelaria.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio apelado, disminuyendo los honorarios determinados para los peritos médico y psicólogo, los que se fijan en la suma de \$ 4.900 para el primero y \$ 3.700,00 para el segundo más el monto que resulte de aplicar el porcentaje del 4% y del 3%, respectivamente, sobre los intereses devengados por el capital de condena, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los abogados actuantes ante la Alzada, Dr. ..., en el 30% de la suma final que resulte en igual concepto por la actuación en la primera instancia de la totalidad de los letrados de la parte actora; Dr. ... y Dra. ..., por la parte demandada, en el 30% de la suma final que se en igual concepto y por la actuación en segunda instancia se fije para cada uno de ellos, de conformidad con lo establecido en los arts. 15 y 10 de la ley 1.594.

El Dr. Fernando GHISINI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 235/241, disminuyendo los honorarios determinados para los peritos médico Dr. ... y psicólogo Dr. ..., los que se fijan en la suma de \$4.900 para el primero y \$ 3.700,00 para el segundo más el monto que resulte de aplicar el porcentaje del 4% y del 3%, respectivamente, sobre los intereses devengados por el capital de condena, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los abogados actuantes ante la Alzada, Dr. ..., en el 30% de la suma final que resulte en igual concepto por la actuación en la primera instancia de la totalidad de los letrados de la parte actora; Dr. ... y Dra. ...mandada, en el 30% de la suma final que se en igual concepto y por la actuación en segunda instancia se fije para cada uno de ellos, de conformidad con lo establecido en los arts. 15 y 10 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"STANMER CLAUDIO ALEJANDRO C/ OLIVA HORACIO EMILIO S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 369335/2008) – Sentencia: 256/16 – Fecha: 27/12/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ABOGADO. MALA PRAXIS. JUICIO DE RESOLUCION DE CONTRATO. JUICIO EJECUTIVO. OBLIGACION DE MEDIOS. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD. ANTIJURIDICIDAD. VALORACION DE LA PRUEBA. NEXO CAUSAL. RECURSO DE CASACION. FALTA DE INTERPOSICION.

1.- El abogado al que le requirieron sus servicios profesionales para que intervenga a raíz de una demanda que le iniciaron a su entonces cliente –aquí accionante-- por resolución de contrato debido a la falta de pago del saldo del precio de una compraventa inmobiliaria, y que resultara en una sentencia



desfavorable, no incurrió en mala praxis, pues el accionante dice desconocer los términos de la contestación de la demandada, pero tal pretensión no puede ser aceptada ya que habiendo suscripto el escrito de contestación de demanda –el letrado actuó como patrocinante- se presume que conoció y entendió su contenido.

2.- En lo referente a la prueba documental, el actor apelante sostiene que su letrado omitió acompañar recibos, pagarés y el acuerdo de refinanciación del pago, documentos que habrían estado en poder del letrado. Sin embargo, coincido con la jueza de grado en que no existe prueba alguna en estas actuaciones que permita afirmar que esa documentación fue conocida y estuvo en poder del demandado en oportunidad de contestar la demanda. Consiguientemente, no puede haber entonces antijuridicidad (incumplimiento contractual) si no se conoce si la documentación fue entregada por el actor al demandado.

3.- No existe mala praxis del abogado, con la causa ejecutiva en la cual se ejecutaban pagarés suscriptos por el aquí actor, si no surge de la prueba de autos que el abogado demandado haya tenido conocimiento de la existencia de ese juicio ejecutivo, en tanto que las constancias de dicho expediente dan cuenta que el accionado no intervino en él.

4.- El consejo del abogado demandado de no plantear en la causa que interviniera el recurso de casación contra la sentencia desfavorable a su cliente no constituye mala praxis de su parte, ya que en general el deber del abogado se agota en la interposición de los recursos ordinarios respecto de las sentencias desfavorables para los intereses de sus clientes. En el supuesto de los recursos extraordinarios, solamente se entiende que existe responsabilidad del abogado cuando el cliente expresamente instruyó al letrado para que los plantee.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “STANMER CLAUDIO ALEJANDRO C/ OLIVA HORACIO EMILIO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS”, (Expte. N° 369335/2008), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes plantean recursos de apelación contra la sentencia de fs. 814/822, que rechaza la demanda, imponiendo las costas en el orden causado.

A) La parte demandada se agravia por la imposición de las costas del proceso en el orden causado, entendiendo que la decisión adoptada carece de fundamentación suficiente.

Dice que la única razón que da la a quo es que se da en autos uno de los supuestos que permiten hacer excepción al principio objetivo de la derrota, más no dice cuales serían esos supuestos, a la vez que tampoco explica la magistrada de grado por qué el actor pudo considerarse con derecho a litigar.

Sigue diciendo que a poco que se analice los hechos referidos por la a quo (pérdida de la prueba testimonial y recurso no planteado) se concluye inexorablemente en que el actor no podía, al menos seriamente, sentirse con derecho a accionar.

Cita jurisprudencia referida al tema.

Luego señala que la declaración de negligencia de una prueba no sella el resultado de un pleito, ya que la incidencia en la sentencia estará dada por la relevancia o trascendencia que hubiese tenido su producción para dirimir el conflicto.

No basta entonces, continúa su argumentación el demandado, con que el abogado haya sido el causante de la pérdida de una prueba para que su cliente se sienta razonablemente con derecho a imputarle la derrota, sino que es necesario que ese reproche arribe tras un enfoque lógico, desarrollado en el marco de un razonable conocimiento jurídico, que le autorice a concluir que de haberse incorporado ese elemento de



convicción habría tenido una probabilidad cierta de resultar victorioso.

Considera que si bien la jueza de primera instancia no precisa cuál es la prueba perdida, es obvio que alude a la testimonial ofrecida por el aquí actor en el juicio de resolución contractual, en el que se imputa mala praxis al demandado.

Sostiene que ha quedado probado que el actor tenía pleno y cabal conocimiento de que ninguna de las personas que debían deponer en aquél juicio fue testigo de los pagos que alegaba haber efectuado, en tanto que se había acordado con el demandante que ofrecer aquellas declaraciones tenía el propósito de generar un marco que le permitiera prolongar su tenencia del inmueble y sostener alguna posibilidad de transacción con su contraria.

Afirma que el actor no tenía manera de acreditar que el saldo del precio pactado con López Lozano se había documentado con 26 pagarés y sabía que no tenía testigos del pago de esas cartulares.

Entiende que ese conocimiento por parte del demandante en orden a que si hubieran declarado esos testigos no podían testimoniar sobre lo que no habían visto desecha la posibilidad de que haya tenido alguna razón para litigar.

Con relación al recurso no planteado, recuerda que en el juicio de resolución contractual no actuó como apoderado del aquí actor, sino como patrocinante.

Manifiesta que por ello y más allá que el recurso de casación no era aconsejable por su absoluta improcedencia, resulta de toda obviedad que no podía interponerlo, no siendo lógico que se le reproche que no lo hiciera como gestor procesal.

Agrega que, además, en forma inmediata al dictado el fallo de segunda instancia el actor decidió prescindir de los servicios del demandado, y que estando en tiempo para plantear el recurso de casación acudió en consulta, primero con el Dr. ... y luego con el Dr. ..., habiéndole entregado a este último la totalidad de la documentación referente al caso Stanmer.

Advierte que el actor es una persona de mediana edad, ilustrada y hábil en el ámbito comercial, habiéndose probado que posee estudios secundarios completos, que integra la empresa constructora Almaco S.A., la que tiene como objeto, entre otros, la realización de operaciones inmobiliarias, encontrándose al frente de su dirección y de las obras que la misma ejecuta, siendo además propietario de una cerrajería céntrica.

Destaca que el actor, consiente de lo inverosímil de que alguien con su formación y experiencia haya firmado 26 pagarés sin dejar ninguna constancia de ello en el contrato, trajo a juicio un recibo de fecha 29 de febrero de 2006 –emitido 45 días antes de celebrarse el contrato de compraventa-, y que posteriormente se probó que el texto del recibo fue agregado en cuanto refería a los 26 pagarés. Dice que no es menor la picardía del ahora actor, ya que se trata lisa y llanamente de una falsedad instrumental destinada a consumir una estafa procesal.

Realiza consideraciones sobre la conducta del demandante.

B) La parte actora se agravia por el rechazo de la demanda.

Transcribe parte de las declaraciones testimoniales, y considera que se encuentra probado que con fecha 15 de enero de 1996, el señor Stanmer firmó un contrato de compraventa con Juan López Lozano en Inmobiliaria Agros S.A. y que dicho contrato fue preparado por Oscar Barros juntamente con los pagarés cuyos importes y fechas de vencimiento coinciden con la de las cuotas pactadas; que a medida que el comprador iba cancelando las cartulares, Barros le entregaba el documento sin emitir constancia de cancelación; que en los contratos de compraventa a plazos en los que el comprador firmaba pagarés no se hacía figurar esta circunstancia. Agrega que también se ha probado que es inverosímil que Stanmer tuviera conocimiento del contenido de la contestación de la demanda elaborada por el Dr. Oliva, toda vez que conforme lo afirma el profesional, la demanda le fue entregada para su contestación 48 horas antes de su vencimiento, por lo que resulta imposible que el escrito de contestación lo hubiera preparado en menos de 24 horas y que las 24 horas restantes hubiera estado en posesión del actor para su lectura y control; por lo que no se puede concluir, como lo hace la a quo, que Stanmer firmó la contestación de demanda a sabiendas que no se ofrecían los recibos y el acuerdo de pago.

Dice que de la prueba de reconocimiento y de la pericial caligráfica se desprende que los pagarés acompañados en el expediente n° 315.030/2004 y el adjuntado al expediente n° 208.503/1998 fueron confeccionados por Oscar Barros y Darío Gutiérrez en su condición de socio y empleado de Agros S.A., respectivamente.

Sostiene que no obstante que el testigo Gutiérrez dijo no recordar con que operación se vinculaban los instrumentos que reconoció en sede judicial, es imposible prescindir que el monto y fecha de vencimiento de los pagarés coincide con el monto y fecha de vencimiento de las cuotas del contrato de venta de fecha 15 de enero de 1996 y el acuerdo de pago de fecha 15 de noviembre de 1996.

Destaca que por más que el monto de los pagarés reconocidos por Servide no coincide con la cuantía de las cuotas del boleto, el expreso reconocimiento del acuerdo de pago demuestra tres cosas: 1) que el comprador de los lotes B9 y B10 de la chacra 154B había cancelado a ese momento las sumas de U\$S 52.500,00; 2) que al detraer de este último importe la sumatoria de los pagarés que obran en los Anexos VI a XI y XVI y en el expediente n° 208.503/1998, se tiene que el saldo del precio pendiente de pago al tiempo de promoverse el juicio de resolución de contrato era de U\$S 39.007,00; 3) que al restar esta última cantidad del precio total del boleto surge evidente que el comprador tenía abonado a ese momento la suma de U\$S 81.000,00.

Considera que si el demandado hubiera desplegado el patrocinio del actor en forma correcta, no se habría decretado la nulidad del citado contrato



porque con la prueba ofrecida y realizada en los presentes autos (que es la misma que ofreció y no realizó el demandado) quedó probado que el comprador le pagó al vendedor la mayor parte del precio establecido, circunstancia que hubiera impedido resolver el contrato por aplicación del pacto comisorio. Agrega que la aplicación de la cláusula comisorial está vedada en supuestos de abuso del derecho.

Se queja también de la conclusión de la jueza de primera instancia en orden a que falta una relación de causalidad adecuada entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido.

Señala que la responsabilidad del demandado es una responsabilidad por el hecho propio, por lo cual el factor de atribución debe ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa del agente del daño. En tanto que en este expediente ha quedado probado que el accionado incurrió en incumplimiento de los deberes propios de la actividad de la abogacía, siendo obvio que todo individuo que practique esta profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma, y obrar con la diligencia y previsión necesarias con ajuste a las reglas y métodos que correspondan.

Reitera que el demandado pudo haber probado en el trámite de resolución de contrato, y no lo hizo, lo siguiente: que los 32 pagarés agregados en el escrito de contestación de demanda en el expediente n° 315.030/2004 tienen vinculación directa con el boleto de compraventa de fecha 15 de enero de 1996; que por las cuotas pactadas en el boleto de compraventa se firmaron pagarés; que dichos pagarés y recibos fueron confeccionados por Oscar Ramiro Servide y Javier Darío Gutiérrez; que los pagarés y recibos en poder del comprador demuestran la cancelación parcial del precio; que los pagos de las cuotas/pagarés se hicieron en Inmobiliaria Agros S.A. al señor Oscar Servide; que la suma de los importes correspondientes a los documentos y recibos de fecha 4 de abril de 1996 y 20 de septiembre de 1996 y entrega del vehículo Renault 21, prueban que el comprador abonó gran parte del precio acordado; que era costumbre de la inmobiliaria no extender recibos; que Servide entregaba al comprador los pagarés a medida que los iba “levantando”; que cuando eso ocurría, Stanmer rompía la parte donde figuraba su firma; que Stanmer, Servide y López Lozano eran amigos porque compartían asados y reuniones sociales; que a consecuencia de esto último, e indiciariamente, Servide y López Lozano sabían que Stanmer no se domiciliaba en calle Chile n° 238, lugar donde se remitió la carta documento de fecha 5 de marzo de 2004, que el vendedor acompañara al expediente de resolución de contrato; que Stanmer vivía con su familia en el inmueble del que fue desalojado por cumplimiento de la sentencia dictada en el expediente n° 315.030/2004, y que por aplicación de la ley 14.005, de haber acreditado el demandado todos y cada uno de los extremos antes apuntados, jamás se habría decretado la nulidad del boleto de compraventa.

Insiste en que se encuentra acreditado que el demandado obró con negligencia, descuido, falta de precaución e imprudencia, es decir, no actuó como debería, provocando con ello un daño al actor.

Hace reserva del caso federal.

C) La parte demandada contesta el traslado del memorial de agravios de su contraria a fs. 861/870 vta.

En primer lugar, considera que la expresión de agravios no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate las quejas formuladas.

Dice que la jueza de grado elaboró sus conclusiones en base a una extensa, prolija y minuciosa valoración de la prueba testimonial, para determinar que ninguna de esas personas acreditó los hechos que afirmó el actor para resistir la demanda del juicio por resolución contractual.

Sostiene que el demandante basó su acción en la culpa que habría tenido el demandado por la derrota sufrida en juicio que por resolución contractual le promovió López Lozano, situando el supuesto mal desempeño en dos momentos: uno, al contestar la demanda; y otro, durante el desarrollo del litigio.

Sigue diciendo que como bien lo señaló el fallo de primera instancia, salvo la pérdida de la prueba testimonial, ninguno de los demás hechos imputados fue acreditado por el actor. Precisa que no fue acreditado por el accionante que el demandado haya tenido conocimiento que los pagarés que supuestamente documentaban las cuotas hubiesen sido confeccionados por Servide; que tampoco se ha probado que el actor haya entregado, en oportunidad de elaborar su defensa, el recibo de fecha 29 de febrero de 1996 ni el recibo n° 23684, y que haya puesto en conocimiento del abogado la existencia del juicio ejecutivo que tramitó en el Juzgado Civil n° 6.

Admite que por negligencia de su parte se declaró la caducidad de la prueba testimonial que ofreciera, pero la ausencia de esos testimonios no gravitó en absoluto en el resultado de la causa, tal como pudo probarse en autos donde declararon la totalidad de las personas que no pudieron hacerlo en el otro proceso.

Concluye en que de haberse recibido en el marco de proceso sobre resolución contractual la prueba testimonial que se declaró caduca, con la misma no se tenía chance de probar los pagos alegados por Stanmer.

Reconoce que no impugnó por falsedad el informe por el que Agros S.A. daba cuenta que no había recibido pagos de Stanmer imputados al saldo de precio del contrato que celebrara con López Lozano, más ninguna circunstancia hacía suponer que dicho informe fuera falso, por lo que ningún sentido tenía la impugnación. Agrega que tampoco el demandado ha pretendido demostrar en el marco del presente juicio la falsedad del informe referido, requiriendo de Agros S.A. la exhibición de sus asientos contables, o de los documentos y antecedentes en que se fundó el informe.

Insiste en que no fue apoderado del actor, por lo que no podía interponer recurso extraordinario en su representación.





D) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios de la demandada.

II.- He de comenzar el análisis de los recursos de apelación de autos, por el deducido por la parte actora.

El memorial de agravios del accionante apenas si reúne los requisitos fijados por el art. 265 del CPCyC, ya que si bien precisa cuál es el aspecto del fallo de grado que le causa perjuicio, pasa por alto los fundamentos que ha dado la a quo para determinar la inexistencia de mala praxis profesional por parte del letrado demandado. Si bien el recurrente se queja de las conclusiones de la jueza de grado, la crítica que formula para rebatir dichas conclusiones se sostiene en apreciaciones personales de la parte, sin hacerse cargo de los fundamentos expresados en los Considerandos de la sentencia de primera instancia.

Félix A. Trigo Represas y Marcelo López Mesa consideran que cuando se trata de los daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que previamente habrá celebrado, expresa o implícitamente, algún contrato de prestación de servicios profesionales, su responsabilidad civil habrá de ser, lógicamente, contractual, en razón de resultar la misma precisamente de la inejecución o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumiera contractualmente (aut. cit., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Ed. La Ley, 2004, T. II, pág. 521).

Por su parte Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas reconocen la existencia de corrientes de pensamiento que niegan la naturaleza contractual de la relación entre el profesional y su cliente, “quienes, obsesionados por la función social que indudablemente cumplen los profesionales, sostienen que todo se reduce a labores en las cuales la voluntad contractual no aparece y si surge lo es en mínima parte, y que los deberes impuestos a los que ejercen tales actividades tienen un marcado aspecto social y de conciencia.

“Sin perder de vista la función pública que cumplen ciertos profesionales... y la trascendencia social de la misma, pensamos que en la relación entre el profesional y su cliente se dan, por lo común, las notas esenciales de todo contrato.

“Consentimiento, objeto y causa son elementos de toda relación entre el profesional y su cliente, de la cual nacen las obligaciones y derechos... Sin perjuicio de reconocer la vigencia de las normas específicas destinadas a regular la actividad de los profesionales, creemos que la relación entre el profesional y el cliente puede encuadrar... en el contrato de servicios...” (cfr. aut. cit., “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II-A, pág. 373/374).

Adhiriendo a la posición mayoritaria, en autos nos encontramos frente a un contrato de servicios celebrado entre actor y demandado, como consecuencia de haber requerido el primero de los servicios profesionales del segundo con motivo de la demanda que, por resolución de contrato, planteó en su contra el señor Juan López Lozano.

En esta clase de supuestos de responsabilidad civil, los presupuestos de la antedicha responsabilidad son cuatro: a) el daño, requisito esencial sin el cual no habrá responsabilidad aún si se configuran los demás presupuestos; b) incumplimiento o antijuridicidad; c) relación causal adecuada entre el incumplimiento o conducta antijurídica y el daño; y d) el factor de atribución.

La sentencia recurrida desecha la pretensión de la parte actora en el entendimiento que no se han probado varios de los incumplimientos imputados al demandado, por lo que no existe antijuridicidad; y en lo referente a la pérdida de la prueba testimonial, si bien existe antijuridicidad, se encuentra ausente una relación causal adecuada entre el incumplimiento y el daño.

El actor apelante no rebate adecuadamente las conclusiones de la jueza de grado, toda vez que, reitero, efectúa conjeturas respecto de lo que podría haber probado el demandado si su conducta hubiera sido diligente, pero estas conjeturas no se condicen con las constancias de la causa.

En este tipo de procesos lo que debe evaluar el magistrado es la existencia de una chance probable de haber obtenido un resultado distinto en la sentencia definitiva, dictada en el trámite en el cual se imputa la mala praxis, ya que nunca puede conocerse a ciencia cierta que sentencia se habría dictado de contarse con las pruebas omitidas; en tanto que la configuración de esta chance probable debe estar asentada en elementos objetivos, los que en autos se encuentran ausentes.

Indudablemente la prueba principal en la imputación de mala praxis es el expediente en el cual tramitó el juicio que el señor Lozano iniciara al actor por resolución de contrato, con causa en la falta de pago del saldo del precio de una compraventa inmobiliaria, y que resultara en una sentencia desfavorable para el aquí accionante, quien se vió obligado a desalojar el inmueble objeto del contrato resuelto. Este expediente lo tengo a la vista y es el n° 315.030/2004, del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería n° 1 de la ciudad de Neuquén.

Ante la pretensión del vendedor del inmueble, la posición del comprador fue afirmar que había abonado una parte sustancial del precio (el 87,47%), y en esos términos se planteó su defensa (ver fs. 46/54 del expediente n° 315.030/2004).

El aquí actor dice desconocer los términos de la contestación de la demandada, pero tal pretensión no puede ser aceptada ya que habiendo suscripto el escrito de contestación de demanda –el letrado actuó como patrocinante– se presume que conoció y entendió su contenido. Adviértase que la mayor parte del texto de la contestación de la demanda refiere a hechos, los que evidentemente han sido informados por el cliente a su letrado, toda vez que el aquí actor no imputa falsedad a los términos de la defensa que oportunamente ejerciera el letrado ahora demandado.

Luego, en la misma contestación de demanda se ofreció la corroboración de los hechos con la prueba que se indicó: confesional, documental, testimonial, informativa y, en subsidio, pericial caligráfica.

La crítica del recurrente a la actuación de quién fuera su letrado se centra en distintos aspectos de la labor profesional: a) no acompañar



documentación que supuestamente estaba en poder y en conocimiento del letrado; b) no denunciar ni requerir la incorporación al proceso del trámite ejecutivo referido a pagarés librados por el aquí actor; c) no mencionar en la contestación de demanda que los pagarés habían sido confeccionados por el señor Servide Barros; d) omisión de impugnar el informe de fs. 103 del expediente sobre resolución de contrato; e) haber perdido por negligencia la posibilidad de producir la prueba testimonial; f) omitir plantear recurso de casación respecto de la sentencia de segunda instancia.

En lo referente a la prueba documental, el actor apelante sostiene que su letrado omitió acompañar recibos, pagarés y el acuerdo de refinanciación del pago, documentos que habrían estado en poder del letrado. Sin embargo, coincido con la jueza de grado en que no existe prueba alguna en estas actuaciones que permita afirmar que esa documentación fue conocida y estuvo en poder del demandado en oportunidad de contestar la demanda en el expediente n° 315.030/2004.

Los testimonios de autos aluden a una carpeta gris en la cual se encontraba la documentación relacionada con el juicio por resolución de contrato, pero ninguno pudo precisar el contenido de esa carpeta y concretamente si la documentación que el actor entiende que su abogado omitió incorporar al proceso se encontraba en ella. Tampoco se ha probado que el actor hubiera entregado al letrado otra documentación por fuera de esa carpeta gris.

No puede haber entonces antijuridicidad (incumplimiento contractual) si no se conoce si la documentación fue entregada por el actor al demandado. Igual sucede con la causa ejecutiva en la cual se ejecutaban pagarés suscriptos por el aquí actor.

No surge de la prueba de autos que el abogado demandado haya tenido conocimiento de la existencia de ese juicio ejecutivo, en tanto que las constancias de dicho expediente dan cuenta que el accionado no intervino en él.

Nuevamente, mal puede haber antijuridicidad si se ignora si el letrado estaba efectivamente en conocimiento de la existencia del trámite ejecutivo.

Respecto de la omisión de mencionar a la persona que confeccionó los pagarés, nuevamente nos encontramos con la ausencia de prueba sobre el conocimiento que pudo haber tenido el abogado de esta información. A ello agrego que, como lo señalé, el actor suscribió el escrito de contestación de demanda en el expediente n° 315.030/2004, por lo que bien pudo advertir que faltaba este dato en el texto.

III.- Distinta es la situación respecto de las restantes impugnaciones formuladas por el aquí actor.

Entiendo que asiste razón al recurrente en orden a que el demandado debió impugnar el informe de fs. 103 del expediente n° 315.030/2004.

En efecto, si tenemos en cuenta que la defensa del demandado en la causa sobre resolución contractual fue que había pagado la mayor parte del precio, y que este pago había sido hecho al intermediario en el negocio jurídico: la inmobiliaria Barros o Agros S.A., y la representante de esta inmobiliaria informa que “no se han recibido pagos de parte del Sr. Stanmer relacionados con la operación que da cuenta el boleto de compra venta acompañado”, correspondía que el letrado hiciera uso de la facultad prevista en el art. 403 del CPCyC.

Igual entiendo que sucede con la prueba testimonial. Surge palmario del expediente n° 315.030/2004 que la parte demandada perdió la posibilidad de diligenciar este medio probatorio por la negligencia del letrado que no instó la citación de los testigos propuestos por su parte, habiendo declarado la jueza de la causa la caducidad de esta prueba con fundamento en el art. 432 del CPCyC (fs. 72 del expediente n° 315.030/2004).

Estas omisiones en el actuar del abogado le son imputables en forma exclusiva a él, y constituyen incumplimientos a las obligaciones que asume el profesional frente a su cliente.

Ahora bien, la sola existencia de los incumplimientos no dispara, automáticamente, la responsabilidad del profesional abogado sino que tiene que existir un nexo causal adecuado entre estos incumplimientos y el daño sufrido por el actor.

Para poder analizar la existencia de este nexo causal, destaco que el abogado nunca puede asegurar la obtención de una sentencia favorable a los intereses de su cliente, sino que en este aspecto su obligación es de medios: debe poner a disposición del cliente todos sus conocimientos técnicos y conducirse diligentemente en la tramitación de la causa.

La pregunta a formular, entonces, es: ¿de haberse producido la prueba testimonial y de haberse impugnado el informe referido, hubiera tenido el hoy actor la posibilidad de obtener una sentencia favorable a su parte? Entiendo que no.

Tal como se destaca en el fallo obrante a fs. 182/186 vta. del expediente n° 315.030/2004, en ese trámite se contaba con el boleto de compraventa reconocido por el hoy actor, en el cual se había estipulado la forma de pago del precio.

Ante la afirmación del vendedor de no haber recibido el pago comprometido, y ante la defensa del deudor (el comprador) de haber pagado la mayor parte de ese precio, incumbe a este último la prueba del pago.

Ahora bien, la prueba por excelencia de un pago es el recibo otorgado por el acreedor, la que se encontró ausente en el trámite que se analiza, toda vez que el propio deudor reconoce que no exigió la entrega de recibo alguno sino que se contentaba con la devolución de los pagarés suscriptos por él y que supuestamente se referían a la cancelación de las cuotas pactadas en el boleto de compraventa.

Adviértase que, como pauta inicial, no resulta razonable que una persona con conocimientos medios adquiera un inmueble de importante valor y no documente los pagos que realiza del precio pactado.



Más allá de lo reprochable de la práctica de la inmobiliaria de hacer suscribir pagarés en supuestos en que se pactaba el pago de un precio en cuotas, lindante con el delito previsto en el art. 175 bis del Código Penal, y reconocida por los integrantes de la inmobiliaria, no existe prueba de que por la compraventa efectuada por el hoy actor se le hubieran hecho suscribir pagarés. Por otra parte, tampoco pueden relacionarse los pagarés en poder del accionante con la operación inmobiliaria plasmada en el contrato resuelto.

En efecto, en los pagarés de fs. 130/139 del expediente n° 315.030/2004, constan solamente la fecha de vencimiento –que coincide con algunas de las cuotas pactadas en el boleto-, suma a pagar –que también coincide con las cuotas pactadas- y la firma del obligado al pago. A partir de fs. 140 del mismo expediente, los pagarés, todos incompletos, no coinciden con lo convenido en el boleto de compraventa.

Los testimonios que fueron rendidos en el presente expediente poco aportan para clarificar esta situación. Si bien la mayor parte de los testigos aluden a que el actor o su entonces esposa concurrían a la inmobiliaria Barros a efectuar pagos, los testigos también dan cuenta que el aquí actor había celebrado otros negocios con dicha inmobiliaria, por lo que no se conoce con relación a que negocio se realizaban los pagos. Más aún, el testigo Santiago Ohanian (acta de fs. 224/225 vta.) –empleado de la inmobiliaria- si bien reconoce que se hacía el boleto de compraventa y, a veces, si la operación era financiada se firmaban pagarés, desconoce si esta metodología se utilizó con el señor Stanmer, agregando que los pagarés que cobraba el testigo no eran de operaciones de venta, sino de alquileres o comisiones.

El testigo Ramiro Oscar Servide (acta de fs. 230/232) –integrante de la inmobiliaria- sostiene que interesaron al actor en el negocio inmobiliario, pero que no participaron en el cierre de la operación, y agrega que el actor era inquilino de una propiedad que administraba la inmobiliaria como así también que el padre del testigo o él (no lo recuerda bien) le vendieron un auto al actor.

El testigo Javier Darío Gutiérrez (acta de fs. 239/242) –empleado de la inmobiliaria- recuerda que el actor concurría a la inmobiliaria a veces por alquileres y otras se reunía con el señor Barros, y afirma que vio al señor Stanmer concurrir a abonar pagarés.

Los restantes testimonios presentan las mismas imprecisiones.

Es cierto que surge de ellos la existencia de una amistad entre los propietarios de la inmobiliaria y el señor Stanmer, e incluso alguna familiaridad también con el vendedor del terreno –señor López Lozano-, como así también, conforme lo adelanté, sobre la práctica de exigir la suscripción de pagarés, pero estos datos no son suficientes como para tener por cancelado el precio del contrato de compraventa.

En otras palabras, ni aún impugnando la prueba informativa de la inmobiliaria Barros y declarando los testigos que lo hicieron en estas actuaciones, el hoy actor habría tenido una chance cierta de acreditar los pagos que dijo haber realizado y revertir, de ese modo, la suerte del pleito.

Existió negligencia por parte del abogado demandado, pero ella no guarda relación causal adecuada con el resultado desfavorable del juicio, el que, en definitiva, es consecuencia de la propia conducta del hoy actor en oportunidad de celebrar y cumplir el contrato suscripto con el señor López Lozano.

La jurisprudencia tiene dicho que debe desestimarse la demanda de mala praxis contra un abogado pues el actor no acreditó haber perdido el litigio por exclusiva culpa y responsabilidad del profesional (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala M, “Solmesky c/ R.O., P.”, 17/4/2009, LL AR/JUR/9898/2009); al igual que en el supuesto en que, aún admitiendo que existieron errores en el proceder del abogado, ellos no fueron determinantes ni incidieron en forma negativa (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala I, “B.D.L. c/ M.E.I.”, 7/8/2013, LL AR/JUR/56498/2013).

La situación de autos, en lo que refiere al actuar negligente comprobado del demandado, presenta similares características. El letrado cometió errores, pero ellos no resultaron determinantes a la hora de perder el pleito, ya que la chance que tenía el hoy actor de acreditar los pagos del precio de una compraventa inmobiliaria con la prueba testimonial –declarada caduca- y la impugnación de la prueba informativa es prácticamente inexistente. En palabras de Alfredo Orgaz, cuando la posibilidad de éxito de un pleito – en autos de la oposición a la demanda- era muy vaga, su frustración no es indemnizable, por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético (cfr. aut. cit., “El daño resarcible”, Ed. Bibliográfica Omeba, 1960, pág. 98).

IV.- Resta por analizar la conducta del abogado demandado en torno a la no interposición de recurso de casación respecto de la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primera instancia.

En general el deber del abogado se agota en la interposición de los recursos ordinarios respecto de las sentencias desfavorables para los intereses de sus clientes. En el supuesto de los recursos extraordinarios, solamente se entiende que existe responsabilidad del abogado cuando el cliente expresamente instruyó al letrado para que los plantee.

Aunque también se ha sostenido que, más allá del reproche ético pertinente, la conducta adoptada por el letrado demandado no genera responsabilidad civil, pues atento la imposibilidad de éxito del reclamo laboral impetrado, una eventual apelación no hubiera podido revertir lo acontecido en la primera instancia (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala C, “L., J.A. c/ T., J.D.”, 7/7/2005, LL 2005-E, pág. 495).

Aída Kemelmajer de Carlucci incluye dentro de los deberes propios del abogado, cuya inobservancia lo hace incurrir en responsabilidad civil, el de recurrir toda resolución adversa a su parte (cfr. aut. cit., “Daños causados por abogados y procuradores”, JA 1993-III, pág. 715), aunque entiendo que este deber rige respecto de los recursos ordinarios, pero no cuando se trata de acudir a las instancias extraordinarias, dado las restricciones que presenta la habilitación de este tipo de revisión.



Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala D, autos "Gari c/ P., V.R.", 18/5/2007, LL AR/JUR/2378/2007), con cita de Cifuentes, afirmó que si la conducta consiste en no apelar pero la sentencia hubiese sido confirmada de cualquier modo, se carece de base para enjuiciar la labor del abogado.

En el sub lite se trata de un recurso extraordinario, con estrictos recaudos de admisibilidad, el que también hubiera tenido muy bajas chances de ser admitido en atención a los términos del fallo de segunda instancia (fs. 218/221 del expediente n° 315.030/2004), por lo que no se puede admitir que el consejo del demandado de no plantear el recurso de casación constituya mala praxis de su parte.

V.- Dado lo dicho precedentemente que trae como consecuencia la confirmación del rechazo de la demanda por daños y perjuicios, he de abordar la queja de la parte demandada referida a la distribución de las costas del proceso.

Teniendo en cuenta que ha existido negligencia en la actuación profesional del abogado demandado, sin perjuicio de no mediar nexo causal adecuado con el resultado adverso a los intereses del cliente, entiendo que asiste razón a la a quo en lo concerniente a la imposición de las costas del proceso.

Si bien todo litigante que inicia un proceso judicial, lo hace convencido de que le asiste razón, y no por ello se lo va a eximir de la condena en costas cuando resulta perdedor, en autos existen elementos que justifican la distribución de las costas en el orden causado toda vez que, insisto, más allá de su magnitud e influencia sobre el resultado de la litis, los incumplimientos a los deberes del ejercicio de la profesión de abogado han existido, circunstancia que justifica, en parte, la acción planteada.

Por ende se confirma también el decisorio apelado en cuanto impone las costas en el orden causado.

VI.- En razón de lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de ambas partes y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido y por los motivos señalados en el Considerando V.- de esta sentencia, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC), regulando los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se determine en igual concepto y por su actuación en primer instancia, para el primero, y en el 30% de la suma que se determine como retribución por la labor en la instancia de grado para la totalidad de los letrados de la parte demandada, para el segundo (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 814/822, en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido y por los motivos señalados en el Considerando V.- de esta sentencia, en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que se determine en igual concepto y por su actuación en primer instancia, para el primero, y en el 30% de la suma que se determine como retribución por la labor en la instancia de grado para la totalidad de los letrados de la parte demandada, para el segundo (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"HERRERA RAMON OSVALDO C/ MACHADO FERNANDO S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 443499/2011) – Interlocutoria: 461/16 – Fecha: 27/12/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

EMBARGO. AUTOMOVIL. DERECHOS Y ACCIONES.



1.- Si bien no es materia directa del recurso, entiendo que corresponde señalar que, en principio, el bien automotor no puede ser secuestrado ya que, como bien lo dice la jueza de grado, no se encuentra embargado el automotor, sino los derechos y acciones que el demandado tiene sobre él y que no se conocen, dado que en autos no existe un solo documento del que surja la naturaleza y alcances de estos derechos y acciones.

2.- [...] si bien la medida de embargo -sobre los derechos y acciones de un automovil- resulta procedente, la jurisprudencia tiene dicho que el procedimiento a adoptar en estos casos es la notificación del embargo al vendedor y al comprador del vehículo, lo que trae como consecuencia la inmovilización del bien en el sentido que el vendedor no podrá otorgar la transferencia a persona distinta que el ejecutado (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, "Lee Young Do c/ Ahel", 13/11/1984, LL 1985-A, pág. 49). Ello hasta tanto el ejecutante decida solicitar la subasta de los derechos y acciones, o ejercer, en su caso la acción prevista en el art. 739 del Código Civil y Comercial.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "HERRERA RAMON OSVALDO CONTRA MACHADO FERNANDO S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 443499/2011), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio contra la providencia de fs. 45 en cuanto ordena la constatación del bien a embargar, con el objeto de verificar si aquél se encuentra efectivamente en posesión del demandado, para recién allí y, en caso afirmativo, notificar el embargo al ejecutado.

Rechazada la revocatoria, se concede el recurso de apelación (fs. 47/vta.).

a) La recurrente se agravia señalando que resulta casi imposible determinar que el demandado está en posesión del bien, ya que se debería llevar adelante una tarea de vigilia diaria, mediando ocultamiento, para lograr establecer que el demandado sube al vehículo, o si lo tiene en su domicilio.

Dice que llevar adelante la medida conforme lo ha dispuesto la a quo no haría más que poner en evidencia del ejecutado que se va a ordenar posteriormente el secuestro del bien, lo que frustraría toda medida futura.

Sigue diciendo que la medida ha sido solicitada durante más de quince años en la misma forma por el estudio jurídico de los letrados de la parte, y siempre se ha ordenado de la misma forma, correspondiendo que se trabé el embargo sobre los derechos y acciones que tenga el demandado sobre el bien, y llevar adelante el secuestro una vez que el titular registral ratifique, expresa o tácitamente, haber vendido o haber prometido en venta el vehículo al demandado.

Afirma que en materia de automotores carece de toda relevancia el acto posesorio propiamente dicho, siendo la inscripción dominial de naturaleza constitutiva, por lo que la manifestación del titular registral de haber prometido en venta el bien al demandado tiene preferencia sobre cualquier otra manifestación.

Reitera que de cumplirse la medida ordenada se frustrará toda posibilidad de secuestro futuro. Agrega que, en todo caso, el secuestro es precautorio, permitiendo que tome intervención cualquier otro afectado.

b) La demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, tenemos que se ha trabado embargo sobre los derechos y acciones que tendría el demandado respecto de un bien automotor (fs. 33).

A fs. 40/41 obra notificación cursada al titular registral del vehículo, haciéndole saber de la medida dispuesta y citándolo para que haga valer sus derechos, bajo apercibimiento que su incomparencia implicará conformidad con la ejecución de los derechos y acciones, debiendo en su caso informar, dentro del plazo otorgado en la citación, sobre los derechos que tiene sobre el bien.

El titular registral no compareció en el trámite judicial.

El ejecutante solicita el secuestro del automotor, petición que es proveída mediante la resolución recurrida.

Si bien no es materia directa del recurso, entiendo que corresponde señalar que, en principio, el bien automotor no puede ser secuestrado ya que,



como bien lo dice la jueza de grado, no se encuentra embargado el automotor, sino los derechos y acciones que el demandado tiene sobre él y que no se conocen, dado que en autos no existe un solo documento del que surja la naturaleza y alcances de estos derechos y acciones.

Y si bien la medida de embargo resulta procedente, la jurisprudencia tiene dicho que el procedimiento a adoptar en estos casos es la notificación del embargo al vendedor y al comprador del vehículo, lo que trae como consecuencia la inmovilización del bien en el sentido que el vendedor no podrá otorgar la transferencia a persona distinta que el ejecutado (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, “Lee Young Do c/ Ahel”, 13/11/1984, LL 1985-A, pág. 49).

Ello hasta tanto el ejecutante decida solicitar la subasta de los derechos y acciones, o ejercer, en su caso la acción prevista en el art. 739 del Código Civil y Comercial.

Consecuentemente, se ha de confirmar la resolución recurrida, con los alcances manifestados en estos Considerandos.

III.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo no hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio recurrido, con los alcances manifestados en los Considerandos.

Sin costas en la Alzada atento tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

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 resolución de fs. 45, con los alcances manifestados en los Considerandos.

II.- Sin costas en la Alzada atento tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"CAMPOS MARTA SUSANA C/ TRANSENER S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 322294/2005) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 29/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

FALLECIMIENTO. PUESTO DE TRABAJO. CONDICIONES DE HIGIENE Y SEGURIDAD. ENFERMEDAD DEGENERATIVA. ESCLEROSIS LATERAL AMIOTRÓFICA. PERICIAL MEDICA. VALORACION DE LA PRUEBA. RELACION DE CAUSALIDAD. EXPOSICION PROLONGADA. SUSTANCIAS TOXICAS. CAMPOS ELECTROMAGNETICOS. RECHAZO DE LA ACCION.

Debe desestimarse la acción de daños y perjuicios interpuesta por la esposa de un trabajador fallecido a raíz de haber padecido esclerosis lateral amiotrófica (ELA), enfermedad que a criterio de la accionante fue desencadenada por el contacto manual que tuvo con las sustancias tóxicas que contenían los líquidos refrigerantes de los equipos y por los campos electromagnéticos a los que estaban expuestos en forma continua, puesto que aún cuando el principal argumento de la actora se apoye en evidencias emanadas de dos centros de investigación donde se “sugiere” o “sospecha” como una de las causales el contacto con PCBs y las ondas electromagnéticas, fueron acertadamente relativizadas por el perito -médico neurólogo- por ausencia de confirmación científica ni de estudios epidemiológicos que las avalen; mientras, se





insiste, aquel ha resaltado que en el caso concreto resulta imposible conectarlo causalmente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CAMPOS MARTA SUSANA C/ TRANSENER S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. N° 322294/2005), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- A fs. 2202/2206 obra la expresión de agravios de la actora fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 11.08.2015 (fs. 2155/2165) y que fuera concedido a fs. 2167; pide se revoque la sentencia de grado y se haga lugar a la demanda en todas sus partes con costas a la accionada.

Considera errada la comprensión de la a quo de la prueba rendida en relación al nexo causal, específicamente el informe pericial del médico neurólogo que la hace llegar a una conclusión equivocada, tratándose de un breve extracto del dictamen que contiene una visión sesgada que luego queda desvirtuada completamente con las conclusiones de fondo del mismo; y en este sentido, los informes científicos que el experto cita en los que se vinculan las enfermedades de parkinson, demencia y esclerosis lateral amiotrófica (ELA) con trabajadores que estuvieron en contacto con sustancias PCBs en EEUU y el exceso de mortalidad por la última en aquellos expuestos a campos electromagnéticos, tales las actividades desarrolladas por el esposo de la actora a favor de la empresa demandada, que resulta responsable por el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, deber de seguridad y por el hecho de la cosa riesgosa.

Destaca la interconsulta médica que menciona los síntomas de la enfermedad ELA y su posible relación con el manejo de metales pesados, que no fue cuestionado por la demandada, y los informes de empresas, entidades públicas, el perito electromecánico y el Hospital Fernández por la que los campos electromagnéticos de extrema baja frecuencia y la exposición a PCB fueron calificados como posibles cancerígenos humanos y la afectación del sistema central y periférico que incluye específicamente el padecimiento de ELA.

Cita los testimonios del ámbito laboral en que desarrollaba sus tareas el trabajador fallecido por dicha enfermedad, en los que existía contacto manual con las sustancias tóxicas que contenían los líquidos refrigerantes de los equipos, así como los campos electromagnéticos a los que estaban expuestos en forma continua, sin que la empresa adoptara medida de seguridad alguna ni avisó sobre la peligrosidad de los aceites.

Concluye en que la prolongada exposición durante años, sin protección y/o información alguna a dos factores claramente tóxicos para la salud, desencadenaron indefectiblemente la enfermedad que culminó en la muerte del esposo de la actora, apreciándose así que la sentencia recurrida resulta desacertada en razón que parte de la errónea interpretación de la prueba rendida en el expediente, para llegar a una conclusión también desacertada que impone su total rectificación determinando la existencia del evidente nexo causal entre el trabajo desplegado en condiciones insalubre y contraria a los más básicos principios de protección al trabajador.

Sustanciado el recurso, la demandada no responde.

II.- A pedido de la actora se cita audiencia de partes no obteniéndose acuerdo alguno (fs. 2212).

III.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios del actor, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Que partiendo de la sentencia de grado, resulta que la decisión en crisis rechaza la demanda entablada con fundamento en que no se comprobó que la enfermedad esclerosis lateral amiotrófica (ELA) que produjera la muerte del trabajador, esposo de la actora, fue causa eficiente de la actividad que desarrollaba aquel en la empresa demandada, basándose en el dictamen médico sobre el que las partes no requirieron explicaciones ni fue impugnado cuando refirió que se desconocía la etiología de la ELA y cuál es el mecanismo del daño que se produce en la neurona motora que lo ocasiona, no obstante los trabajos de investigación prospectivos y retrospectivos, aún cuando existan publicaciones acerca de su relación con agentes tóxicos, como el PCB y la exposición a campos magnéticos.

Al transcribir el contenido de la pericia destaca de ella la referencia a que también se desconocen cuáles son los factores de riesgo que podrían favorecer su aparición y de otras enfermedades neurodegenerativas, para concluir que no hay una causa demostrada que sea indiscutible, que no se puede afirmar ni negar acerca de ninguna etiología puntual y que se investigan múltiples hipótesis, no existiendo estudios epidemiológicos



extensos, y de igual forma que no pueda descartarse ni afirmarse con certeza la existencia de factores laborales que permitan realizar un diagnóstico diferencial respecto de las causas de la enfermedad padecida por el esposo de la actora.

Para convalidar su conclusión de no advertir relación de causalidad clara entre el daño alegado con el trabajo que realizaba el esposo de la actora como presupuestos de la responsabilidad, también cita el informe del nosocomio especializado que identifica a los PCBs como agentes cancerígenos y la misma conclusión del Ministerio de Salud de la Nación, sin mencionar nada respecto a que podría ser los causantes de la ELA.

En síntesis, la juzgadora concluyó en la falta de prueba de que la actividad laboral desarrolladas haya sido la causa eficiente de la enfermedad, justificándolo en la prueba médica que informa acerca del desconocimiento exacto de la etiología del ELA, cuando los trabajos de investigación publicados abarcan múltiples hipótesis que no afirman, ni niegan, ni descartan, una causa puntual, y que no existen estudios epidemiológicos extensos que permitan realizar un diagnóstico diferencial respecto a que la afección padecida por el esposo de la actora.

Que el recurrente insiste en que la prueba médica y los informes científicos elaborados por expertos le dan la razón en cuanto la afección fue provocada con motivo de la actividad laboral y el contacto con bienes tóxicos y el ambiente contaminado, lo que podría haberse evitado de haberse adoptado medidas de seguridad y brindado información al respecto.

IV.- Sentado lo anterior, y para abordar el principal cuestionamiento de la actora, se impone en primer punto identificar el tipo patología que afectó a su cónyuge y sus caracteres, los que por sus particularidades, impone seguir el desarrollo del especialista en neurología designado en la causa que parte conceptualizando que la Esclerosis lateral Amiotrófica (ELA) es una enfermedad neurológica degenerativa del sistema nervioso, trágica y devastadora, que afecta predominantemente a varones con una incidencia total estimada de 1,5 a 2 afectados cada 100.000 personas por año, con una prevalencia de 4-8 por 100.000, y que puede comenzar antes de los 20 años, y con una edad medio de inicio de alrededor de 58 años, sin que se reconozca aumento de la incidencia en relación con la geografía; que involucra a las neuronas de la vía motora voluntaria – inferior- cuyas prolongaciones inervan los músculos, e influyen en su contracción; que sus signos y síntomas consisten en debilidad y atrofia muscular, fasciculaciones y calambres, comenzando por las extremidades, y progresivamente, compromete las neuronas vinculadas con la deglución, el habla y la respiración; que son manifestaciones asociadas a la depresión, ansiedad, trastornos del sueño, constipación babe o, secreciones mucosas espesas, síntomas de hipoventilación crónica y dolor, declinación de la fuerza y función sin fluctuaciones, progresando de manera incesante; que la causa más frecuente de muerte es por debilidad respiratoria, con neumonía aspirativa, con una sobrevivida promedio luego del diagnóstico de 3 a 4 años (punto a-fs. 1211).

Que el principal argumento de la crítica vinculado a la prevención de la enfermedad, se emparenta con su diagnóstico y no menos con su etiología, informando el experto que en esencia el diagnóstico de la ELA es clínica, que no existe una prueba diagnóstica única disponible, y que se hace por pruebas adicionales para descartar otros, y que se dice que hay sospecha de ELA cuando concurren los signos de compromiso de neurona motora superior o inferior en una región (punto a-fs. 1213), sobre los síntomas del esposo de la actora, cita el primer certificado médico que hace referencia al compromiso motor y reitera el diagnóstico de ELA de fecha 11.05.99, no pudiendo observar examen físico realizado por un médico especialista en neurología (punto c- fs. 1214), evaluación que permite concluir que en oportunidad alguna, mientras cumplió sus labores no existió siquiera sospecha de la enfermedad, y que el primer síntoma fue detectado más de seis años después de su desvinculación laboral, que por retiro voluntario se produjo el 14.10.1993 (fs. 54vta).

Por ello es de suma relevancia considerar el origen de la enfermedad, y el profesional es categórico respecto a que “Se desconoce”, tanto como “cuál es el mecanismo del daño que se produce en la neurona motora”; que ambos tópicos son motivo de trabajos de investigación tanto prospectivo como retrospectivos, como los factores de riesgo que podrían favorecer su aparición, citando incluso una forma hereditaria. Agrega la información sobre un estudio retrospectivo de mortalidad de trabajadores expuestos a PCB, y que no se encontró aumento en el número de afectados de enfermedad de Parkinson, ELA o Demencia en la cohorte estudiada”, que en dicho análisis por sexo específico reveló que las mujeres tenían mayor incidencia de ELA que la esperada, donde se destacó que “nuestros datos son limitados propios debido al número de individuos analizados pero es sugestivo de un efecto de los PCBs en enfermedades neurodegenerativas”, entre las que se encuentra el ELA; el perito cita dos artículos de investigación médica donde se menciona que habría aumento de mortalidad a partir de ELA a razón de la exposición a campos electromagnéticos, y que “puede ser propio de repetidos episodios con shocks eléctricos” (punto d-fs. 1215 y 1216).

Sin embargo, en su opinión respecto a la posibilidad de excluir a los PCBs o los campos electromagnéticos como factores que conlleven a contraer la enfermedad de ELA, reiterando que “no hay causa demostrada indiscutible de ELA” y que “En el momento actual no se puede afirmar ni negar acerca ninguna etiología puntual” y que “Se investigan múltiples hipótesis” (puntos e y f- fs. 1216); agrega que en Pub Med que es la base de datos más importante que reúne sistemáticamente trabajos vinculados con investigación médica, no se encontró trabajos de investigación publicados en relación a este tópico, y en una de las publicaciones ya citadas se afirma que “no hay estudios epidemiológicos extensos que vinculen los PCB y las enfermedades neurodegenerativas” (punto j-fs. 1216/1217).

Al responder la pregunta 2 de la demandada, destaca que “Es en los últimos años cuando se empieza a valorar a las condiciones ambientales como potenciadoras o generadora de enfermedad. Por ende los estudios epidemiológicos en este sentido son de reciente inicio. Si bien es cierto existen presunciones basadas en observación, están en marcha diferentes proyectos de investigación tanto prospectivo como retrospectivos, al



momento actual no esta probado de forma fehaciente la relación causa efecto de los campos electromagnéticos y los PCBs, en el origen de la ELA” (fs. 1219).

Finalmente, teniendo a la vista la historia clínica considera que “No se puede establecer al momento actual una vinculación cierta entre las tareas laborales y la concatenación de múltiples y graves afecciones que culminaron con el óbito del Sr Chavez” (punto k) fs. 1217), y concreta que “Al momento actual, como lo cité anteriormente, no pueden descartarse ni afirmarse con certeza la existencia de factores laborales que permitan realizar un diagnóstico diferencial” (punto l-fs. 1217).

Que si bien el perito ambiental en un amplio desarrollo describe e identifica como trabajo riesgoso el manejar aceites contaminantes con PCB y estar expuesto a Ondas Electromagnéticas” (Respuesta a pregunta g- fs. 1423), no se puede pasar por alto que en el listado de las 8 personas fallecidas y 10 enfermas que identifica trabajaron en Hidronor/Transener, sólo informa con la ELA al esposo de la actora (Respuesta a la Pregunta e-fs. 1421).

A.- A partir del marco fáctico expuesto, respecto a los requisitos para que se configure la responsabilidad civil y su acreditación, conforme los lineamientos del C.Civil que son los aplicables al caso, se coincide en que: “El tema de la prueba en el juicio de daños, se caracteriza por una íntima conexión entre el derecho procesal y el derecho de fondo. ...Dentro de dicha perspectiva, cabe destacar que el eje de la responsabilidad está constituido por la producción de un daño injusto. Ese daño debe lesionar un interés del actor y haber sido causado adecuadamente por un hecho, y éste tiene que ser jurídicamente atribuible al demandado, por mediar un motivo que torne justa su responsabilidad.” (p. 135, t.3, Resarcimiento de daños, Matilde Zavala de Gonzalez).

La prueba de la relación causal asume máxima importancia, ya que determina quien responde y por cuales consecuencias. El Código Civil adopta el sistema de causalidad adecuada (arts. 901 a 906), que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si aquel ha sido eficiente o idóneo para producirlas. Ante aquel suceso, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por tanto, la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido de si es o no idóneo para producir las consecuencias que el actor invoca: el juicio de causalidad adecuada se sustenta siempre en la valoración sobre la congruencia entre un suceso y los resultados que se le atribuyen. La causalidad adecuada no requiere la fatalidad o necesidad en la imputación de las consecuencias al hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad de que éste las haya generado. Es decir no es menester certeza absoluta, sino seria probabilidad, que supere el nivel conjetural. En principio, el actor soporta el onus probando de la relación causal adecuada, y el defecto o la falencia de acreditación conducen al rechazo de la pretensión resarcitoria. (p. 203 y ss. ídem).

Se ha definido a la causalidad como la relación cierta y directa existente entre el daño sufrido y el hecho generador de ese daño. De tal modo, una de las funciones de la causalidad es distinguir los resultados azarosos –jurídicamente irrelevantes- de los cursos causales regulares, que con su previsibilidad permiten asentar una adecuación causal y servir de base de un juicio de adecuación causal, antesala de un juicio de responsabilidad. El Código Civil (arts. 901 a 906) ha establecido un sistema de imputación de consecuencias, que no hace otra cosa que cortar la imputación de consecuencias hasta donde alcanza el nexo causal adecuado con la conducta del dañador. a) las consecuencias inmediatas y necesarias de un hecho que acostumbre suceder, se imputan siempre al autor del daño, art. 520, 901 y 903; b) las consecuencias remotas no se imputan nunca, porque no tienen con el hecho nexo adecuado de causalidad, art. 906; c) las consecuencias mediatas en materia aquiliana son imputables, pero en materia contractual debe existir dolo para ello, pues de otro modo no son indemnizables, art. 521 y 904; y d) las consecuencias casuales se imputan al autor del hecho, sólo cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho, art. 905. “el juez... considerará previsibles aquellos efectos dañosos que se hayan producido de acuerdo con ese curso normal de las cosas y, en cambio, juzgará imprevisibles aquellos otros que se han originado de modo irregular, anormal o extraordinario. La causalidad adecuada es una probabilidad calificada, con lo que no alcanza con la mera probabilidad, es neutro, en el sentido de que resulta ajeno a toda valoración acerca de la justicia o injusticia de la situación generada y específicamente a la mayor o menor reprochabilidad subjetiva que de ella pueda emerger. (p. 44 y ss., t. II, Tratado de la responsabilidad civil, Felix Trigo Represas y Marcelo Lopez Mesa).

Que al referirse a la relación de causalidad en la responsabilidad civil, Isidoro H. Goldenberg, expresa que la teoría de la causalidad adecuada “examina la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos ... El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente. No hay causalidad del caso singular: si los hechos sólo sucedieran una vez y tuvieran que ser captados en su individualidad no se podría afirmar que entre ellos existe relación de causa a efecto, sino una mera sucesión temporal de fenómenos. La noción de causalidad adecuada supone, pues, necesariamente, pluralidad de casos, ya que de lo contrario no respondería a lo que indica la experiencia (La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Bs. As. 1984, 32).

Para una mejor comprensión explica el mismo autor que la teoría de la causalidad adecuada “enuncia que dentro de la cadena de hechos determinantes de un daño no es correcto atender al criterio del hecho culposo, ni del próximo ni del desencadenante, sino que debe determinarse cuál de los hechos de la cadena es jurídicamente apto para causar el daño. Es decir, cuál de los hechos es objetiva y normalmente adecuado para



producirlo. Generalmente ese hecho se identifica aplicando el siguiente método: si se comienza a eliminar cada uno de los hechos integrantes de la cadena o conjunto de hechos determinantes del daño, el hecho o causa adecuado para producirlo será aquel que de ser eliminado, no se hubiera producido el daño. Por ejemplo: si una persona padece de un reblandecimiento de las paredes del cráneo y recibe un pequeño golpe en la cabeza que le ocasiona la muerte. La causa adecuada del daño no fue el golpe recibido, porque por sí solo ese pequeño golpe dado a una persona normal no le hubiera causado la muerte. La causa adecuada fue el reblandecimiento de las paredes del cráneo, circunstancia que de haber sido eliminada de la cadena de hechos determinantes, no se hubiera producido el daño. Según esta teoría el autor del golpe no puede ser responsabilizado. Dentro de la teoría de la causalidad adecuada han surgido posiciones doctrinarias que señalan como causa adecuada a diversas circunstancias, a saber: 1° La causa adecuada sería el hecho normalmente previsible por el agente, pero no lo sería aquel que racionalmente no puede ser previsto. Es la explicación que se da al fallo de la Casación Francesa de 11 de enero de 1943, en el llamado caso Franck. La viuda de la víctima demandó a un menor Franck, quien habiendo dejado su automóvil con las llaves que permitían accionarlo, le fue robado dicho vehículo y el ladrón en su huida atropelló a un señor de apellido Connot causándole la muerte. Se imputaba al joven Franck una culpa mediata en la muerte de la víctima por haber dejado el vehículo con tal descuido. La Corte de Casación decidió que no había una relación de causalidad suficiente entre el descuido del joven y la muerte del señor Connot. Savatier aduce que tal criterio se explica porque la Corte encontró que el joven Franck al incurrir en su negligencia, no podía normalmente prever la muerte del señor Connot. Sin embargo, a esta concepción del hecho previsible como causa del daño se le critica que confunde la noción de culpa (al referirse a la noción de previsibilidad) con la noción de relación causal. 2° La causa adecuada sería el acontecimiento que dentro de la cadena de hechos determinantes del daño ha jugado un papel preponderante en la realización del daño, un papel suficiente en la producción del mismo. Este es el criterio denominado de la causalidad eficiente y ha imperado en muchos fallos de la jurisprudencia francesa ...”.

Que esta forma de razonar que impone la ley conduce a examinar los datos obtenidos de la experiencia acerca de la posibilidad y probabilidad de que a un episodio le siga un efecto de tal forma de hacerlo previsible, y ello se alcanza a partir de captar su repetición en una pluralidad de ellos.

B.- Que a tenor de los hechos y el derecho expuesto, resulta que el esfuerzo probatorio de la reclamante no ha sido suficiente para demostrar que el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene, ya sea por la realización de exámenes médicos periódicos o la provisión de elementos protectorios o la capacitación/información, hubiera evitado o mitigado la enfermedad del esposo de la actora, por razón de comprobarse infructuoso acceder desde cuándo, cómo y dónde pudo haberla adquirido. Y tal verificación no ha tenido las características de probabilidad y previsibilidad requeridas con el incumplimiento antecedente denunciado, que aparece como una consecuencia extraordinaria. (cfme. arts. 19 de la Const. Nac.; 27 de la Const. Prov.; 1066 y ss. del Cód. Civ.; 377 y 386 del Cód. Proc.).

Que más allá de los diversos factores fisiológicos involucrados, el reconocimiento que pretende la actora se ve restringido por la ausencia de información fidedigna acerca de estudios y asistencia médica local y nacional sobre ELA y eventualmente, registros de epidemiología, particularmente cuando es de público conocimiento que desde la década del setenta se han radicado en la región emprendimientos hidroeléctricos e instalaciones para su conectividad que demandaron y demandan hasta la actualidad en forma intensiva el aporte laboral para realizar tareas a la que fueron y son expuestos trabajadores a semejantes condiciones.

Que se ha evidenciado con suficiencia que en el caso, con la información obtenida y siguiendo las pautas sobre las que se apoya la teoría de la causalidad adecuada con su grado de probabilidad y previsibilidad, resulta obstado conectar la conducta de la demandada en la modalidad laboral impuesta y descripta al desarrollar su principal actividad, con la enfermedad que afectó al esposo de la actora.

En tal sentido, el experto fue preciso que con los antecedentes médicos que tuvo a disposición resulta de imposible determinación cual fue el determinante de la enfermedad adecuado al caso; agregando, no sin menor relevancia, sobre la etiología de la enfermedad que “no hay causa demostrada indiscutible”, que “en el momento actual no se puede afirmar ni negar acerca ninguna etiología puntual” y que “se investigan múltiples hipótesis”.

Que aún cuando el principal argumento de la actora se apoye en evidencias emanadas de dos centros de investigación donde se “sugiere” o “sospecha” como una de las causales el contacto con PCBs y las ondas electromagnéticas, fueron acertadamente relativizadas por el perito por ausencia de confirmación científica ni de estudios epidemiológicos que las avalen; mientras, se insiste, aquel ha resaltado que en el caso concreto resulta imposible conectarlo causalmente.

En el mismo sentido analizado hasta aquí, esta Sala III se expidió recientemente explicando que:

“En función de lo expresado en los informes médicos analizados, debo concluir en que, más allá de las consideraciones generales expresadas por los galenos en cuanto a que la exposición a diferentes sustancias pueden estar asociadas a la aparición de la enfermedad, ante la falta de una clara evidencia científica que así lo compruebe, resulta muy difícil acreditar que como consecuencia de la manipulación de los elementos químicos empleados por el actor en su actividad diaria, ha contraído dicha enfermedad, máxime cuando no hay en la población laboral otro u otros casos semejantes que lo corroboren” (SUC. DE ESTARLI MARIO ARSENIO CONTRA CHAMPION TECHNOLOGIES ARG. SRL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL Expte. N° 338405/2006- Sent. 4 de Agosto de 2016).

VI.- 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. 2155/2165, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 C.P.C.C.).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. C/ RUIZ JOSE ANTONIO Y OTRO S/ SUMARISIMO ART. 321 C.P.C.C."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 448465/2011) – Sentencia: 220/16 – Fecha: 01/12/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. ACTOS. OMISIONES. PARTICULARES. EQUIPOS DE TELEFONIA. INGRESO A LOTES. TAREA DE MANTENIMIENTO. ESTACION REPETIDORA.

La acción de amparo iniciada con fundamento en la conducta de obstaculizar el ingreso de la actora a 3 lotes donde realiza el mantenimiento de las instalaciones de la repetidora de la señal telefónica debe ser admitida, en tanto no cabe merituar en el presente trámite si corresponde o no reconocerle protección posesoria al demandado, toda vez que el actor solo ingresa a las instalaciones montadas por mantenimiento de la repetidora y para evitar inconvenientes en la prestación del servicio que tiene a su cargo, sin ninguna pretensión de dominio, máxime que el accionado no controvertió el derecho de la actora de acceder y por tanto de transitar por dichos inmuebles.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 01 de Diciembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. C/ RUIZ JOSE ANTONIO Y OTRO S/ SUMARISIMO ART. 321 C.P.C.C.”, (Expte. N° 448465/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL N° 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia dictada a fs. 247/251 hace lugar a la demanda, condenando al accionado a cesar de manera inmediata en la conducta de obstaculizar de cualquier modo el ingreso de la actora a los inmuebles designados como lotes 21, 22 y 23 del Departamento Añelo, Cerro Auca Mahuida, con costas a cargo del demandado vencido.

El decisorio es apelado a fs. 252 por la parte demandada, expresando agravios a fs. 254/256.





En primer lugar, se agravia por entender que en la sentencia se elabora un análisis que no tiene sustento en la prueba rendida y las normas que regulan la acción de amparo.

El recurrente señala que no se valora la demanda como una acción de amparo, cuando así fue planteada por la actora, careciendo la acción de los requisitos de procedencia exigidos por la ley 1981 y el art. 43 de la Constitución Nacional, resultando por tanto improcedente.

En segundo lugar, expresa que el pronunciamiento en crisis omite valorar dos cuestiones fundamentales: el ejercicio de la posesión y la prueba rendida que acredita dicha posesión, así como la inexistencia del supuesto de hecho que pretende endilgar la actora a su parte.

Puntualmente refiere que el fallo recurrido nada dice respecto a la circunstancia de que, en ejercicio de la posesión, su parte haya solicitado identificaciones a quienes intentaran ingresar en su predio, para evitar perjuicios patrimoniales. Por lo contrario, refiere que se afirma que se trata de una actividad casi policial que no puede ejercer legítimamente.

Manifiesta que no existió violación a la libertad de tránsito por tratarse del ejercicio del derecho de propiedad, en su caso, poseedor con ánimo de dueño.

Continúa señalando que la magistrada se aparta de las constancias de la causa, concretamente de la resolución del Juez de Instrucción N° 3 que se declaró incompetente para entender en la acción que iniciara la actora.

Por último, se agravia en cuanto a que la sentencia tiene por probado que su parte reclamaba el pago de dinero para permitir el paso de la actora por el predio en cuestión. Agrega que el hecho de que la firma en seis recibos fuera del demandado no significa que los mismos fueran confeccionados por él ni que estuviera de acuerdo con el contenido y fechas que consignan.

Solicita se revoque la sentencia apelada y formula reserva del caso federal.

Corrido el traslado pertinente, la actora contesta el mismo a fs. 265/267.

Peticiona que se declare desierto el recurso, por no cumplir el apelante con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal. Refiere que la contraria se limita a manifestar disconformidad con la resolución, cuestionando tardíamente la vía procesal elegida y alegando de modo genérico que no se ha respetado el marco normativo que regula la acción de amparo, sin señalar el yerro concreto que se atribuye al decisorio ni el perjuicio que tal situación le acarrea.

Luego, expresa que, tal como indica la sentenciante, existen tres presupuestos que tornan procedente la demanda y que no son desvirtuados por la contraria en su memorial: que el demandado contradice sus propios actos al señalar que permite el libre ingreso y tránsito de su parte por los caminos de acceso a las instalaciones telefónicas pero luego niega tal circunstancia impidiendo la circulación y cobrando una especie de peaje; que la demandada no ostenta la posesión del inmueble y que no se discute en autos una defensa posesoria por cuanto la actora no turba tal situación; y que la demandada pretende asignar a la causa penal un efecto que no tiene en virtud de las reglas de prejudicialidad.

Transcribe parte del fallo dictado en autos: "SIBILEAU ARIEL LUIS C/RUIZ JORGE ANTONIO S/AMPARO", Expte. 271698/01, del registro del Juzgado Civil N° 5 de esta Ciudad. Solicita el rechazo de la apelación, con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda con fundamento en la falta de justificación del actuar del señor José Antonio Ruiz, entendiendo que no hay evidencia de que el mismo tenga derecho de identificar a quien ingresa al predio en cuestión, ni de impedir el paso, ni de percibir sumas de dinero por ello, todas conductas ilegítimas y que justifican la pretensión de la parte actora.

Ahora bien, examinados los términos del recurso, cabe señalar ante todo, y en atención al pedido de deserción del recurso formulado por la parte actora, que el art. 265 del Código Procesal, exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", T° I, pág. 835/837).

En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma.

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través del cual el demandado pretende fundar su recurso logran cumplir con los requisitos referidos. En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no haré lugar a la deserción requerida y en consecuencia abordaré los agravios vertidos.

Sentado ello, y en lo que respecta al primer agravio vertido, se observa que la Jueza de grado ha encausado la acción de amparo incoada en el trámite del proceso sumarísimo previsto por el art. 321 del Ritual, por tratarse de un acto de un particular, con las características que dicho articulado indica.

No obstante entender que dicho encuadramiento ha resultado acertado, por considerar que debía admitirse el debate de la cuestión planteada y que el proceso sumarísimo resulta ser la vía adecuada, cabe resaltar que no corresponde en esta instancia del proceso analizar los recaudos de la





acción ni por tanto expedirse sobre su admisibilidad, cuando se ha dado curso a la misma en virtud del proveído de fs. 31 y habiendo transcurrido todo el proceso como tal en la instancia de grado. En consecuencia, el planteo referido a la falta de análisis de los requisitos de procedencia de esta acción en la sentencia definitiva resulta a todas luces improcedente, por lo que no habrá de prosperar.

En cuanto al agravio referido a la falta de valoración del ejercicio de la posesión del demandado y la prueba que acredita dicho ejercicio, coincido con la magistrada en que no estamos frente a un caso de defensa de la posesión.

En efecto, no cabe merituar en el presente trámite si corresponde o no reconocerle protección posesoria al demandado, toda vez que el actor solo ingresa a las instalaciones montadas por mantenimiento de la repetidora y para evitar inconvenientes en la prestación del servicio que tiene a su cargo, todo ello en virtud del contrato celebrado con el señor Ariel Luis Sibileau, sin ninguna pretensión de dominio.

El mismo accionado manifiesta y reconoce en el responde de la demanda que “la actora cuenta con libre acceso a sus equipos si pretende atravesar el campo del Sr. Ruiz”. Es decir, que no controvertió el derecho de la actora de acceder y por tanto de transitar por dichos inmuebles.

Cabe puntualizar que el demandado reconoció que requiere identificación a quienes pretenden ingresar al predio que ocupa, por los motivos invocados referidos a evitar la caza furtiva. Asimismo, ha quedado probado en autos que el mismo ha cobrado diversas sumas de dinero para permitir el ingreso al predio, circunstancia que no puede justificarse cualquiera sea su condición respecto del inmueble.

En consecuencia, este agravio tampoco podrá tener favorable acogida.

Por último, respecto de la resolución del Juez de Instrucción Dr. Marcelo Muñoz, obrante a fs. 27/29 de las presentes actuaciones, no surge de la misma ninguna afirmación de que el hecho denunciado por la aquí actora no hubiese existido, tal como remarca la A-quo. El citado magistrado no juzga tal hecho ni despliega un proceso de conocimiento con posibilidad de ofrecer y producir prueba –como se efectuó en el presente, en el marco de los arts. 321, 498 y cc. del Código Procesal- sino que se limita a declarar su incompetencia por los motivos que expone, en el entendimiento de que no se encuentra en juego materia penal exclusivamente, siendo que se quiere cuidar la plena vigencia de las mandas establecidas en la Constitución Nacional y las formulaciones normativas de igual y superior jerarquía.

En lo que respecta al expediente penal acompañado como prueba por la demandada: “RUIZ JOSE ANTONIO – RUIZ VICTOR RUBEN S/ INTERRUPCION DEL TRANSPORTE TERRESTRE” OFINQ LEG 2068/2015-SJP 6292/12 (EX EXPTE CORR. 2-6006-11), cabe destacar que sus constancias no pueden ser tenidas en cuenta en la resolución del caso que nos ocupa, toda vez que en dicha causa solo se define la situación procesal de Víctor Rubén Ruiz y no la del aquí demandado.

Por lo tanto, comparto la valoración que efectúa la magistrada respecto de las probanzas rendidas, concluyendo en forma acertada que la conducta desplegada por el demandado resulta contraria a derecho y que por tanto vulnera el derecho de transitar libremente, en los términos invocados por la accionante, por lo que se impone el rechazo del recurso interpuesto.

IV.- Sin perjuicio de lo anterior, considerando la presentación de la parte actora glosada a fs. 282, de la que resulta que el demandado continuaría desplegando el mismo comportamiento que diera origen a los presentes, impidiendo el acceso de la actora al predio en que se encuentran instalados los equipos de telefonía, y en virtud de las tratativas intentadas en las audiencias celebradas en esta instancia, propongo instar a los letrados de las partes a comunicarse ante la concurrencia de nuevos episodios como los que fueron motivo de estos autos, evitando en lo posible la judicialización de tales hechos, lo que en definitiva implicaría asumir mayores costas y gastos para el demandado.

Por otra parte, considero razonable que dadas las particulares circunstancias del caso, corresponde recurrir a la aplicación de sanciones conminatorias a fin de contar con una medida que imponga el cumplimiento de la orden judicial.

Cabe destacar que las astreintes se definen como “condenaciones dinerarias impuestas por los jueces para obligar a cumplir órdenes judiciales a fin de vencer la resistencia infundada o acusada del obligado” (Salvat - Galli, Trat. Oblig. engral., cit., t. I, p. 263, nro. 262. Lafaille, Trat. de las oblig., cit., t.I, p. 151, nro. 147. Rezzónico, Est. de las oblig., cit., t. I, p. 274.).

Asimismo, puede decirse que las astreintes son un medio de tutela, protección o defensa de un derecho reconocido judicialmente.

El artículo 804 del nuevo ordenamiento civil y comercial establece en su primera parte: “Sanciones conminatorias: Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder...”

La jurisprudencia es vasta en este tema, y en particular tiene dicho que: “Ante una actitud recalcitrante de alguien obligado a cumplir una orden judicial, que se obstina en hacerlo, las astreintes resultan idóneas para tratar de doblegar su conducta” (CNCiv, sala A, LA LEY, 1992- A, 475. Id. sala D, LALEY, 1984- D, 117. Id. sala D, ED, 88- 776).

Como consecuencia de lo expuesto, resulta innegable que la potestad jurisdiccional comprende tanto las facultades necesarias para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado.

Por ello, propongo establecer que en caso de que el accionado no dé cabal cumplimiento a la manda judicial contenida en la sentencia de grado, se proceda a intimarlo a su cumplimiento bajo apercibimiento de imponerle las astreintes que en definitiva se fijen en tal oportunidad.



V.- En relación al recurso de apelación interpuesto a fs. 96 por el demandado contra la imposición de costas a su parte en la resolución dictada a fs. 94/95 y concedido a fs. 97 con efecto diferido, se advierte que el apelante no ha presentado el memorial para fundar el recurso incumpliendo con lo dispuesto por el art. 260 inc. 1° del Ritual. En virtud de tal omisión corresponde declararlo desierto, tal como lo establece el art. 266 del mismo ordenamiento procesal.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 252, confirmando la sentencia de grado en todos sus términos, con imposición de costas al demandado atento su calidad de vencido (art. 68 del Código Procesal), debiéndose regular los honorarios para cada uno de profesionales que actuaron en esta instancia, en el 30% de las sumas reguladas respectivamente a los letrados de las partes en la instancia de grado, teniendo presente el carácter en el que intervinieron en esta Alzada (art. 15 de la ley arancelaria).

Asimismo, propongo instar a los letrados de las partes a mantener una fluida comunicación ante la concurrencia de nuevos episodios como los que fueron motivo de estos autos, de acuerdo a lo dispuesto en el considerando respectivo, y establecer que en caso de que el accionado no dé cabal cumplimiento a la manda judicial contenida en la sentencia de grado, se proceda a intimarlo a su cumplimiento bajo apercibimiento de imponerle las astreintes que en definitiva se fijen en tal oportunidad.

Por último, se declare desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 96 por el demandado, sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado que no llegó a sustanciarse con la contraria de conformidad con lo expuesto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 252, confirmando la sentencia dictada a fs. 247/251, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al demandado en su calidad de vencido (art. 68 del Código Procesal).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Instar a los letrados de las partes a mantener una fluida comunicación ante la concurrencia de nuevos episodios como los que fueron motivo de estos autos, de acuerdo a lo dispuesto en el considerando respectivo.
- 5.- Establecer que en caso de que el accionado no dé cabal cumplimiento a la manda judicial contenida en la sentencia de grado, se proceda a intimarlo a su cumplimiento bajo apercibimiento de imponerle las astreintes que en definitiva se fijen en tal oportunidad.
- 6.- Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 96 por el demandado, sin costas de Alzada.
- 7.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"MIGANI JORGE LUIS C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 428443/2010) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

ABANDONO DE TRABAJO. CONFIGURACION.

El actor ha acreditado el intento de presentación en el lugar de trabajo de la justificación de la inasistencia, como la denuncia formal de enfermedad y puesta a disposición de los certificados médicos pertinentes, sucesivamente repelidos, todo indica, como ajustadamente lo ha analizado y entendido el juez



de grado, que no se configura el abandono de trabajo, resultando evidente el apresuramiento de la patronal -en despedir a su dependiente- de conformidad a lo estipulado en el art. 244 de la L.C.T., con violación de los principios de conservación, art. 10, y buena fe y colaboración, arts. 62 y 63, del mismo cuerpo legal.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MIGANI JORGE LUIS CONTRA IRUÑA S.A. SOBRE COBRO DE HABERES”, (Expte. N° 428443/2010), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia 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 16 de Mayo de 2.016 (fs. 193/198), expresando agravios a fs. 200/202.

Argumenta que la juez de grado incurre en errónea apreciación de la prueba producida al acoger la demanda cuando se ha comprobado el abandono de trabajo, por el que, debidamente intimado, el dependiente no justificó sus ausencias ni se presentó a cumplir tareas; solicita se revoque el fallo recurrido, rechazando la acción con costas.

Corrido el pertinente traslado (fs. 203), la parte actora no responde.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar al reclamo indemnizatorio derivado del distracto con fundamento en que la causal de inasistencia no justificadas alegada por la empleadora es falsa, luego que el actor intentara presentar certificado médico a través de un tercero y un funcionario de la Subsecretaría de trabajo, y a tenor del acta labrada por éste, aquella tenía claro conocimiento de tal circunstancia.

Que el día 29 de julio de 2010 la empleadora le comunica al actor que “ante su falta sin aviso de los días 28 por la tarde y 29 de julio de 2010 intimamos a Ud. en plazo de 24 hs. presentarse a cumplir tareas habituales caso contrario consideraremos abandono de trabajo” (fs. 6), misiva que es respondida el 30 de julio de 2010: “No encontrándome en condiciones de presentarme a trabajar, y habiendo remitido copia vía fax de certificado médico el día 28/07/10 con aviso de recibido el día 28/07/10 a las 17:35 hs. al número de teléfono correspondiente a la HICSA S.A. (4478743) que tengo en mi poder, en el cual se establece un reposo laboral desde el día 28/07/10 al 01/08/10 y ante la negativa de recibir el mismo por parte de la Sra. Mariana Lemmo, con copia enviada en el día de la fecha, rechazo su telegrama de fecha 29/7/10 quedando certificado médico a vuestra disposición”, transcribiendo su contenido (fs. 8).

Que el día 02 de agosto de 2010 la empleadora notifica el despido señalando que “a pesar de habérselo intimado mediante telegrama N° 23 de fecha 29 de julio de 2010 recibido en su domicilio el 30 de julio de 2010 y atento estar faltando a sus tareas sin aviso ni justificativo desde el día 28 de julio de 2010 por la tarde hasta el día 02 de agosto de 2010 inclusive y no haberse presentado a sus tareas normales y habituales como era su deber a pesar, reitero de estar debidamente notificado e intimado por el presente damos por concluido el vínculo contractual con usted por exclusiva culpa, por haber hecho abandono de sus tareas normales y habituales.” (fs. 9).

Que el trabajador contaba con una antigüedad de ocho meses sin sanciones disciplinarias en su empleo (fs. 34/98), dando cuenta un testigo de la comparencia al establecimiento a los fines de presentar un certificado médico de aquel un día jueves o viernes (fs. 155) y de la intervención de la autoridad de aplicación del día 02.08.2010 a la hora 10,30 (fs. 21 - 92/93) a la que recurre aquel para notificar un certificado médico de la misma fecha día 02 de agosto de 2010 a la hora (fs. 12) que fuera rechazado y por el que se prescribía reposo laboral por 10 días.

Que el artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone expresamente: “Abandono del trabajo. 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.” (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 10, 78, 57 y 208 de la L.C.T.; y 377 y 386 del C.P.C.C.).

De esta forma, para que se configure abandono de trabajo, además de la intimación al trabajador a que retorne a sus tareas bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la referida causal, en los hechos debe quedar evidenciado el propósito del trabajador de no cumplir en lo sucesivo su prestación laboral, pues si mediare alguna causa justificada por la que no concurre a cumplir su debito laboral, no se configura el abandono como causal de despido justificado por parte de la empleadora.

Cabe distinguir el abandono renuncia, del abandono incumplimiento, el primero implica un prolongado alejamiento de la empresa no explicado que traduce un comportamiento inequívoco en el sentido de dejar la relación laboral, en cambio, el segundo supone que el trabajador no ha satisfecho su debito consistente en la concurrencia al trabajo, sin causa que lo justifique.



Esta inasistencia configura una injuria que puede en su caso autorizar el despido directo. Así, el empleador frente a la ausencia del empleado tiene tres opciones: a un faltador calificado por su asistencia irregular se lo despide, a un ausente ocasional pero por un lapso continuado que no avisa o no justifica su inasistencia se lo intima para que se reintegre bajo apercibimiento de considerar que ha hecho abandono de trabajo y se lo despide por este motivo y a quien durante largo tiempo ha dejado de concurrir al trabajo, se lo considera incurso en abandono renuncia, que como no ha motivado reacción alguna del empleador se considera que concreta una voluntad común. (Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, T.II, p. 1639).

Confrontando el marco legal descripto con los elementos fácticos obrantes en la causa, observo que en el caso concreto, nos encontramos con el denunciado supuesto de abandono incumplimiento, rigiendo en consecuencia la norma transcrita, con lo cual y frente a los hechos enunciados, surge por un lado el intento de notificar el reposo laboral por cinco días, avalado por el certificado que se extendiera el 28.07.2010 (fs. 4) que es el aludido por el testigo conforme los días de la semana que indica haberse apersonado en la empresa (fs. 155) y ante la negativa, el trabajador remite telegrama del 30.07.2010 (fs. 8), en la que también responde la intimación antecedente que se le cursara el 29.07.2020, de la que resulta un plazo de 24 horas (fs. 6), digo esto teniendo en cuenta que cabe tener en consideración las circunstancias particulares y también la norma laboral que al empleador le indica un término de dos días; luego, derivó infructuosa la gestión administrativa del día 02.08.2010 a los fines de informar la segunda prescripción médica (fs. 92/93).

En definitiva, acreditado el intento de presentación en el lugar de trabajo de la justificación de la inasistencia, como la denuncia formal de enfermedad y puesta a disposición de los certificados médicos pertinentes, sucesivamente repelidos, todo indica, como ajustadamente lo ha analizado y entendido el juez de grado, que no se configura el abandono de trabajo, resultando evidente el apresuramiento de la patronal de conformidad a lo estipulado en el art. 244 de la L.C.T., con violación de los principios de conservación, art. 10, y buena fe y colaboración, arts. 62 y 63, del mismo cuerpo legal.

La jurisprudencia ha sostenido en tal sentido que: "Si la empleadora dispuso el distracto con impugnación de abandono de trabajo imponiendo un plazo para el reintegro de 24 horas, conforme lo normado por el art. 24 del C. Civil tal plazo no cumple la normalidad que impone el caso, habida cuenta que el art. 57 LCT acuerda al empleador un término razonable, nunca inferior a dos días hábiles para contestar las intimaciones que le dirigiera el trabajador, lapso en atención del carácter protectorio del derecho laboral, con mayor fundamento debe respetar el principal en su emplazamiento al dependiente." (LEY 20744 Art. 57, CNAT Sala: 8, Sentencia 17-06-1994, Juez ARCAL, VITALE, OMAR c/ RATNER DE OCAMPO, BERTA s/ DESPIDO, MAG. VOTANTES: ARCAL – BILLOCH-LDT).

"De acuerdo con el art. 244 de la L.C.T. para que el abandono se configure como acto de incumplimiento del trabajo, debe mediar previa constitución en mora a través de una intimación hecha de modo fehaciente, por el plazo que impongan las modalidades que resulten del caso. Asimismo, la Jurisprudencia es pacífica en sostener que es la accionada la que debe probar el hecho del abandono de trabajo (C.N.A.T. Sala VI 23/07/76 Kuysko Clemente c/ Iniguez Ortiz, Horacio" D.T. 1.977 pag. 1.881) en tanto que la doctrina autorizada afirma que no hay abandono incumplimiento si el trabajador adujo un justificativo de su ausencia o esta resulta explicada y conocida por el empleador (Fernandez Madrid J.C. "Tratado Practico de Derecho del Trabajo". T. II, pag. 1.640)." (DRES.: SAN JUAN - DIAZ RICCI-QUINTEROS ABRAHAM C/FLORESTA S.R.L. s/COBROS DE HABERES POR ENFERMEDAD Y OTROS (SENT. DEFINITIVA) (S.III), Fecha: 14/08/1996, Cámara Laboral-LDT).

III.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo 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. 193/197 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 17 Ley 921).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en 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](#)



**"VELTRI DIEGO C/ OPS S.A.C.I. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 469996/2012) – Sentencia: 224/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

#### ENCUADRAMIENTO CONVENCIONAL.

La circunstancia de que haya habido un cambio de denominación para calificar las tareas que cumplía el trabajador sin otro elemento fáctico que amerite constatar que se trata de un verdadero cambio en sus actividades, resulta insuficiente para desconocerle derechos de índole laboral en función de la actividad que desempeñaba con anterioridad. Así entonces, el hecho de mencionar que el actor ya no encuadra en el convenio colectivo de los petroleros bajo la categoría “Supervisor de Seguridad Patrimonial”, sino que detenta la de “Auxiliar Logística”, sin brindar una explicación lógica sobre cuales han sido los motivos de tales cambios, resulta escaso para despojar al operario de derechos de índole patrimonial que en función de su actividad anterior le hubieran correspondido.

#### Texto completo:

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “VELTRI DIEGO C/ OPS S.A.C.I. S/ COBRO DE HABERES” (Expte. N° 469996/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 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 definitiva de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por el señor Diego Veltri, al considerar correcto el encuadre laboral reclamado, como “Personal Jerárquico del Petróleo y Gas Privados”, y condenó a OPS S.A.C.I. al pago de la suma de \$65.703,93 con más sus intereses conforme fuera determinado en el considerando respectivo y costas.

Esa sentencia es recurrida por la parte demandada a fs. 330/331 vta.

En su recurso de apelación manifiesta que en la sentencia de grado se incurre en un grosero error al acoger la acción impetrada y hacer lugar a la diferencia de haberes reclamadas, en base a resoluciones del Sindicato del Personal Jerárquico de Petróleo y Gas Privados, las que son inviables en atención a que no se corresponden con la actividad desarrollada por el accionante.

Aduce, que el juez efectúa un razonamiento enderezado a darle razón al actor, ya que entiende que se encuentra acreditado en autos que si bien laboró en la localidad de Rincón de los Sauces en tareas vinculadas al petróleo a partir del mes de diciembre de 2010, dejó de cumplir tareas en la zona aludida pasando a desempeñarse en la localidad de Cipolletti, Provincia de Río Negro, en tareas de auxiliar de logística, que son específicas de la construcción y que hacen al objeto principal de la construcción, razón por la cual la empresa se encuentra inscrita en el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción (IERIC).

Sostiene, que al haber sido desafectado el accionante de las tareas que hacen al petróleo y gas, se le dejan de abonar las sumas no remunerativas del sector, puesto que no hacen a las nuevas tareas que desarrolla.

Considera, que el magistrado ha simplificado la cuestión haciendo lugar al reclamo en función de un error en los recibos de haberes.

Entiende, que no puede ser un error en los recibos de haberes lo que fija o determina el encuadramiento convencional, sino la actividad de la empresa o su actividad principal, o como es el caso de su mandante, que posee varios establecimientos en donde se cumplen actividades distintas, por lo que debe aplicarse el CCT de la actividad desplegada en ese establecimiento.

Interpreta, que surge entonces de las consideraciones fácticas y jurídicas, que el actor no es ni era acreedor a las sumas reclamadas, que hacen a la actividad y aplicación del CCT 537/08, del sindicato del personal jerárquico y profesional del petróleo y gas privado de Neuquén, Río Negro y La Pampa, puesto que se encuentra acreditado y no negado que él se desempeñó en tareas referentes a la construcción, bajo la categoría de “Auxiliar Logística” en la sede de la empresa cita en la localidad de Cipolletti.





Menciona, que la sentencia no sólo ha violado la doctrina legal propiciada por el Tribunal Superior de Justicia, sino que es nula atento a su falta de motivación, puesto que sólo se sustenta en la voluntad del juez, lo que la descalifica como acto jurisdiccional.

A fs. 340/342 vta., la parte actora contesta el traslado de los agravios, y solicita en primer lugar, que se declare desierto el recurso por no cumplir con el art. 265 del CPCyC. Subsidiariamente, contesta los agravios y pide su rechazo con costas.

II.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a juzgamiento de esta Alzada, preliminarmente y en atención al pedido de deserción del recurso por la parte actora, debo señalar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado”, Tº I, pág. 835/837).

En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma.

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través del cual la demandada pretende fundar su recurso logran cumplir con los requisitos referidos. En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no haré lugar a la deserción requerida y en consecuencia abordaré los agravios vertidos.

Sentado ello, advierto que a la demandada recurrente la demanda le ha sido adversa en función de que, más allá de una negativa general que hizo sobre los puntos mencionados por el actor para fundar su reclamo, no ha apartado OPS prueba idónea a fin de acreditar los hechos que expone en su contestación de demanda de fs. 116/120. Esto es, que el Sr. Diego Veltri en el mes de diciembre de 2010 haya dejado de cumplir tareas en el área del petróleo para hacerlo en el sector de la construcción.

Si bien, critica la valoración que sobre la prueba documental –recibos de haberes- acompañada por ella, se efectúa en la sentencia de grado para arribar a la conclusión que: “el actor siempre estuvo encuadrado en el convenio colectivo de personal jerárquico del petróleo y gas privados”, a los fines de controvertir dicho medio probatorio, no aporta ninguna prueba para demostrar que las tareas desarrolladas por el señor Veltri se encuadran en el convenio colectivo de la construcción o en su caso, que no corresponden más al convenio que regía la actividad que con anterioridad desarrollaba.

Y, es precisamente, esta falencia probatoria la que hace que cobre mayor virtualidad dicha prueba documental –los recibos de haberes-, reitero, adjuntada por la demandada a los presentes, que analizada en su conjunto me lleva a la misma conclusión que la propiciada en la instancia de grado en relación al encuadre pretendido por el demandante, por ser el que más se adecua a las constancias probatorias de la causa.

Siendo ello así, acreditada la existencia y contenido de las Resoluciones 417/2010; 1012/2010 y 331/2011, que dispusieron el pago de las sumas de \$6.000; \$4.000 y \$25.000, conforme informe brindado por el Sindicato de Personal Jerárquico del Petróleo y Gas Privados –v. fs. 244/289-, es que el monto por las diferencias reclamadas que fuera acogido en la sentencia de primera instancia, debe ser confirmado.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: “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 Neuquén, Sala II autos: “Villagran, José Domingo C/ Estación de Servicio Diez Hnos. S.A. S/ Cobro De Haberes”, Mag. Votantes: García - Gigena Basombrío).

Por otra parte, la circunstancia de que haya habido un cambio de denominación para calificar las tareas que cumplía el trabajador sin otro elemento fáctico que amerite constatar que se trata de un verdadero cambio en sus actividades, resulta insuficiente para desconocerle derechos de índole laboral en función de la actividad que desempeñaba con anterioridad.

Así entonces, el hecho de mencionar que el Sr. Diego Veltri ya no encuadra en el convenio colectivo de los petroleros bajo la categoría “Supervisor de Seguridad Patrimonial”, sino que detenta la de “Auxiliar Logística”, sin brindar una explicación lógica sobre cuales han sido los motivos de tales cambios, resulta escaso para despojar al operario de derechos de índole patrimonial que en función de su actividad anterior le hubieran correspondido.

Consecuentemente, y al compartir los fundamentos expuestos en la instancia de grado, propongo al Acuerdo que se rechace el recurso y se





confirme la sentencia de primera instancia en todos sus términos. Las costas correspondientes a esta instancia serán a cargo de la demandada en atención a su condición de vencida.

Los honorarios profesionales se ajustarán a la pauta del art. 15 LA y a los demás parámetros habitualmente tenidos en cuenta por esta Sala. Así voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fs. 326/329 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 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](#)

**"CARBALLO JOSE MARCELO Y OTRO C/ INECOS S.A. Y OTROS S/ RESCISION DE CONTRATO"** -  
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.:  
342373/2006) – Sentencia: 228/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

CONSTRUCCION DE VIVIENDA. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. RESOLUCION DEL CONTRATO. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. EMPRESA CONSTRUCTORA. INMOBILIARIA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. DAÑOS Y PERJUICIOS. RESARCIMIENTO DE DAÑOS. REINTEGRO DE GASTOS. DAÑO MORAL.

1.- Cabe revocar la sentencia de grado y hacer lugar a la demanda que persigue la indemnización de los daños y perjuicios que incluía el reintegro de las sumas pagadas por una operación inmobiliaria, respondiendo en forma objetiva y solidaria la empresa constructora del emprendimiento e inmobiliaria comercializadora del mismo, en tanto se ha acreditado que la responsabilidad por los incumplimientos deriva de su integración a una cadena de producción de bienes y su comercialización, que se generó y difundió a través de una marca que se hizo pública, y no cabe otra interpretación de que los precontratos celebrados por los actores, resultan conexos a los celebrados por las demandadas para concretar el emprendimiento, los que a pesar de su autonomía se encuentran vinculados entre sí por una finalidad económica común, previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido (arts. 1, 2, 3, 4 L.D.C.).

2.- Son suficientes para legitimar la decisión de rescindir comunicada por los actores, y la procedencia de la devolución de lo abonado constituye mera aplicación de la ley y lo acordado, toda vez que ellos acreditaron que en la fecha comprometida el bien inmueble no había sido construido, mientras no resulta



antecedente alguno que exima de tal omisión a las accionadas, las que tampoco acreditaron que las sumas aportadas tuvieran otra afectación o no se integraran a recursos propios. En relación al servicio financiero ofrecido, además de los sucesivos cambios de entidad bancaria, también se comprobaron incumplimientos vinculados con el contenido de los acuerdos, que fueron objeto de sanción por el organismo administrativo; y a su respecto, cabe recordar que caracterizados como “predispuestos” en forma unilateral por las accionadas, los actores habían quedado sujetos a condiciones y pautas que no fueron el resultado de una negociación.

3.- Es ajustado fijar la suma de \$ 8.000,00 a favor de cada uno de los actores por el daño no patrimonial, que les permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento que podrá aplicar a la realización de un viaje de esparcimiento por quince días para superar la decepción sufrida, o la obtención de bienes que los gratifiquen y mejoren la realización de actividades habituales, o en su caso, la adecuación de su actual situación habitacional, toda vez que denunciada la pluralidad de padecimientos experimentados, por no poder concretar la propiedad de un inmueble que legítimamente habían contratado, y privados de gozar de su usufructo, con efectos sobre los estados de espíritu, ciertamente se ha acreditado su afectación, por la incertidumbre generada por el incumplimiento de la obra transcurridos más de 2 años de contratada y luego de haber dispuesto de aproximadamente el 25% del precio total del bien, e ignorando sobre el destino de su aporte. Y a la decepción y angustia, se sumó la incomodidad de tener que recurrir primero a reclamos extrajudiciales, luego a sucesivas audiencias en sede administrativa, observando el transcurso del tiempo sin que sus intereses fueran debidamente gestionados; más aún, pusieron en evidencia que se habían impuesto y pretendido imponer cláusulas abusivas, y que burlaban la buena fe, la seguridad e información.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CARBALLO JOSE MARCELO Y OTRO C/ INECOS S.A. Y OTROS S/ RESCISION DE CONTRATO”, (Expte. N° 342373/2006), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que los actores interponen recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fecha 26.10.2015 que rechazó la demanda (fs. 501/505), expresando agravios a fs. 522/524; piden se la revoque y se haga lugar a la acción con costas a las contrarias.

En primer punto cuestiona que en la decisión de grado se haya desestimado el análisis de la prueba documental, como los son los contratos, y en conjunción de los actos realizados por las partes, incluso los previos, que indican la existencia de una operación inmobiliaria, en los que las demandadas pusieron y percibieron un precio cuya devolución se persigue, ello también reconocido por Geprin S.A.; y que resulta imposible decir que si no había un boleto de compra venta firmado no existe incumplimiento contractual, cuando el reclamo no se halla prescripto.

En segundo punto, sostiene que en la causa obra la documentación suscripta entre los actores y la demandada Geprin, y al contestar la demanda esta última acepta haber recibido los pagos remitidos por los primeros, que la coloca en relación de responsabilidad; así como haber realizado reclamos previos ante los organismos de defensa del consumidor, conforme expedientes remitidos de los que emerge su reconocimiento, donde fue impuesta de sus obligaciones no cumplidas, y que luego pretende negar por no haber insertado su firma en un contrato de preventa o en un boleto de compraventa, contrariando sus propios actos, resultando tardía su pretensión de no considerarse legitimada pasiva.

Respecto a la inmobiliaria Fabal, destacan que participó en el enlace o eslabón de la negociación, y fue donde los actores debieron responder a los pasos exigidos por las demandadas, e incluso donde se hicieron los pagos que fueron recibidos por Geprin, es decir, intervino en la ejecución del contrato, con lo que deviene insostenible excluirla del mismo; cuestionan que se clasifique su participación como agente inmobiliario sin el menor análisis de cómo integró la relación entre las empresas demandadas.



Sustanciado el recurso responde sólo la co-demandada, corredora de comercio (fs. 526/527); pide se los rechace con costas; invoca haber cumplido con todas las obligaciones legales que le competía como agente inmobiliario respecto de los actores, careciendo de sustento fáctico y jurídico la pretensión de incluirla como uno de los contratantes, cuando su función específica fue la de facilitar el negocio que las partes querían formalizar.

II.- Que abordando la cuestión traía a entendimiento y a tenor de la crítica introducida, teniéndola por suficiente en los términos del art. 265 del CPCyC, anticipo que a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios de la actora, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Que la sentencia de grado, con fundamento en que los actores no acreditaron la relación contractual con las co-demandada Geprin S.A., rechaza la demanda que persigue la indemnización de los daños y perjuicios que incluía el reintegro de las sumas pagadas, sus intereses y daño moral; se sostiene que los accionantes no firmaron el boleto de compraventa con la empresa perseguida y ninguna obligación se generó, resultando improcedente que se la demande por incumplimiento contractual; de igual forma considera que no existen evidencias de que la inmobiliaria tuviera obligaciones a su cargo respecto del contrato que los actores suscribieron con otra empresa.

Que cabe recordar que los actores, con fundamento en el C.Civil y la Ley de Defensa del Consumidor, denunciaron incumplimientos y la responsabilidad solidaria de la empresa e inmobiliaria al tiempo de la celebración del contrato y su ejecución, del que derivó la rescisión del contrato y que a la primera se le aplicara una sanción en el expediente administrativo tramitado ante la Secretaría de Comercio Interior –Defensa del consumidor de la Provincia del Neuquén; luego, ante la falta de respuesta, promovieron este reclamo para que se les restituya las sumas que le habían entregado, la multa contractual y daño moral.

A.- Que a tenor de los antecedentes obrantes en los presentes (fs. 66, 76/77), no se encuentra controvertido los actores celebraron con FABAL Organización Inmobiliaria un acuerdo de "Reserva de Venta" de una unidad funcional, la 04 – VII, una cochera y bodega, correspondiente al emprendimiento constructivo denominado "LOFTS DEL CAMPUS" a construirse en Ava. Leloir entre Sta Fe y Maestros neuquinos de esta ciudad, "ad – referéndum" de INECOS S.A. que era la PROPIETARIA, abonándole una comisión de \$500,00. El convenio preveía que si la operación no era aceptada la inmobiliaria le reintegraría toda la suma recibida, dentro de las 48 hs., además de los Anexos donde se informaban sobre las Especificaciones Técnicas y Niveles de terminación del bien, y un Presupuesto donde figuraba:

- el precio y la forma de pago al boleto y en cuotas, y un saldo.
- el saldo podía ser abonado al contado u obteniendo un crédito bancario de tipo hipotecario.
- el pago al boleto, las cuotas y el pago a la posesión, podía ser financiado con un crédito personal.
- una comisión de venta de U\$S500
- La posesión al mes de febrero de 2000.

De tales instrumentos, hay documental que consiste en folletería y con membrete de la marca "LOFTS del CAMPUS" (fs. 5, 75/77) y al pie de ella "FABAL ORG. INMOBILIARIA OFICINA DE VENTAS LOFTS DEL CAMPUS Av. LELOIR y SANTA FE – NEUQUEN" (fs. 77).

Que los días 08.09.1999 y 08.10.1998 celebraron sucesivos contratos denominados CONVENIO DE PREVENTA con "INECO", integrante del Grupo DEVECO S.A. (fs. 62/65 y 68/74) que en su calidad de VENDEDORA se comprometía a la reserva y futura venta del bien a favor de los actores, denominados EL COMPRADOR (1º), y que para el caso de que aquella incumpliera se obligaba a restituir a los segundos las sumas abonadas por el mismo y a indemnizarlos con el alcance establecido en la cláusula NOVENA; asimismo en la misma cláusula 2º se señaló la fecha de finalización de la obra para diciembre de 1999, consignándose los pagos efectuados (Cláusulas Tercera), el acceso al crédito por el saldo indicando dos bancos distintos, en el primero figuraba BBV Banco Francés y en el segundo el Banco de Quilmes – Scotia Bank (Cláusulas Tercera y Cuarta) y la carga de gastos administrativos y por escritura traslativa de dominio por el 1% del valor bien (Cláusula Quinta).

Conforme factura del 08.10.1998 abonaron a la inmobiliaria la suma de \$500,00 para imputar a Comisión Preventa Lofts del Campus (fs. 75).

La cláusula 9º preveía que "Si EL VENDEDOR incurriera en incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas en el presente, en los plazos y con las modalidades pactadas, por causa exclusivamente imputables a él, EL COMPRADOR podrá considerar rescindido de pleno derecho este Convenio, en cuyo caso EL VENDEDOR deberá reintegrarle la suma total de los pagos efectuados por cualquier concepto hasta ese momento, con más un interés del 6% (seis por ciento) anual calculado desde la fecha de cada pago y hasta la de la efectiva devolución. Asimismo EL VENDEDOR deberá una indemnización total por todo concepto consistente en el 10% (diez por ciento) del precio pactado para la futura venta".

En relación a las cuotas y forma de pago, la cláusula 3º, tuvo por cumplido el pago del anticipo de U\$S 2.143,00, se estipulaba que el pago de 15



cuotas mensuales de US\$ 229 que se deberían efectivizar en las oficinas de la inmobiliaria FABAL, y lo que se debía integrar al momento de la escritura.

Conforme factura del 08.10.1998 abonaron a la inmobiliaria la suma de \$500,00 para imputar a Comisión Preventa Lofts del Campus (fs. 75), y sucesivamente también le abonaron las 15 cuotas pactadas, la última el 09 de diciembre de 1999, todas ellas con el sello “FABAL” y “PAGADO” en su anverso (fs. 6/20).

Que ante el incumplimiento de lo pactado, los días 18 y 24 de julio de 2001 los actores reclamaron por carta documento a INECOS (Grupo DEVECO) el reintegro de la suma total de los pagos efectuados, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales (fs. 41/45).

Que si bien “REHUSADAS”, se acreditó que uno de los domicilios, el de Avda. Leloir N° 250 de Neuquén, coincide con el lugar donde luego fueron diligenciadas notificaciones enviadas a Geprin S.A. emitidas en el expediente administrativo que tramitó en la Dirección de Comercio Interior, conforme constancias de fs. 49, 63 y 66.

Que por eso adquiere relevancia el contenido del trámite administrativo ante la Dirección de Comercio Interior, Defensa del Consumidor que tramitó bajo el Expte. 2314-2954/01 -y agregado por cuerda- que los actores promovieron el día 21.01.2001 con motivo del incumplimiento contractual y pedido de restitución de los pagos, en el que, a partir de la notificación del 02 de enero de 2002 en Leloir N° 250 de esta ciudad (fs. 49), se derivó una solicitud de nueva audiencia, y posteriormente una presentación por la que invocando expresas y precisas instrucciones de INECOS S.A. se informa el día 11.03.2002 (fs. 58):

-Que INECOS S.A. transfirió todo el paquete del emprendimiento a PLUVIUM S.A. en el mes de Enero de 2001 y posteriormente esta S.A. transfirió totalmente dicho paquete a GISPRIN S.A. actual propietario del emprendimiento.

-Que conforme a que existían varios adquirentes de los inmuebles a construir, INECOS S.A. comunicó a cada uno de ellos a los efectos de continuar dicha operatoria con los nuevos propietarios, en las mismas condiciones pactadas, originalmente.

-Que en estas condiciones se le ofreció a los actores continuar con la nueva firma, a los efectos de ser adjudicado con el inmueble como ha ocurrido con los demás propietarios, estas personas aparentemente no se acogieron a tal posibilidad y por eso lamentablemente quedaron a fuera del emprendimiento, pero por razones ajenas a la voluntad de la empresa.

-Que actualmente la firma GISPRIN S.A. continuadora del emprendimiento, otorga la alternativa de hacerse propietario de un LOFS, en las mismas condiciones que se habían pactado con INECOS S.A., reconociendo en consecuencia el dinero entregado, con la salvedad o la condición sine qua non de continuar con el emprendimiento que está terminado y listo para entregar.

-Que de no ser así, dicha empresa se deslinda de toda responsabilidad y deja expedita la vía que cada uno de los adjudicatarios considere más conveniente a los efectos de evacuar el reclamo impetrado”.

Que a fs. 84/86 se agrega el plano registrado en la Municipalidad de Neuquén bajo el N° 057-D-99 correspondiente a la propiedad identificada con Nomenclatura 09-20-59-5706-5708-5709, donde se señala como propietario a DEVECO S.A. y que fuera elaborado por el Arq. Ernesto Marino -Matr. 827.

Que por resolución de fecha 19.03.2003 se imputó a GESPRIN S.A. la presunta violación de lo normado por los arts. 4°, 36° y 37° de la ley 24240, pues habría incurrido, antes de la celebración del contrato, en inexactitudes en torno a la información, pues a tenor de la documental que luce a fs. 29 ofrece en venta un inmueble en su carácter de propietaria cuando la titular es Deveco S.A. a tenor de los planos que lucen agregados a fs. 86. También habría omitido informar a cuanto ascenderían el total de los intereses a abonar en el marco de la contratación celebrada, los gastos adicionales que se derivaren de la compra venta (sellados de contrato, gastos de escribanía, etc). Habría ofrecido en venta un inmueble que se afectaría al régimen de propiedad horizontal sin mediar escritura pública mediante la cual se declare la voluntad de afectación al régimen de subdivisión y transferencia de las unidades funcionales. Además habría impuesto a la parte compradora la designación de un escribano para la afectación al régimen de pre horizontalidad y para realizar las escrituras públicas traslativas de dominio, desconociendo la vigencia de la normativa que faculta al comprador a elegir el profesional interviniente.

También resultaría abusiva la redacción de las cláusulas 20, 21 y 23 del contrato pues importa una renuncia de la parte compradora a ejercer sus legítimos derechos (se obliga a renunciar a alegar imprevisión, renuncia a formular colisión con lo prescripto por el art. 37 inc. b) de la Ley 24.240”.

Se le otorgó un plazo de cinco días para que presente descargo que haga a su derecho, y requerida en el domicilio donde antes había recibido la notificación, en Leloir 250 (fs. 90) y luego por edictos (fs. 94/95), no formuló presentación alguna, derivando que se le aplique una sanción de multa por Resolución N° 171/03 DGIyC, en su condición de “titular actual del emprendimiento inmobiliario” (fs. 102/103), noticiada por idéntico medio (edictos fs. 108), que no fuera recurrida.-

Que a su vez, DEVECO S.A. acompaña convenio celebrado con PLUVIUM S.A. (fs. 211/213), por el que la primera le vende a la segunda la totalidad del emprendimiento Constructivo Lofts del Campus, comprensivo de:

a) Los inmuebles donde se desarrollará, ubicados en la Avda. Leloir entre Santa Fe y Maestros neuquinos de Neuquén, concretamente, los lotes 6, 7 y 8 de la manzana C 1, CHACRA 134 de 371,58m2 cada uno.



b) El proyecto constructivo del Arquitecto Ernesto Marino Mat. 827 C.A., con registro definitivo de la Municipalidad del Expediente 057-D-99 del 01.06.1999 para construir 128 lofts dispuestos en 8 plantas de 16 unidades, 56 cocheras y 28 bodegas, con superficie cubierta de 8.914,78 m<sup>2</sup>,  
c) La documentación referida a planos, pliegos de especificaciones técnicas.

d) Las obras de construcción realizadas sobre dicho inmueble y con el avance registrado a la fecha de posesión como los materiales, instalaciones, equipos y herramientas que se encuentran en la obra según inventario.

Que por la cláusula 6º Pluvium S.A. asume los derechos y obligaciones emergentes de los acuerdos de preventa suscriptos inicialmente entre DEVECO y los compradores cuyo detalle se adjuntan por separado y forma parte del presente convenio. Asimismo se conviene entre las partes el replazo o cesión de los documentos actuales en poder de los compradores de las unidades del emprendimiento para adecuarlo a los requerimientos que oportunamente se establezcan con motivo del desarrollo del mismo y los lineamientos que se fijen conjuntamente con el ente financiero del proyecto. Se establece un plazo de un (1) año para que se produzcan los replazos, resoluciones, revocaciones o cualquier otra situación con relación a la documentación que a la fecha se encuentra en poder de los compradores (fs. 211/212).

Agrega que “El objetivo principal de la negociación es que Pluvium concrete la realización del Emprendimiento Lofts del Campus en su aspecto constructivo y financiero para proceder a la entrega de las unidades comprometidas en el proyecto, deslindando Deveco SA. toda responsabilidad emergente de cualquier índole desde la fecha del presente”

B.- Que atendiendo al plexo descripto, el vínculo que unió a las partes constituyó una relación de consumo al presentarse los actores como destinatarios finales de la provisión de una cosa, constituida por un inmueble nuevo, y del servicio financiero para cancelar parte de su precio, expresión que alcanza a todas las circunstancias que rodean o se vinculan a una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (Farina, Juan M. "Defensa del consumidor y del usuario", p. 45, Astrea, 2008, Bs As; Lorenzetti, Ricardo, Luis "Consumidores", pág 82 y ss, Rubinzal-Culzoni, 2009, Cám. Apel. Civ. y Com. II, Mar del Plata, causa nro. 140792, RSD 4/11/2008; Rivera, "Interpretación del Derecho Comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo", publicado en La Ley 1998-C-518).

La documental reseñada acredita que por la difusión pública y folletería facilitada por la inmobiliaria, acceden a un negocio dirigido a adquirir un inmueble nuevo y su financiación, que reúne los presupuestos definidos por la Ley de Defensa del Consumidor 24240, que regula toda actividad que tenga por destino final el consumo y es de orden público.

Así, su art. 1º describe su objeto “la defensa de los consumidores o usuarios” describiendo indistintamente como “consumidores o usuarios” a “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social”, aplicable a los supuestos “... de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construir las o de inmuebles nuevos destinados a vivienda,...”, definiendo en su reglamentación que “Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado”, casos en que “...se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados” (es decir, un proyecto arquitectónico) (artículo 1 -incisos b) y c)- de su D.R. 1798/94).

También define qué se entiende por proveedor, como “... la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley” (art. 2º, Ley 24.240), estableciendo que a ellos les incumbe cumplimentar los deberes de información y asumir la responsabilidad por la comercialización por cosas riesgosas, como por ejemplo una vivienda nueva (art. 2º a 6º, y art. 1º del Dec. 1798/94).

El art. 3º prescribe que las disposiciones de la ley “se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.082 de Lealtad Comercial” y que “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor” imponiendo a los que “produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios” el deber de suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.

C.- Que muy alejado de la apariencia que los accionados despliegan sobre los alcances de su responsabilidad contractual, se ha acreditado por una parte, que la inmobiliaria fue la encargada de la comercialización de las unidades funcionales que se construirían en los inmuebles sitios en la Avda. Leloir, utilizando a tal fin la misma sede de la empresa que construía el emprendimiento constructivo (Avda. Leloir y Santa Fe), conforme la documentación preimpresa que contiene la marca comercializada (“LOFTS del CAMPUS “fs. 77).

También se demostró que percibió las sumas pagadas por los actores (fs. 6/20), extremo no controvertido porque si bien se ofreció prueba pericial contable para corroborarlo, la misma se vio frustrada por la inexistencia de libros los que no fueron aportados al serle requeridos por el experto (fs. 357).

De no menor importancia, además, si la perseguida se vio impedida de demostrar su principal argumento de defensa, cual era que había





entregado dichas sumas a la constructora, aún cuando ello pudo concretarlo mediante la misma prueba sobre los libros de la última, aunque esto último tampoco lo propuso.

En segundo lugar, también se acreditó que la empresa Geprin S.A. fue la continuadora y beneficiaria del emprendimiento constructivo que incluía a las unidades funcionales que pretendieron adquirir los actores, y en tal sentido, admitió a fs. 156 y vta. que:

-Es “la adquirente del emprendimiento pero únicamente para desarrollar la construcción del mismo, como actividad principal que desarrolla”

-Es una empresa dedicada a la construcción que se “encargó la continuación del emprendimiento a efectos de realizar la construcción de los lofts únicamente”

-Los actores “omitieron acercarse a las oficinas destinadas a efectos de manifestar su voluntad de continuar o no con el emprendimiento”.

-Desconoce si los actores se desvincularon o rescindieron con INECOS, porque “perdió contacto con los actores”.

Que también acompaña el contrato de venta del 31.10.2000 por los que adquiere los inmuebles involucrados en el emprendimiento, y afirma que “sobre ellos construyó el emprendimiento constructivo”, y que por dicha transferencia “se invitó a los promitentes compradores del anterior propietario a que se acercaran a negociar con PROCREAR S.A.” que era la encargada de “la negociación con los actores y otros posibles adquirentes, y luego con la venta del emprendimiento, a manifestar su voluntad de continuar o no la relación comercial con la empresa adquirente, vale decir, con GEPRIN SA., como constructora y fundamentalmente con el Banco Río S.A.” (fs. 147).

Se acreditó también que accede a la titularidad de los inmuebles, del proyecto aprobado por la municipalidad como emprendimiento u obra a realizarse en aquellos e incluso utiliza la misma sede para funcionar, y su antecesor es una empresa que fue cesionaria de la que contrataron con los actores, cuyo contrato incluía: proyecto edilicio aprobado, construcción, comercialización, financiamiento, incluido en ello, los derechos y obligaciones que se habían generado frente a terceros (fs. 211/214).

Sobre ello, nunca se informó a los actores, y prueba de ello es que se rehusaron las intimaciones cursadas donde tenían su sede (fs. 41/43), y no menos la inverosímil negativa que se ensaya al responder la demanda, cuando Geprin S.A. es la que acompaña.

Ciertamente resulta contradictoria la conducta procesal asumida, porque mientras denuncia que los actores nunca se presentaron a manifestar su intención de continuar con la adquisición o negociación de la propiedad (fs. 156vta), se demostró que en la sede social que ocupaban en Avda. Leloir N° 250 rehusaron las intimaciones cursadas (fs. 41/43), y no menos inverosímil haber desconocido la documental acompañada por aquellos que fuera emitida y entregada por la entidad financiera (fs. 54/58-154).

A su vez consintió sin descargo alguno la imputación y multa que se le aplicara en sede administrativa.

A la vez, resulta de su propia confesión y reconocimiento de que estaba obligada ante los promitentes que habían contratado con la anterior empresa, a partir de su afirmación de que había perdido contacto con los actores y que éstos no se habían presentado para continuar la negociación (fs. 156vta).

Más aún, si para liberarse invoca la existencia de otra empresa “la firma PROCREAR S.A.” que “siempre se ocupó de las relaciones comerciales con los promitentes compradores” y que era la “originante de créditos”, admitiendo a su cargo la obligación de proveer la financiación del precio; y aun así, siquiera se preocupó por citarla al proceso, no resultando indicio no menor que la única información de ésta agregada a la causa es acerca de su situación de quiebra (fs. 338/339).

En conclusión, se acreditó que las demandadas, constructora del emprendimiento e inmobiliaria comercializadora del mismo, se integraron en la relación de consumo en lo que constituía su principal actividad, de tal forma de potenciar sus intereses económicos, llegando a coincidir con la misma sede a tal fin, extremos que justifican el deber de responder en forma objetiva y solidariamente por lo reclamado.

También que contaban con información sobre existencia de relaciones con compradores en preventas de unidades funcionales como los actores; y en particular, antes de la rescisión comunicada el 18.07.2001 (fs. 45) la constructora había asumido tales obligaciones conforme contrato del 31.10.2000 (fs. 147), y no acreditaron que le fueran ajenas aquellas generadas a partir de la inicial promoción del emprendimiento cuya finalidad era comercializar los bienes a construirse y su financiación; y las sucesivas cesiones hacían innecesario rubricar un nuevo acuerdo, si lo único pendiente era que se cumpliera con la obra para disponer la rúbrica de la escritura y entrega de la posesión.

Ambas habían adquirido y asumido la rentabilidad derivada del negocio de construcción de la totalidad del emprendimiento y su financiación, percibiendo pagos de los actores, sobre los que no se demostró su efectivo destino más allá de haber ingresado a la inmobiliaria, y sin prueba que pudieran aplicarlo a otro fin.

En definitiva, la responsabilidad por los incumplimientos deriva de su integración a una cadena de producción de bienes y su comercialización, que se generó y difundió a través de una marca que se hizo pública, y no cabe otra interpretación de que los precontratos celebrados por los actores, resultan conexos a los celebrados por las demandadas para concretar el emprendimiento, los que a pesar de su autonomía se encuentran vinculados entre sí por una finalidad económica común, previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido (arts. 1, 2, 3, 4 L.D.C.).

III.- Zanjada la cuestión de la responsabilidad por el incumplimiento contractual de las accionadas, procede abordar en primer término el reclamo por la restitución de los montos abonados por U\$S14.525 y sus intereses, cabe citar que el art. 10 bis de la L.D.C. contempla que para el supuesto





de que el proveedor incumpla la oferta o del contrato, el consumidor queda facultado, a rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado (inc. c) (Artículo incorporado por el art. 2º de la Ley N° 24.787 B.O. 2/4/1997), exceptuando tal atribución y liberando al primero de responsabilidad, si se demuestra un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

El art. 36 de la L.D.C. es taxativo cuando exige para las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo que se consigne de modo claro el precio al contado, la tasa de interés efectiva anual, el total de los intereses a pagar o el costo financiero total, el sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses, la cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar, y de suma relevancia en el caso, que: “La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado”.

En el mismo sentido se preveía el reintegro en el presupuesto original y los convenios de Preventa (Cláusula Novena fs. 64vta y 72/73).

Que los actores acreditaron que en la fecha comprometida el bien inmueble no había sido construido, mientras no resulta antecedente alguno que exima de tal omisión a las accionadas, las que tampoco acreditaron que las sumas aportadas tuvieran otra afectación o no se integraran a recursos propios.

En relación al servicio financiero ofrecido, además de los sucesivos cambios de entidad bancaria, también se comprobaron incumplimientos vinculados con el contenido de los acuerdos, que fueron objeto de sanción por el organismo administrativo; y a su respecto, cabe recordar que caracterizados como “predispuestos” en forma unilateral por las accionadas, los actores habían quedado sujetos a condiciones y pautas que no fueron el resultado de una negociación.

Así, mientras el presupuesto de fs. 77 fijaba el precio total, resulta que los sucesivos acuerdos de preventa instrumentados por separado, se incluían gastos administrativos y honorarios que incrementaban aquel en al menos el 2%; tampoco se consignaba la tasa de interés que debían pagar por la financiación bancaria, ni se discriminaba el IVA.

Tales antecedentes son suficientes para legitimar la decisión de rescindir comunicada por los actores, y la procedencia de la devolución de lo abonado constituye mera aplicación de la ley y lo acordado.

Que resulta acreditado con el Convenio de Preventa fechado el 08.09.1998 el pago de los actores por U\$S 4662,00 (Cláusula Tercera - fs. 62vta); el realizado en el mismo acto de celebración del Convenio de Preventa del 08.10.1998, por el que se entregó U\$S2.143,00 (Cláusula Tercera - fs. 69); y finalmente la integración de 15 cuotas iguales de U\$S 229 (fs. 6/20), que suman U\$S 3.435, y hacen un total de U\$S 10.240,00.

Ello así porque constituyendo carga del demandado reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda y la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen, y a su respecto las demandadas no han cumplido lo que era su obligación, es decir, exteriorizar su posición en forma clara y precisa, resultando insuficiente a tal fin la negativa genérica que se limitaron a formular (fs. 95 - 153/154); a tenor, entonces, del propio inc. 1º del art. 356 del CPCyC, procede tener por reconocidos las circunstancias y los instrumentos consistentes en los convenios de preventa, el presupuesto y los pagos citados en el párrafo anterior.

Que por lo expuesto, se habrá de condenar a las accionadas a abonar a los actores la suma de U\$S10.240, monto al que, convertido en pesos conforme lo estipulado en la Ley 25561 y art. 8 del Decreto 214/2002, se le adicionará el ajuste por el Coeficiente de Estabilización de Referencia tomando como punto de partida la intimación extrajudicial de fecha 24-07-2001 (fs. 41/43), desde la que también devengará intereses que se calcularán a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén hasta el 31.12.2007, y a la activa de la misma entidad hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06).

IV.- Que en relación a la indemnización del daño moral pretendida por los actores, resulta que en el capítulo RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, la ley establece que “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.” Y que “La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena” (Art. 40 incorporado por el art. 4º de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998).

A su vez, el art. 37 contempla que “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial” y tiene por no convenientes aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (a), las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (b); las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (c), y que en caso de “dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

Que en relación a la procedencia del daño moral como derivación de un incumplimiento contractual, estimo relevante atender a la jerarquización constitucional que la Corte Nacional le otorgó al derecho a la reparación en la causa “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Accidente ley 9688” (A.2652 XXXVIII- RECURSO DE HECHO- Sent. 21/09/2004), cuando dicta que “la tutela de la dignidad humana, se



resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a las normas que sólo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria“, y una de ellas es cargar al daño moral de origen contractual con exigencias y requisitos que la Ley no contiene, y que derivan de viejos conceptos anteriores a la reforma del art. 1078 en el año 1968”, habilitando dejar de lado aquellos criterios que imponían una apreciación restrictivos para su evaluación y prueba, interpretación que coincide con lo sostenido por Matilde Zavala de González respecto a que: “la indemnización por daño moral no depende del ámbito en que se verifica el perjuicio”, sino que está supeditada únicamente a la existencia de daño moral, porque ha sido probado, o porque puede presumirse conforme a las circunstancias del caso.” (“¿Cuánto por daño moral?” Edit. Hamurabbi, Bs. As. 2005, p. 160).

Que en el caso, el resarcimiento por daño moral, reconoce la existencia de una acción vinculada con haber constatado el incumplimiento de una obligación previamente asumida, y aquel debe ser abordado al amparo de los mismos principios constitucionales y no de manera más gravosa que el daño material, atento a que lo comprometido es la dignidad de la persona humana.

Denunciada la pluralidad de padecimientos experimentados, por no poder concretar la propiedad de un inmueble que legítimamente habían contratado, y privados de gozar de su usufructo, con efectos sobre los estados de espíritu, ciertamente se ha acreditado su afectación, por la incertidumbre generada por el incumplimiento de la obra transcurridos más de 2 años de contratada y luego de haber dispuesto de aproximadamente el 25% del precio total del bien, e ignorando sobre el destino de su aporte.

Y a la decepción y angustia, se sumó la incomodidad de tener que recurrir primero a reclamos extrajudiciales, luego a sucesivas audiencias en sede administrativa, observando el transcurso del tiempo sin que sus intereses fueran debidamente gestionados; más aún, pusieron en evidencia que se habían impuesto y pretendido imponer cláusulas abusivas, y que burlaban la buena fe, la seguridad e información.

Que si bien la responsabilidad de las accionadas sólo resultaría eximida por la acreditación de la ajenidad de la causa del daño, lo cierto es que se han exteriorizado actos que indican conductas negligentes sin las cuales no se hubiera podido verificar los incumplimientos contractuales, la retención de fondos y tener que transcurrir diversas vías para obtener el reconocimiento del derecho, y otro hubiera sido el resultado de haberse alcanzado un standar objetivo que se les imponía conforme su profesionalidad y las circunstancias vinculadas con la modalidad contractual utilizada, y su deber de informar (arts. 506, 507, 511, 512, 519 a 522, 901, 902, 904, y 1109 del C.Civil).

Conforme los antecedentes expuestos, y dadas las circunstancias personales que se conectan causalmente con las inconductas de las accionadas, permiten concluir en la afección espiritual sufrida por los actores, con lo que se configura el daño moral pretendido (art. 1078 C.Civil).

Que indudablemente es dificultoso mensurar económicamente el perjuicio moral sufrido y ningún monto será adecuada compensación; pero es deber de los jueces buscar el equilibrio y fijar con prudencia el correspondiente resarcimiento. El dinero tiene un valor compensatorio que permite a la víctima algunas satisfacciones que son un equivalente o sucedáneo del daño sufrido.

Pero no puede dejar de considerarse que ese derecho de la víctima no puede traducirse en un beneficio que no guarde relación con la subsistencia del perjuicio o con la reparación de otros daños.

La jurisprudencia ha sostenido en este sentido que: “El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniarias. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que 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 Sarsfield en la nota al art. 499 Del C. C.), contraria al principio de la razón natural. Entiendo que en la determinación del 'quantum' indemnizatorio los jueces de grado deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto. Con relación a la cuantificación del daño moral considero que siempre es difícil trasladar al dinero al daño extrapatrimonial, para hacerlo es útil tener en cuenta las reglas determinadas por Mosset Iturraspe, Jorge en "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", LL 1994 - a - 729. Entre ellas la más importante consiste en diferenciar según la gravedad del daño y tener en cuenta las peculiaridades del caso. En orden a diferenciar según la gravedad del daño, hay que tener en cuenta el daño real sufrido por la víctima.” (Autos: Veron Raul Felix c/ Estado Nacional Ministerio de Defensa Ejercito Argentino s/ daños y perjuicios. Sala 3. Dra. Graciela Medina - Dr. Guillermo Alberto- Dr. Ricardo Gustavo. 18/02/2005 Nro. Sent.: 9.573/00. Nro. Exp.: 9.573/00. Tipo de sentencia: definitiva-LDT).

Luego, cabe destacar que mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711 admitió reparar la afectación de la esfera espiritual de la persona, el nuevo art. 1741 CCyC previó de manera más amplia la “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales”, legitimando a título personal al damnificado directo y finalmente al dirigirse al aspecto cuantitativo: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Que el daño moral ahora receptado en el nuevo art. 1741, bajo la denominación de “no patrimonial”, equivalente al “extrapatrimonial”, tampoco ha sido definido en la norma, mas si se han fijado pautas para cuantificarlo.



Que en su análisis y cuantificación resultan relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar su entidad supone una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto de naturaleza objetiva como subjetivas, pudiéndose enunciar entre las primeras las relativas al hecho mismo (sufrimiento físico y psíquico en el momento del suceso), a la curación y convalecencia (el dolor de la etapa terapéutica), y secuelas permanentes (lesión estética); sin descuidar las segundas que hacen a la particular personalidad del sujeto, conforme sexo, edad, etc. La prueba específica operará normalmente por vía de presunciones judiciales y hominis, es decir, por inferencia efectuada a partir de otros elementos, atento la imposibilidad de mensurar este daño de la misma forma material, perceptible a los sentidos que en el daño patrimonial.

Por ello, cuando se dice que este daño no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen un medio probatorio indirecto. Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

Que en tanto tal cuantificación constituye una “consecuencia de la relación jurídica” que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC –conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

“Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: “No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). “Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCBBA)” Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que “el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: “A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art. 7º, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación”. De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine.” Jalil sostiene que “el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza”; la palabra “modo” no es aquí del todo clara pues luego afirma: “cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad.

La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado su funciones reparatoria.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado “precio del consuelo” que procura “la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias”; se trata “de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado”, de permitirle “acceder a gratificaciones viables”, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales”.

Agregó el Alto Tribunal que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido... El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es



igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida".

En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual -Jorge Mario Galdós- <http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf>).

Por lo expuesto estimo ajustado fijar el monto de la condena a la suma de \$8.000,00 a favor de cada uno de los actores por el daño no patrimonial, que les permitirá obtener una satisfacción substitutiva y compensatoria del padecimiento que podrá aplicar a la realización de un viaje de esparcimiento por quince días para superar la decepción sufrida, o la obtención de bienes que los gratifiquen y mejoren la realización de actividades habituales, o en su caso, la adecuación de su actual situación habitacional.

A dicho el monto se adicionarán intereses desde la fecha de la intimación concretada el 24.07.2001 hasta el 31.12.2007 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén, y a la activa de la misma entidad hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la última hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06).

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio se revoque el fallo recurrido, según los considerados supra, y haciendo lugar a la demanda, condenar a las accionadas a pagarle a los actores la suma de U\$S10.240 y \$16.000,00 fijando el ajuste por CER y aplicación de intereses para los primeros, y solo los accesorios para el último monto, con costas en ambas instancia a cargo de la demandada (art. 68 CPCyC), todo ello con ajuste lo establecido en los respectivos considerandos.

VI.- Que conforme a lo decidido, las costas se impondrán en ambas instancias a cargo de las demandadas perdidosas (art. 68 del CPCyC) debiéndose dejar sin efecto la anterior regulación de honorarios, y cumplir una nueva conforme el resultado que arroje la planilla que se practique en el juzgado de origen, a cuyo fin se establece en el 18% para los letrados de los actores –en conjunto- y el 8% para la apoderada aquellos, y para los de la demandada el 70% de aquel porcentaje, mas el 40%. Asimismo, se establece el 4% para los peritos contador y calígrafo. Los de Alzada para los letrados de los accionantes el equivalente al 30 % y el 25% para los letrados de la parte demandada (arts. 6, 7, 9, 10, 37 y 15 L.A.).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 501/505 vta., y en consecuencia, hacer lugar a la demanda, condenando a las accionadas a pagarle a los actores la suma de DOLARES DIEZ MIL DOSCIENTOS CUARENTA (U\$S10.240) y PESOS DIECISEIS MIL (\$16.000), fijando el ajuste por CER y aplicación de intereses para los primeros, y solo los accesorios para el último monto, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancia a cargo de la demandada (art. 68 CPCyC).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), conforme el resultado que arroje la planilla que se practique en el juzgado de origen, se establecen en el 18% para los letrados de los actores –en conjunto- y el 8% para la apoderada aquellos, y para los de la demandada el 70% de aquel porcentaje, mas el 40%. Asimismo, se establece el 4% para los peritos contador y calígrafo.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada para los letrados de los accionantes el equivalente al 30 % y el 25% para los letrados de la parte demandada (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](#)



"MARIN ARTURO C/ HALCAK ENRIQUE S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 500999/2013) – Sentencia: 229/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. PRESUNCION DE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. TRABAJO AUTONOMO.

Cabe confirmar la sentencia que desestimó el despido indirecto en que se colocó el trabajador, al entender que no concurren en el caso los presupuestos del art. 23 de la LCT, porque tanto las declaraciones testimoniales, como lo informado por el organismo tributario y una empresa, coinciden en que el actor se desempeñaba con máquinas propias y del demandado, pero por cuenta propia, como empresario con asunción de sus propios riesgos, sin que se acercaran elementos de convicción respecto a que se haya desempeñado con algún grado de subordinación ni que permitan presumir la existencia de relación laboral y consecuente contrato de trabajo. Ello así, el demandado pudo demostrar que fue de la principal actividad del actor su desarrollo a través de contratos con terceros con los que se vinculaba directamente, autonomía cuya exteriorización no fue desvirtuada por la circunstancia que el demandado proveyera alguna de las maquinarias utilizadas en las obras.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARIN ARTURO C/ HALCAK ENRIQUE S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. N° 500999/2013), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- A fs. 125/126 vta. el actor interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia del 30.05.2016 que rechazó íntegramente la acción (fs. 119/122); pide se la revoque, y se haga lugar a la demanda, con costas.

Cuestiona que la sentenciante, a pesar de reconocer que el demandado es el dueño de las herramientas, considere que se las prestaba y no lo explica, y que el hecho de percibir un porcentaje de lo que producían dichas cosas, disuelve o elimina cualquier tipo de subordinación o vínculo laboral, lo cual es un absurdo y viola la LCT y principalmente su art. 23.

Destaca que la decisión no atiende ni considera, que su parte ponía la cara, no porque fuera el dueño, sino porque el demandado no podía figurar ya que estaba inhibido como consecuencia de la quiebra de una empresa en la que el actor era empleado; que la figura de pagar un porcentaje no es otra cosa que una figura que tiende a ocultar un vínculo laboral, prolongado en el tiempo que es considerado fraude a la ley laboral, siendo el principio de la realidad el que debe imperar; que el demandado no ha demostrado de manera alguna que la relación fuera como lo sostiene la sentencia, que lo castiga, cuando la LCT establece lo contrario; que resulta aplicable el principio más favorable previsto en el art. 9 de la ley 20.744; que los testigos coinciden en que trabajaba desde 2001 con las maquinarias, y que algunos saben que eran de propiedad del demandado, quien no acompaña recibo ni documentación que demuestre que pagaba un porcentaje, como un contrato de locación, sociedad, y no un sueldo.

Que la prestación de servicios por más de 10 años fue acreditada y de ello se presume la relación laboral conforme el art. 23 de la LCT, conforme los testimonios por los que su parte era el encargado de las máquinas del demandado, que fueron contratadas por diferentes empresas para realizar obras, que se ocupaba de la reparación y mantención, como lo requería aquel.

Que se demostró que fue utilizado con una figura (monotributo), para disfrazar la relación laboral, y que en el derecho laboral existen principios procesales y una ley especial que protegen a la parte más débil, y en materia probatoria no se consideró lo previsto en el art. 9 de la LCT, por la que en caso de duda en la interpretación o alcance de la ley o en la apreciación de la prueba, se decidirá en el sentido más favorable al trabajador,





cuando su parte era la cara visible y el encargado sin registrar de la empresa, también sin registrar del demandado, transcurriendo más de 14 años de una estructura en negro para evitar pagar impuestos.

Sustanciado el recurso (fs. 128), la contraria no responde.

II.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios del actor, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", Tº I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Partiendo de la sentencia de grado, resulta que, imponiendo las costas al actor vencido, desestimó la demanda entablada por reconocimiento del vínculo laboral, haberes e indemnizaciones derivadas del despido indirecto, con fundamento en no concurrir en el caso los presupuestos del art. 23 de la LCT, porque tanto las declaraciones testimoniales, como lo informado por el organismo tributario y una empresa, coinciden en que el actor se desempeñaba con máquinas propias y del demandado, pero por cuenta propia, como empresario con asunción de sus propios riesgos, sin que se acercaran elementos de convicción respecto a que se haya desempeñado con algún grado de subordinación ni que permitan presumir la existencia de relación laboral y consecuente contrato de trabajo.

Que el artículo 23 LCT prescribe que "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio" (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 de la Const. Prov.; 21 y ss. de la L.C.T.; y 377 y 386 del C.P.C.C.); esta regla establece una presunción "iuris tantum" a partir de la demostración cierta de la prestación de servicios, cuya existencia hace presumir que también existe contrato de trabajo, y para desvirtuarlo la denunciada debe probar que la actividad la desarrolla bajo una estructura empresarial.

Que el artículo 386 del Código Procesal le permite al juez formar su convicción en relación a la apreciación de la prueba sobre la base de las reglas de la sana crítica, y por las que no debe de expresar en la resolución la valoración de todas las producidas, sino sólo de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Sabido es que las reglas de la sana crítica conforman un sistema que concede al Juez la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia (Roland Arazi, "La prueba en el proceso civil, Ed. La Rocca, 1991, pág. 102 y sgts.); además, la sana crítica resulta un complejo estimativo que no corresponde ni se confina a una lógica rigurosa o absoluta; más bien, con flexibilidad y captación realista de la penetración en el análisis psicológico de las declaraciones de las partes, se vale de los testigos y las explicaciones de los peritos, insertándolas en un cuadro más amplio, que se abastece en la totalidad de las circunstancias que son pertinentes (Cfr. Augusto M. Morello, "La Prueba", Ed. Abeledo Perrot, 1991, pág. 114).

Siguiendo tales reglas en el análisis de las declaraciones testimoniales, resulta que coinciden en haber visto al actor ocupándose de actividades vinculadas al movimiento de suelo, en las que utilizaba maquinarias específicas y camiones volcadores (Sanchez - fs. 70, Mora Parada - fs. 71, Beltrán - fs. 73, (Zaletto - fs. 74, (Fernández - fs. 75, Barros - fs. 76), mientras que el demandado admite ser propietario de alguna de dichas máquinas: una pala cargadora, una retroexcavadora y una retro pala (fs. 25).

Ante esta evidenciada era a cargo del demandado acreditar que las prestaciones habían sido cumplidas bajo circunstancias que calificaban al actor de empresario.

De todas formas, y como punto de partida, resulta de la prueba colectada que las partes desarrollaron actos y conductas consecutivas y regulares que se mantuvieron inalterables sin que se haya aportado información acerca de discrepancias, sanciones o incumplimientos a lo largo de todo ese período, hasta que el actor formula su reclamo de índole laboral.

Y en función de investigar y desentrañar los hechos para determinar a qué especie de las relaciones resulta afín, los testigos admiten haber contratado con el actor para: brindarle mantenimiento a las máquinas y haber percibido de él precio del arreglo (Sanchez - fs. 70, Fernández -fs. 75); proveerle el servicio de un camión percibiendo pagos de un tercero, y que le permitió observar que las tareas las desarrollaba con personas a las que califica de "empleados" del reclamante (Mora Parada - fs. 71); darle en alquiler una máquina para zanjear, que era conducida por una persona al que le pagaba el reclamante (Beltrán - fs. 73); recibir una maquinaria y abonarle el precio del alquiler (Zaletto, fs. 74); como empleado, para manejar una máquina y de quien percibía los pagos (Barros - fs. 76).

Que por ello, la contratación que invoca el demandado respecto a su aporte de bienes para que el actor desarrolle las actividades descriptas no implica por sí misma una actuación en fraude a ley o abusiva, máxime si la prueba colectada no evidencia que se la haya impuesto o que se haya visto obligada a aceptar para conservar el empleo, ni que el primero diera directivas o controlara la actividad del segundo en la concreción de las obras o trabajos a favor de terceros.





Asimismo, en relación a la organización y gestión empresarial propia, en la que resulta decisiva la provisión de todos los factores, aquel por el que decidía la contratación y remoción del personal también se corresponde con lo informado por los testigos, y en particular lo declarado por el empleado contratado para desarrollar las tareas, y con la registración tributaria personal en actividades como cuentapropista (fs. 96).

Que a tenor del marco fáctico y jurídico expuesto, y en orden al análisis que imponen los agravios introducidos, resulta ajustado concluir como lo hizo el juez de grado, en que el demandado pudo demostrar que fue de la principal actividad del actor su desarrollo a través de contratos con terceros con los que se vinculaba directamente, autonomía cuya exteriorización no fue desvirtuada por la circunstancia que el demandado proveyera alguna de las maquinarias utilizadas en las obras.

Tampoco existe prueba que señale que a la actora se le hayan impartido órdenes o instrucciones, o que se le hayan impuesto exigencias; por el contrario, los actos vinculados con la actividad y, en su caso, la eventual limitación de su libertad, siempre estuvo enderezado a su directo interés del negocio que gestionaba en beneficio propio.

Que en definitiva, la crítica introducida no resulta suficiente para tachar a la sentencia de grado por apartamiento de la ley y arbitrariedad, ni altera su razonamiento, cuando concluyó que el vínculo entre las partes respondió a una contratación que no tipifica el contrato de trabajo por ausencia de subordinación jurídica, económica y técnica, máxime si se atiende que el demandante concretaba la actividad a través de otras personas por él designadas, desplazando la caracterización de *intuitu personae*, y en tanto sólo reedita su postulado inicial, insistiendo en la ejecución de diversas tareas, cuando éstas por sí solas no autorizan a tener por probada la existencia de una relación laboral, aún analizando los hechos al amparo de la previsión del art. 9 de la LCT.

III.- Conforme todo lo expuesto, se habrá de rechazar el recurso de apelación del actor, y procedente confirmar el pronunciamiento de grado, con expresa imposición en costas a su cargo en su calidad de vencido (arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC), regulándose los honorarios de conformidad con el art. 15 Ley 1594.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 119/122, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al actor vencido (art. 17 Ley 921).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"PEREZ MANUEL EDUARDO C/ STEKLI SARITA SENOBIA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419104/2010) – Sentencia: 234/16 – Fecha: 27/12/2016

**DERECHO DEL TRABAJO:** Contrato de trabajo.

**CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. ENCUADRAMIENTO DIFERENCIADO. DIFERENCIAS SALARIALES. INTIMACION FEHACIENTE. PRESUNCION. PLAZO.**

- 1.- El art. 57 de la LCT crea una presunción a favor del trabajador cuando frente a su intimación fehaciente, el empleador no la conteste en un plazo razonable, que dicha norma lo fija en un plazo no menor de dos días hábiles. Ese plazo de dos días no es un plazo fatal, sino un plazo mínimo que debe ser



apreciado de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso. Ello implica que aunque el empleador haya contestado pasados esos dos días, tal circunstancia no implica silencio, si dentro del contexto cómo han ocurrido los hechos éste ha contestado la intimación dentro de un plazo razonable. En el caso particular de autos, la falta de contestación en término, que esgrime el actor a los fines de justificar el despido indirecto y con ello hacer aplicación de la presunción que la propia norma establece, no resulta ser un hecho de suma trascendencia, pues teniendo en cuenta la contestación efectuada por la empleadora, ésta rechaza la pretensión de encuadramiento diferenciado que reclama el trabajador, como así el pago de las diferencias.

2.- En el presente caso la pretensión del actor no tiene sustento normativo ni fáctico que lo avale para encuadrar su actividad en el Convenio N° 40/89 [de la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios], toda vez que -pese a la amplitud subjetiva contemplada en el mismo- en la especie la actividad principal de la empleadora y principalmente las tareas realizadas por el trabajador no se circunscriben al transporte de personas o cosas, sino a la elaboración y transporte de hormigón respecto de lo cual el traslado conforma un quehacer complementario a los fines de su comercialización. En tal sentido, resulta de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción N° 76/75. De allí que, la actividad de transporte y colocación de hormigón está dentro de las actividades contempladas en el art. 21 y 22 del Convenio Colectivo N° 76/75, por lo que no resulta procedente encuadrar la actividad del actor en la categoría de Auxiliar Especializado B del CC T 130/75 de empleados de comercio, como lo entiende el a quo. Máxime si se tiene en cuenta que esto ha quedado ratificado, en función de que dentro del ámbito de la UOCRA, se celebró el Convenio Colectivo N° 445/06 de Hormigón Elaborado.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de Diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PEREZ MANUEL EDUARDO C/ STEKLI SARITA SENOBIA S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN” (Expte. N° 419104/2010) 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.- La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 340/349) rechazó la demanda interpuesta por el señor Manuel E. Pérez contra Sarita Senobia STEKLI; pero sin embargo la condenó a presentar el certificado del art. 80 LCT y el certificado de cesación de servicios (art. 12 Ley 24.241), bajo apercibimiento de aplicarle \$200 diarios de astreintes a favor del actor, en caso de incumplimiento. Las costas fueron impuestas en un 60% al actor y en un 40% a cargo de la demandada.

En dicha sentencia se consideró que el accionante debía estar encuadrado en la categoría de “Auxiliar Especializado B” del CCT 130/75.

Esa sentencia es recurrida por la parte demandada a fs. 356/359 vta., y por el accionante a fs. 360/365 y vta.

A fs. 353/354 el perito contador ..., apela sus honorarios por bajos.

II.- a) Agravios del actor

Sostiene que en la sentencia se ha efectuado una errónea interpretación del art. 57 de la LCT, para desestimar el despido indirecto de su parte. Explica que el señor Pérez el día 23/03/2010 envía telegrama a la demandada, el que es recibido el día jueves 25 de marzo de 2010, a las 8:56 hs., por tal motivo entiende que es evidente que el plazo de 48 hs. que tenía la empleadora -al menos para dar respuesta al mismo- comienza en realidad a correr desde las 0:00 horas del día viernes 26 de marzo de 2010, expirando a las 24 horas del día sábado 27 de marzo de 2010.

Interpreta, que al haber recibido la respuesta de la empleadora el 30/03/2010, es válido el despido indirecto de fecha 29 de marzo de 2010, en que se coloca su poderdante.

Argumenta, que de ninguna manera resultó apresurado el despido ya que esperó el plazo determinado por la norma, sin haber recibido respuesta



de su empleadora, y siendo que el plazo que deja pasar es razonable cae por tierra la conclusión a la que se arriba en la sentencia al considerar como una posible torpeza la de su mandante al enviar el telegrama en la fecha en la que lo hace.

Afirma, que el a quo omite considerar que toda comunicación tiene en realidad un efecto de carácter recepticio. Es decir, que una vez que llega la comunicación a la esfera de conocimiento surte todo los efectos, y no el día en que imposita la pieza postal en las oficinas del Correo, tal como pareciera entenderlo el juez de grado.

Aduce, que cuando el art. 57 de la LCT hace referencia a día hábil, tal expresión no se refiere a día hábil procesal -como erróneamente se interpreta en la sentencia- sino a día laboral en la empresa. Por ello, afirma que debe hacerse lugar al despido indirecto.

En segundo lugar, considera erróneo el encuadre convencional que efectúa el juez, al establecer que el convenio colectivo de aplicación no es otro que el de comercio CCT 75/76, ya que las actividades desplegadas por su mandante se asemejan o se ajustan más a las actividades de la venta y distribución de hormigón elaborado y no a la actividad que estatuye la norma de la Ley N° 22.250 o el CCT 75/76 -como lo pretende la accionada- o bien la de camioneros CCT 40/89 como considera su parte.

Controvierte que el juez haya considerado que en definitiva sea la actividad principal que desarrolla la demandada la base sobre la cual terminará efectuando el encuadre convencional, omitiendo no solo la correcta valoración de la prueba, sino que desoye el criterio de la doctrina legal respecto de la premisa sobre la cual se tomará como base para alcanzar el convenio aplicable propio y adecuado de la explotación.

Dice, que en el caso de autos se encuentra acreditada la existencia de distintos establecimientos de la accionada, y las diferentes actividades desplegadas en tales establecimientos, las que no todas tienen que ver pura y exclusivamente con la venta de hormigón elaborado -tal como lo trae a colación el juez de grado- por lo que pretender aplicar el convenio colectivo de comercio desentendiendo la verdadera actividad desarrollada por el actor, resulta arbitrario.

En función de los antecedentes que cita, indica que es absolutamente desacertado e irrazonable pensar que el convenio de aplicación para el accionante es el de la venta o comercio normado por el CCT 130/75, puesto que en realidad ha quedado acreditado por la prueba de informes y testimoniales rendidas, que la actividad cumplida por el accionante no ha sido otra que la de chofer de camiones, para el transporte de hormigón; como asimismo el transporte de áridos a los distintos yacimientos petroleros.

Por último, se agravia respecto de la imposición en costas, vale decir que se las hayan impuesto a su parte en un 60%.

A fs. 369/370 contesta la demandada el traslado del recurso y solicita que se lo decrete desierto, por considerar que no cumple con los requisitos del art. 265 del CPCyC.

#### II.- b) Agravios de la demandada

Cuestiona que el a quo haya sostenido que la categoría profesional en que debió estar encuadrado el señor Pérez sea la de auxiliar especializado B del CCT 130/75.

Expresa, que la doctrina especializada ha establecido que para que un Convenio Colectivo sea aplicable a una determinada actividad, los empleadores que pertenecen a ella deben haber estado representados al celebrarse dicha convención.

Señala, que no surge que la demandada hubiera estado representada en la negociación del Convenio cuya aplicación efectúa el magistrado, por lo que, ningún empleador no afiliado queda obligado por el convenio sino intervino en él por el sector patronal, por una asociación profesional o al menos por un grupo de empleadores de la actividad.

Refiere, que la jurisprudencia en forma unánime ha establecido a los efectos de un correcto encuadre, que se debe partir de la actividad principal de la accionada.

Manifiesta, que en función del principio “iura novit curia” el juez debió aplicar el CCT N° 445/05 de Hormigón elaborado, que es más específico, pero siempre dentro del ámbito del CCT de UOCRA.

Destaca que a partir del año 2011 todo el personal de la demandada se encuentra bajo el CCT de Hormigón Elaborado por ser más específico de la actividad desarrollada.

En segundo lugar, critica que el Juez sostenga que la certificación de servicios y remuneraciones –Form PS 6.2 del ANSES-, que acompaña Stekli, no es válida porque le falta la firma certificada de su empleadora. Menciona que dicha apreciación es errónea ya que el certificado original que se encuentra reservado no fue agregado en autos al momento de dictar sentencia.

En tercer lugar, le causa agravios la imposición de las costas a su cargo.

Por último, apela, los honorarios del perito contador por altos.

#### III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, preliminarmente debo decir que por razones metodológicas voy a abordar los agravios de ambas partes de manera conjunta.

Ahora bien, en cuanto a las cuestiones suscitadas entre las partes respecto del cumplimiento o no del plazo de intimación consagrado en el art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo, para determinar qué incidencia ha tenido con relación al despido.

El referido art. 57, establece: “Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización,



ejecución, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable, el que nunca será inferior a dos días hábiles”.

Esta norma crea una presunción a favor del trabajador cuando frente a su intimación fehaciente, el empleador no la conteste en un plazo razonable, que dicha norma lo fija en un plazo no menor de dos días hábiles.

Ese plazo de dos días no es un plazo fatal, sino un plazo mínimo que debe ser apreciado de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso. Ello implica que aunque el empleador haya contestado pasados esos dos días, tal circunstancia no implica silencio, si dentro del contexto cómo han ocurrido los hechos éste ha contestado la intimación dentro de un plazo razonable.

En el caso particular de autos, advierto que la falta de contestación en término, que esgrime el actor a los fines de justificar el despido indirecto y con ello hacer aplicación de la presunción que la propia norma establece, no resulta ser un hecho de suma trascendencia, pues teniendo en cuenta la contestación efectuada por la empleadora, ésta rechaza la pretensión de encuadramiento diferenciado que reclama el trabajador, como así el pago de las diferencias.

Por lo tanto, aún cuando el demandante hubiera aguardado algunas horas más, la respuesta de la empleadora antes de considerarse despedido, de manera alguna hubiera cambiado la postura adoptada a los fines de considerarse incurso en causal de despido indirecto, pues en su respuesta la accionada (v. telegrama de fs. 3) negó el hecho que el Sr. Manuel E. Pérez realizara tareas distintas a las de oficial; que se encuentre erróneamente registrado; que realice y/o haya realizado tareas de encargado de base en Rincón de los Sauces; que percibiera una remuneración que no se ajusta a su categoría y/o al convenio colectivo en el que se encuentra enmarcado; que haya cumplido un horario de trabajo de lunes a sábado de 7.00 a 21:30 hs., entre otras cosas.

Por otra parte, cabe mencionar que la causal invocada en el telegrama rescisorio (fs. 4), no es solo el silencio de la empleadora, sino también el “incumplimiento de las intimaciones en el telegrama cursado”; incumplimiento que efectivamente ha sido confirmado por la empleadora a través del telegrama de fs. 3, postura que mantiene al contestar la demanda.

Consecuentemente, superado este valladar, lo trascendente que presenta el caso es determinar si en realidad los motivos invocados por el actor, como el erróneo encuadre de la actividad registrada para el reclamo de las diferencias salariales e indemnizaciones reclamadas, ha sido acreditado en autos.

Así, el tema central finca en el encuadramiento convencional de la relación de trabajo, es decir, en la determinación del convenio colectivo aplicable, en virtud de ser la causa por la cual el demandante se coloca en situación de despido indirecto, reclamando diferencia de haberes y demás indemnizaciones derivadas del despido.

En este sentido, mientras en la sentencia se establece que el convenio colectivo aplicable a la actividad desempeñada por el señor Manuel E. Perez, es el de Empleados de Comercio (CCT N° 130/75); la demandada plantea que es el convenio colectivo de la Construcción (CCT N° 76/75); mientras que el actor sostiene que es el de la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios (Convenio N° 40/89).

A los fines de despejar cual es el convenio colectivo que rige la actividad que desempeñaba el actor, conviene precisar que en autos ha quedado firme y consentido, lo siguiente: a) la actividad principal que desarrolla la demandada es la fabricación de hormigón con plantas permanentes y su venta a yacimientos de distintas empresas; b) que el Sr. Pérez oficiaba de chofer hormigonero, en camiones misser (no de cargas generales o maquinarias), llevando y descargando el material y ocasionalmente áridos.

Por tal motivo, en el presente caso la pretensión del actor no tiene sustento normativo ni fáctico que lo avale para encuadrar su actividad en el Convenio N° 40/89, toda vez que -pese a la amplitud subjetiva contemplada en el mismo- en la especie la actividad principal de la empleadora y principalmente las tareas realizadas por el trabajador no se circunscriben al transporte de personas o cosas, sino a la elaboración y transporte de hormigón respecto de lo cual el traslado conforma un quehacer complementario a los fines de su comercialización.

En tal sentido, considero que resulta de aplicación el Convenio Colectivo de la Construcción N° 76/75, que establece: “Personal comprendido: Esta convención regulará la relación de trabajo entre los empleadores y los obreros que prestan servicios a la industria de la construcción y ramas subsidiarias. La misma en especial, será de aplicación a los obreros que actúan como:...21) Conductores de vehículos automotores (chóferes). 22) Operarios de máquinas: Barrenadoras, topadoras, grúas, excavadoras, cargadoras, guinches, pavimentadoras, hormigoneras, apisonadoras, montacargas, motoniveladoras, compresores...”

Igualmente será de aplicación para los obreros ocupados en: ...18) La elaboración de hormigón en obra o fuera de ella y en este último caso, también su transporte en el proceso de elaboración...”

De allí que, la actividad de transporte y colocación de hormigón está dentro de las actividades contempladas en el art. 21 y 22 del Convenio Colectivo N° 76/75, por lo que no resulta procedente encuadrar la actividad del actor en la categoría de Auxiliar Especializado B del CCT T 130/75 de empleados de comercio, como lo entiende el a quo.

Máxime si se tiene en cuenta que esto ha quedado ratificado, en función de que dentro del ámbito de la UOCRA, se celebró el Convenio Colectivo N° 445/06 de Hormigón Elaborado, donde específicamente en su art. 5 dice: “Actividad



Contemplada: La presente convención colectiva de trabajo regirá para las trabajadoras y trabajadores que se desempeñen en las empresas que se dedican a la elaboración y distribución de hormigón y/o morteros, así como también al traslado y colocación de los hormigones en obra con elementos mecánicos como bombas de hormigón, equipos complementarios de las mismas como ser equipos de remolque y/o traslados de bombas. También para tareas de reciclado y aprovechamiento de los excedentes del hormigón y su posterior aplicación”.

Por su parte, el art. 7 determina: “Personal Comprendido: El presente convenio regula la relación de trabajo para los trabajadores que se desempeñen en las empresas que se dedican a la elaboración y distribución de hormigón y/o mortero, quedando comprendida la colocación de hormigones en obras con elementos mecánicos como bomba de hormigón, equipos complementarios de las mismas como ser equipos de remolque y/o traslado de las bombas y toda otra actividad accesoria, coadyuvante y/o complementaria. Las partes dejan expresamente aclarado y convenido que las tareas referidas en el primer párrafo del presente artículo, forman parte esencial de la actividad propia de las empresas signatarias y como tal se encuentran comprendidas dentro de las previsiones del art. 1 de la Ley 22.250 y en el presente convenio, no pudiendo ser fragmentadas o divididas, razón por la cual las partes se obligan a mantener el presente encuadramiento y sus condiciones, incluyendo en el caso que las empresas decidan descentralizar todo o parte de la actividad normal y habitual”.

En cuanto a la apelación de los honorarios del perito contador, por bajos y por altos, debo decir que, teniendo en cuenta el informe pericial de fs. 221/224, y la respuesta al pedido de explicaciones que luce a fs. 254; como así la importancia que ha tenido el dictamen para la resolución de esta causa, estimo que los honorarios determinados en el sentencia (6% del monto de la demanda) resultan elevados, por lo que propondré que se reduzcan al 3%.

En función de todo lo expuesto, propongo al acuerdo revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en lo referido al Convenio Colectivo aplicable al caso de autos y en consecuencia rechazar los restantes agravios esgrimidos por ambas partes. Las costas de ambas instancias deberán ser impuestas por su orden en atención a que se trata de una cuestión compleja que ha dado lugar a distintos tipos de interpretaciones tanto en doctrina como en la jurisprudencia citada por las partes como fundamento de sus posturas.

IV.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia recurrida, en lo que hace al Convenio Colectivo aplicable de conformidad con lo desarrollado en el considerando respectivo, y se impongan las costas de ambas instancias por su orden, en función de los motivos expresados anteriormente. Asimismo, se reduzcan los honorarios del perito contador al 2% del monto de la sentencia.

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 parcialmente la sentencia dictada a fs. 340/349, en lo que hace al Convenio Colectivo aplicable de conformidad con lo desarrollado en el considerando respectivo.
- 2.- Reducir los honorarios regulados al perito contador ..., al 3% del monto de la sentencia.
- 3.- Imponer las costas de ambas instancias por su orden, en función de los motivos expresados anteriormente (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"FALLETTI AMOBLAMIENTOS S.R.L. C/ SAPAC S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 506995/2015) – Sentencia: 235/16 – Fecha: 27/12/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.



CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. ENTREGA DEL VEHICULO. PRECIO DE LA UNIDAD. VARIACION.  
CARGA DE LA PRUEBA.

Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda de cumplimiento de contrato y condena a la demandada a que en el plazo de diez días de notificado haga entrega a la actora de la camioneta Ford Ranger 2 doble cabina 4x4. Ello es así, toda vez que independientemente de que en una de sus cláusulas las partes hayan pactado expresamente que: “El precio de la unidad queda sujeto a variación en caso de no haberse cancelado el 100% del valor de la presente solicitud de compra en un lapso de quince días corridos a partir de la fecha de la misma”; para que la misma adquiera operatividad es necesario -ante la negativa de la contraparte- que quién invoque un hecho modificativo como es la “variación del precio de la unidad”, acredite dicha circunstancia, conforme lo dispone el art. 377 del Código Procesal. De manera entonces que, a poco de examinar la prueba colectada en la causa, se advierte que la accionada no ha logrado probar dicho extremo, por lo que el incumplimiento de la entrega de la unidad en que ha incurrido su parte, bajo pretexto del ajuste del pago de precio pretendido, resulta por injustificado por no haber sido probado.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de diciembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “FALLETI AMOBLAMIENTOS S.R.L. C/ SAPAC S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” (Expte. N° 506995/2015), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 5 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce fs. 132/135 vta., hace lugar a la demanda de cumplimiento de contrato entablada por Falleti Amoblamientos SRL, y condena a Sapac SA a que en el plazo de diez días de notificado haga entrega a la actora de la camioneta Ford Ranger 2 doble cabina 4x4, dominio: ..., bajo apercibimiento de disponer compulsivamente la entrega mediante mandamiento de desapoderamiento, y le impone las costas en atención a su condición de vencida.

Esa sentencia es apelada por la parte demandada.

Con la finalidad establecida en el art. 36 del Código Procesal, a fs. 164 se convocó a las partes a una audiencia de conciliación, en donde en función de las distintas alternativas elaboradas se acordó pasar a un cuarto intermedio, pero sin embargo no se arribó a ningún acuerdo, y por tanto la causa volvió al suscripto para el dictado del primer voto de la sentencia.

II.- Agravios de la parte demandada (146/148 vta.)

En sus fundamentos, luego de efectuar un relato pormenorizado de los hechos, expresa que ha quedado demostrado que hubo un incumplimiento total de la parte actora y no de la demandada Sapac S.A.

Sostiene, que en la sentencia se hizo referencia en forma escueta a la existencia del vínculo contractual, al objeto del contrato que uniera a las partes que hoy se encuentran en litigio, y al monto de la compraventa; pero sin embargo se soslaya el incumplimiento de Falleti, quien sólo afirma que la demandada no le hacía entrega del vehículo adquirido según el contrato de compraventa del 15 de noviembre de 2014.

Afirma, que en dicho contrato figura expresamente: “me notifico que la presente operación queda sujeta a la CANCELACIÓN TOTAL dentro de los 15 días corridos a partir de la firma del presente boleto e inscripción inicial en el RNPA durante el mes de NOVIEMBRE DE 2014, caso contrario, la misma quedará sin efecto renunciando a todo tipo de reclamo sea cual fuere la causa del incumplimiento de las condiciones”.

Manifiesta, que en función del art. 377 del CPCyC, a su parte le bastó con demostrar las fechas en las que fue actuando la parte actora y el vencimiento del plazo perentorio fijado en el boleto suscripto por ambas.

Señala, que conforme surge del título automotor expedido por el Registro Seccional N° 015004 Neuquén, seccional N° 2, la inscripción inicial en el RNPA, operó el día 3 de febrero de 2015, superándose ampliamente los 15 días corridos pactados previamente.

Indica, que Sapac inicia y entrega toda la documentación requerida para dar inicio a la transferencia del automotor de referencia, Dominio ..., cuando recién operó la cancelación total del monto adeudado el día 4 de febrero de

2015.





Destaca, la buena fe contractual y la buena predisposición con que actuó su parte, y menciona que jamás se negó a que Falleti retire su unidad, pero que previo a ello, si, que abone los intereses moratorios que su propia negligencia causó.

Alega, que Sapac S.A. se pone a disposición de la Justicia, ejerce su debido derecho de defensa, pero es castigado por la subjetividad de la a quo, quien no tuvo en cuenta la documental adjuntada y los hechos probados, sino simplemente dicta su sentencia manifiestamente discordante con lo probado y que pese a ello, de ningún modo debía facilitarle la tarea al actor y premiarlo con el acogimiento de su demanda.

Corrido el pertinente traslado del recurso, a fs. 152/156 la actora contesta los agravios y solicita su rechazo con costas.

III.- Ahora bien, en relación al recurso interpuesto contra la sentencia de grado, y superados los límites del art. 265 del Código Procesal, advierto que en la causa se encuentra reconocido: a) el contrato de compraventa celebrado entre las partes; y b) la transferencia efectuada a favor de la demandada como consecuencia de dicha operación.

Consecuentemente, el debate se concentró en un hecho -aumento del precio del vehículo adquirido- que, como bien se advierte en la sentencia de primera instancia, debió haber sido debidamente acreditado por la accionada a los fines de justificar la no entrega de la unidad facturada.

Esta circunstancia no ha sido demostrada por SAPAC S.A., toda vez que ha sido declarada negligente en la producción de la prueba pericial contable y se ha decretado la caducidad de la prueba testimonial ofrecida por su parte.

En definitiva, independientemente de que en una de sus cláusulas las partes hayan pactado expresamente que: “El precio de la unidad queda sujeto a variación en caso de no haberse cancelado el 100% del valor de la presente solicitud de compra en un lapso de quince días corridos a partir de la fecha de la misma”; para que la misma adquiera operatividad es necesario -ante la negativa de la contraparte- que quién invoque un hecho modificativo como es la

“variación del precio de la unidad”, acredite dicha circunstancia, conforme lo dispone el art. 377 del Código Procesal.

De manera entonces que, a poco de examinar la prueba colectada en la causa, se advierte que la accionada no ha logrado probar dicho extremo, por lo que el incumplimiento de la entrega de la unidad en que ha incurrido su parte, bajo pretexto del ajuste del pago de precio pretendido, resulta por injustificado por no haber sido probado.

IV.- Por las razones expuestas, y los correctos fundamentos del fallo de grado, propongo al Acuerdo su confirmación en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.-

En otro orden, respecto del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs.91 contra la regulación de honorarios de los letrados de la actora, por considerarlos altos y por imposición en costas a su cargo, en la resolución de fs.90 y vta., debo decir que dicho recurso no tendrá acogida favorable.

En cuanto a la imposición de las costas en la resolución de fs. 90 y vta., las mismas deberán ser confirmadas, toda vez que no encuentro motivo para apartarme del principio general consagrado en el art. 68 del Código Procesal, aplicable al caso, y que establece: “La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado...”.

En efecto: en el caso, el planteo de negligencia de la prueba pericial contable solicitado por la actora ha prosperado, por lo que al resultar la demandada vencida en dicha incidencia corresponde que cargue con el pago de las costas respectivas.

En cuanto a las regulaciones de honorarios de los letrados de la actora, que surgen de las resoluciones de fs. 57/58 vta. y 90 y vta., examinados a la luz de lo prescripto por los artículos 6, 9, 10, 20 y 39 de la Ley N° 1594, los mismos no resultan altos, por lo que propondré su confirmación.

Por las razones expuestas, y los correctos fundamentos del fallo de grado, propongo al Acuerdo su confirmación en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con costas en la Alzada a cargo de la parte apelante vencida, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Medori dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede adhiero al mismo, expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta SALA III,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fecha 15 de junio de 2016 (fs. 132/135 y vta.), en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.
- 2.- Confirmar las resoluciones dictadas a fs. 57/58 vta. y 90 y vta. en lo que fue materia de recursos y agravios.
- 3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.).
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 5.- 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](#)

**"ESANDI EDUARDO ENRIQUE C/ PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO S/EJECUCION DE HONORARIOS E/A PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO C/ BELTRAN PEDRO LUIS Y OTROS S/ INTERDICTO (337.031/06)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 42634/2013) – Sentencia: 240/16 – Fecha: 29/12/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

EMBARGO. BIENES INEMBARGABLES. TAXI.

Es procedente el levantamiento del embargo sobre el rodado afectado a la explotación del servicio de taxi, pues el Código Procesal, en lo que se refiere a la inembargabilidad, incluye en el inc. 1° de su art. 219, a los “instrumentos necesarios para la profesión, parte u oficio que ejerza” el deudor, y al no contener una enumeración taxativa de que comprende, brinda al juez un amplio margen de discrecionalidad para determinar en cada caso concreto si los bienes sujetos a desapoderamiento constituyen artículos de uso necesario e imprescindible para atender al desenvolvimiento digno del deudor, máxime si se trata de un bien destinado a sus tareas laborales.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ESANDI EDUARDO ENRIQUE C/PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO S/EJECUCION DE HONORARIOS E/A PARRA SILVIA HAYDEE Y OTRO C/BELTRAN PEDRO LUIS Y OTROS S/INTERDICTO (337.031/06)”, (Expte. ICC N° 42634/2013), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.-Que a fs. 39/40 obra el memorial de la ejecutada fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 08.09.2015 que rechaza el levantamiento del embargo sobre el rodado de su propiedad afectado a la explotación de taxi(fs. 33/35 ); pide se la revoque y se haga lugar al levantamiento del embargo planteado.

Se agravia en razón de que la juez de grado no provee la prueba ofrecida por su parte, consistente en las constancias de dos expedientes que tramitan en el mismo juzgado, necesarios para la decisión, y que no fue negligente en ello.

Cuestiona en segundo lugar que se haya decidido en base a una resolución dictada en otra ejecución, cuando su planteo es dos años posterior a aquella, habiendo aportado en ella también con posterioridad la constancia de la afectación al servicio de taxi.

Sustanciado el recurso (fs. 41), la ejecutante no responde.

II.-Que abordando la cuestión traía a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza el levantamiento del embargo del rodado ESY 907 por no reunir las condiciones exigidas en el inc. 1 del art. 219 del CPCyC, y en base a los antecedentes que se citan en una resolución dictada en un proceso de ejecución contra los mismos incidentistas que tramita en el mismo juzgado, donde se informa que en el beneficio de litigar sin gastos no surgía que el bien estuviera afectado a la explotación de la licencia de taxi de su titular, aquí ejecutado, extremo que no puede tenerse por acreditado en los presentes.

Que el memorial habilita considerar como antecedentes relevantes que al introducir a fs. 20/22 el planteo inicial de inembargabilidad invocando la norma del art. 219 del CPCyC y el destino del bien como taxi, a cuyo fin los ejecutados aportaron en copia una constancia emitida por la “Dirección General de Transporte- División Habilitación del 06/12/12, donde se informa que el Sr. Fernandoy Luis Gabriel “es titular d la Licencia de Taxi N° 355, con parada asignada N° 30. Actualmente tiene habilitado en vehículo Dominio ESY-907 registrado a su nombre, el que reemplazó con fecha 18/07/2011 a la unidad Dominio EXO-238 de baja” (fs. 19).



Sustanciado el pedido y retiradas las copias, incluso de la documental (fs. 27.06.02014 y 30.06-2014 –fs.22vta y 23), la parte ejecutante no responde.

Debe notarse entonces que si bien los ejecutantes arrimaron como soporte documental de su reclamo una simple fotocopia del informe emanado de la autoridad pública, dada la ausencia de oposición o inexistencia negativa de los hechos en que se fundara ni desconocimiento de aquel instrumento, no resultaba necesario cotejarlo con otros datos a los fines de su autenticidad.

Que el trámite incidental regulado a partir del art. 180 y subsiguientes del Código Procesal no es ajeno a las reglas del principio dispositivo que lo caracterizan a todo el cuerpo, y en punto a ello los arts. 355 y 356 inc. 1º del C.P.C.C. señalan con claridad la conducta que debe seguir todo sujeto al que se le dirige un reclamo, fundamentalmente ante la documental que se le exhibe; de tal forma que, considerando la conducta del ejecutante, no se requería de mayor prueba para tener por acreditado el destino del bien.

Luego, el mismo marco normativo, en lo que se refiere a la inembargabilidad, incluye en el inc. 1º de su art. 219, a los “instrumentos necesarios para la profesión, parte u oficio que ejerza” el deudor, y al no contener una enumeración taxativa de que comprende, brinda al juez un amplio margen de discrecionalidad para determinar en cada caso concreto si los bienes sujetos a desapoderamiento constituyen artículos de uso necesario e imprescindible para atender al desenvolvimiento digno del deudor, máxime si se trata de un bien destinado a sus tareas laborales.

Que a tenor de lo expuesto, en el caso se concreta el presupuesto fáctico de la norma, al reconocerse que el bien cautelado a fs. 6/10, identificado con el Dominio EXY 907, está destinado a taxi atento se informa, conforme licencia comercial que lo reconoce (fs. 19), habilitándose así la conclusión que el automotor de que se trata no es susceptible de embargo a los fines de su ejecución, tratándose del instrumento necesario para la profesión.-

Atento a las consideraciones expuestas, se habrá de revocar la decisión recurrida, con costas en el orden causado al no haber mediado controversia con la contraparte (art. 68 2do. párrafo CPCyC).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Revocar el punto I de la sentencia dictada a fs. 33/35, que ha sido motivo de agravios, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento no haber mediado controversia con la contraparte (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).
- 3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"E. B. M. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 74446/2016) – Interlocutoria: 358/16 – Fecha: 15/12/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

VIOLENCIA FAMILIAR. RESTRICCIÓN DE ACERCAMIENTO. INCUMPLIMIENTO. SANCIONES. ARRESTO. NOTIFICACION DE LA SANCION. RECHAZO DEL RECURSO. PROCESOS DE FAMILIA. PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD. CONDICIONAMIENTO EN LA EFECTIVIZACION DE LA MEDIDA.

- 1.- Cabe rechazar el recurso interpuesto en un caso de violencia familiar en contra de la sanción que ordena el arresto del denunciado por cinco días, puesto que en la pieza recursiva –interpuesta por el gestor procesal- no cuestionó de manera particular cada uno de los hechos puntuales de violencia denunciados en reiteradas oportunidades por la Sra. B. M. E., sino que su queja se focaliza en la falta de



notificación del arresto a su letrado y en que las denuncias efectuadas son falsas. Estas críticas, frente al cúmulo de antecedentes mencionados en la resolución de grado, resultan insuficientes para propiciar su revocación.

2.- Sin perjuicio del rechazo del recurso contra el arresto, al evaluar la situación actual que surge del informe de (...), donde la funcionaria del Área de Seguimiento y Control de la Oficina de Violencia, solicita que se mantengan de manera preventiva los rondines policiales, no obstante no haber ocurrido nuevos hechos de violencia, ello no es suficiente para revocar la medida de arresto dispuesta por la jueza de grado, consecuentemente en el contexto actual y de conformidad con el uso de las facultades de oficiosidad que nos otorga el art. 709 del Código Civil y Comercial de la Nación, podemos supeditar su efectivo cumplimiento a la existencia de un nuevo hecho de violencia o restricción por parte del Sr. B., que a criterio de la jueza justifique la operatividad inmediata de dicha medida.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de diciembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "E. B. M. S/ SITUACION LEY 2212" (Expte. N° 74446/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 3 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando Marcelo GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia del Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Dr. ..., en su carácter de gestor procesal del Sr. B. W., contra la medida de arresto que la jueza de la instancia Grado le aplicara a éste último, por el término de cinco días.

En su memorial de agravios de fs. 139, manifiesta que el fundamento del pedido de que se deje sin efecto la medida de arresto radica en que nunca se notificó la misma al letrado patrocinante del Sr. B..

Aduce, que el Sr. B. siempre cumplió con todo lo que le informaron, y que realizó tratamiento psicológico (con el alta firmada por profesional del hospital de Plottier), extremo que la denunciante no ha cumplimentado.

Sostiene, que el Sr. B. al presentarse el día 12 de agosto a ratificar denuncias, por su ignorancia firma notificaciones anteriores sin saber de lo que se trataba ni de su contenido.

Indica, que su cliente es víctima de innumerables denuncias infundadas por parte de la Sra. E., a quien cada vez que denuncia falsamente, le creen cada relato, mientras que su parte ya no sabe qué hacer para que le crean a él.

Agrega, que existen testigos de esas denuncias sin fundamento alguno, pues solo lo hace para perjudicar el vínculo con su hijo.

Solicita que se deje sin efecto la medida apelada.

A fs. 175/176 la Sra. B. M. E., contesta el traslado del recurso, y manifiesta que actualmente el Sr. B. se encuentra en libertad en función del recurso de apelación que interpusiera su abogado.

Menciona que los hechos de violencia efectuados por el Sr. B., desde la denuncia que diera origen a los presentes hasta la fecha en que fueron denunciados, y puestos en conocimiento de las autoridades policiales y judiciales, se encuentran pendientes de tramitación.

Por otra parte, niega que B. sea víctima de innumerables denuncias infundadas.

Afirma que, ha sido denunciado en varias oportunidades como agresor, dándose inicio a la formación de causas penales.

Señala que el Sr. B. atentó contra su vida en varias oportunidades, una fue con su automóvil tratándola de arrollar, y en otra, intentó incendiar su domicilio con ella y sus hijos en su interior. Hechos que serán probados, y de los cuales hay testigos presenciales.

Denuncia que a pesar de la orden de restricción, el Sr. B. no la ha cumplido, y con una actitud temeraria y de total desconocimiento de la autoridad, está actualmente viviendo en calidad de inquilino a tan solo dos casas de su domicilio.

Como medida cautelar, peticiona que se intime al demandado a cambiar su domicilio a otro barrio, atento a que se encuentra en mejor posición de mudarse dado su calidad de inquilino.

II.- En forma preliminar debemos decir que compartimos el criterio esgrimido por la jueza de grado, por lo que propiciamos su confirmación.

Ahora bien, al enfocarnos directamente en el objeto de la apelación, vale decir, la medida de arresto por cinco días dispuesta en la resolución de fs. 131, advertimos que el recurso de fs. 139 resulta insuficiente para dejar sin efecto lo decidido en la instancia anterior.

Ello es así, porque el apelante no cuestiona de manera particular los incumplimientos reiterados que se le atribuyen en el resolutorio en crisis y



que constituye el fundamento principal para disponer el arresto de cinco días.

En esa resolución de fs. 131 se sostuvo: “Consecuentemente, en atención a las reiteradas transgresiones del denunciado (cfr. fs. 87/8, 98/9, 104/5, 115) y el grave riesgo que presenta la situación de autos, corresponde en esta instancia disponer su arresto por el término de cinco días, La sanción dispuesta tiene carácter ejemplificador e importa la fijación de límites al accionar violento del Sr. B.”.

El recurrente no cuestionó de manera particular cada uno de los hechos puntuales de violencia denunciados en reiteradas oportunidades por la Sra. B. M. E., sino que su queja se focaliza en la falta de notificación del arresto a su letrado y en que las denuncias efectuadas son falsas.

Estas críticas, frente al cúmulo de antecedentes mencionados en la resolución de grado, resultan insuficientes para propiciar su revocación.

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, al evaluar la situación actual que surge del informe de fs. 178, donde la funcionaria del Área de Seguimiento y Control de la Oficina de Violencia, solicita que se mantengan de manera preventiva los rondines policiales, no obstante no haber ocurrido nuevos hechos de violencia, consideramos que teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, ello no es suficiente para revocar la medida de arresto dispuesta por la jueza de grado, consecuentemente en el contexto actual y de conformidad con el uso de las facultades de oficiosidad que nos otorga el art. 709 del Código Civil y Comercial de la Nación, podemos supeditar su efectivo cumplimiento a la existencia de un nuevo hecho de violencia o restricción por parte del Sr. B., que a criterio de la jueza justifique la operatividad inmediata de dicha medida.

Respecto a las facultades que nos confiere la citada norma de fondo, cabe remarcar que el juez tiene una acentuada intervención en el proceso, teniendo el deber de utilizar sus poderes-deberes, en busca de la verdad jurídica material y de la resolución del conflicto.

Esta óptica sigue la senda trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (CSJN, Fallos: 323:91 y 328:2870, entre otros).

Por todo lo expuesto, es que se rechazará el recurso de apelación interpuesto a fs. 139, supeditando el cumplimiento de la medida ordenada a fs. 131, a la existencia de algún nuevo hecho de violencia o restricción que a criterio de la a-quo resulte suficiente para tornar operativa de manera inmediata la medida de arresto, y sin perjuicio de la que proceda aplicar por el propio episodio.

Ello sin perjuicio de las facultades que el art. 31 que la Ley N° 2785 otorga al Juez a fin de adoptar la implementación de otras medidas acordes a los incumplimientos que se hayan verificado en estos actuados por parte del Sr. B..

III.- Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la medida de arresto dispuesta a fs. 131, supeditando su cumplimiento a lo expuesto en los considerandos respectivos.
- 2.- Sin costas de Alzada.
- 3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"C. D. K. S. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I  
Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 75993/2016) – Interlocutoria: 372/16 – Fecha: 27/12/2016

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

CONTIENDA NEGATIVA DE COMPETENCIA. VIOLENCIA FAMILIAR. AUSENCIA DE CONEXIDAD.

Corresponde declarar competente para seguir interviniendo en las presentes actuaciones al titular del Juzgado de Familia N° 2, pues si bien es criterio establecido la conveniencia de que la temática familiar debe ser entendida por un solo Juez, lo cierto es que la cuestión abordada en la causa anterior –tramitó ante el Juzgado de Familia N° 3- y archivada desde el mes de febrero de 2016, se abordó la problemática



derivada de la relación de la menor con sus progenitores que dista de la situación de violencia que motiva la presente, que involucra a su anterior pareja y su hijo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de Diciembre del año 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "C. D. K. S. S/ SITUACION LEY 2212" (Expte. N° 75993/2016) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

La declaración de incompetencia decretada a fs. 12 por la Titular del Juzgado de Familia N° 2, quien remite la causa a su par del Juzgado N° 3, por haber prevenido en los autos "C. P. D. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (Expte. 59630/2013), que se encuentran archivados.

No aceptada la atribución de competencia por la Dra. Marina Comas a fs. 18 y vta., debe expedirse esta Sala respecto de la contienda negativa entablada.

Si bien es criterio establecido la conveniencia de que la temática familiar debe ser entendida por un solo Juez, lo cierto es que la cuestión abordada en la causa anterior y archivada desde el mes de febrero de 2016, se abordó la problemática derivada de la relación de la menor con sus progenitores que dista de la situación de violencia que motiva la presente, que involucra a su anterior pareja y su hijo.

Por ello, entendemos que no se justifica extraer los presentes obrados de su radicación originaria, por cuanto no se dan las razones de conexidad que ameriten estar a la "prevención" invocada por quien declina su competencia, tratándose de situaciones diferentes a las que se dirige la protección, y con otra etiología.

Por todo ello, oído el Agente Fiscal, al no configurarse las previsiones del art. 15 de la Ley 1613, corresponde declarar competente para seguir interviniendo en las presentes actuaciones al titular del Juzgado de Familia N°2.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Declarar competente para entender en estos obrados al Juzgado de Familia N°2.
- 2.- Regístrese y vuelvan al Juzgado de Familia N° Tres para su toma de razón y posterior envío al Juzgado competente en la forma de práctica.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"RODRIGUEZ DAMIAN - RODRIGUEZ JUAN y JADULL CRISTIAN S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS Y POR ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSIA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 55430/2015) – Sentencia: 136/16 - Fecha: 21/12/2016**

DERECHO PROCESAL. VALORACION DE LA PRUEBA. SENTENCIA ARBITRARIA. PRESUNCION DE INOCENCIA. DERECHO PENAL. LESIONES GRAVES. ALEVOSIA.

1.- No se trata que este Tribunal revisor valore nuevamente la prueba del debate del que resulta ausente, actividad prohibida y reservada exclusivamente al Tribunal del Juicio, sino que ha quedado claro a través de la audiencia realizada y del análisis de la sentencia de responsabilidad, que la defensa ha demostrado, argumentalmente y a través de la impugnación, que la valoración realizada en dicha sentencia es arbitraria dado que el sentido con el cual se han utilizado estos testimonios (parte importante de la prueba recibida





en el debate), para fundar las condenas, no se corresponde con el sentido de dicha información, o sea, hay una falsa percepción acerca del conocimiento que se está incorporando.

2.- Aunque no hubieran existido las inconsistencias que los impugnantes señalan respecto al testimonio de L. T. igualmente es insuficiente para tener por debidamente motivada la sentencia -de un hecho de estas características- lo expuesto en tal decisión judicial y que fuera transcripto más arriba. El juez ponente parece haber realizado mentalmente un símil con aquellos casos que son amplia mayoría en delitos contra la integridad sexual, cometidos a salvo de las miradas de testigos y en donde adquiere importancia capital lo que sostenga la víctima. Es por todos conocida la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior (caso “Torres” entre varios), seguida casi invariablemente en toda la provincia, respecto a que nada impide construir una sentencia de culpabilidad con el solo testimonio del abusado, siempre que aquél se mantenga invariable ante distintos interlocutores y se encuentre validado por elementos periféricos.

3.- Este hecho dista diametralmente de aquellos de abuso sexual. No solamente por el tipo de delito de que se trata, sino porque fue cometido delante de varias personas y con luz (si bien artificial). Entonces, el estándar seguido en la valoración de la prueba (de cargo y de descargo) también es distinto. En el hecho que analizamos, no solamente dos de los imputados rebaten lo que dicen los acusadores sino que hay testigos directos, que estuvieron al momento de cometerse el hecho, que declaran y relatan (al menos algunas circunstancias) en forma distinta a lo que dice la víctima.

4.- Los jueces debieron explicar, lógica y razonadamente, porqué aquella prueba, que confronta de lleno con el sentido que ellos dan sobre la autoría de los imputados, debe ser descartada en la solución del caso. Sabido es que los imputados no están obligados a construir determinada hipótesis sobre lo sucedido, ni tampoco acreditarla si es que la anunciaron, basta para que la inocencia se mantenga incólume, que los acusadores no hayan logrado acreditar debidamente las suyas, tal como sucedió en este caso.

5.- Queda constatada una omisión arbitraria que produce una fractura en el razonamiento llevado adelante en la sentencia de responsabilidad porque la conclusión es contradictoria con el sentido de prueba directa recibida (descrita por los jueces pero no valorada adecuadamente) resultando en definitiva la conclusión de los magistrados inconciliable con circunstancias objetivas del caso, sin explicar por qué aun existida objetivamente tal confrontación, concluyen estableciendo el sentido que ha sido impugnado.

6.- La omisión de no valorar adecuadamente la prueba, aumenta si se considera que –durante el juicio- los magistrados fueron “informados” en el debate sobre la existencia de prueba importante que - mínimamente- ponía en duda la completitud de lo sucedido, de acuerdo a lo aseverado por L. No solamente los dichos de los imputados y los tres testigos mencionados (cinco personas presentes en el hecho) que directamente relatan circunstancias en forma distinta a él, sino lo que señala la licenciada en psicología, entrevistadora en Cámara Gesell, respecto a que podían existir errores de omisión y exclusión de otros menores en el hecho. Esto potencia la necesidad de realizar la tarea que los magistrados omitieron.

7.- La sentencia no acreditó –motivadamente- con respaldo de prueba suficiente, que las lesiones fueran graves. Así, por ejemplo, si el médico hizo referencia a “un mes a un mes y medio” y el art. 90 del Código Penal establece en “más de un mes” el requisito para que la lesión sea considerada “grave”, el Tribunal debió explicar las razones por las cuales escogió la figura legal más grave siendo que contaba con otra información de profesionales que avalaban la aplicación del art. 89 (hasta “un mes” las lesiones



son leves), y sin que sea suficiente para subsanar la deficiencia echar mano a la cuestión del daño psicológico, aspecto sobre el que se debió profundizar más detalladamente para acreditar con la suficiencia exigida que las lesiones resultaron graves. La inutilización para el trabajo por “más de un mes” (considerada existida en la sentencia) requiere de una explicación más adecuada a las exigencias derivadas del deber de motivación, que incluye explayarse sobre la actividad habitual de la víctima y cómo, el daño que se tuvo por acreditado, lo incapacitó para realizar tales actividades durante tal espaciotemporal, esto debió fundarse ante dos certificados médicos contradictorios.

8.- Respecto a la agravante por el concurso premeditado de dos o más personas, sabido es de las dificultades que acarrea siempre tal extremo a la hora de la acreditación pero, en este particular caso, habida cuenta de la existencia de testimonios directos que hablan de “tumulto” (circunstancia que ocurrida en la mayoría de los casos va de bruces con la idea del “acuerdo premeditado”), los jueces debieron motivar cuál es el respaldo objetivo de tal acuerdo previo, más allá de la íntima convicción que pudieron haber tenido. Lógicamente, si por lo ya explicado no logró probarse la autoría de los imputados, menos aún podía acreditarse el acuerdo.

9.- Igual orfandad de motivación se observa respecto a la alevosía también atribuida en la sentencia. El estado de indefensión en que necesariamente debe encontrarse la víctima para encuadrar la conducta del agresor como alevosa, requiere probar que aquél la procuró o que al menos la aprovechó. En el plano subjetivo, debe acreditarse que el autor obró sobre seguro, sin el riesgo que puede significar que el agredido reaccione o que terceros lo hagan para impedir tal agresión. Trasladando estas breves consideraciones sobre el agravante en cuestión al caso que me ocupa, se debe concluir de la misma forma que respecto a todo lo analizado hasta aquí en relación a la calificación legal escogida por los jueces del juicio, es decir que existe una falta motivación suficiente, sin perjuicio de reiterar que el éxito de la impugnación quedó sellado al momento de analizarse la cuestión de las autorías.

[Ver texto completo:](#)

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

**"GARCÍA OMAR PABLO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 34361/2015) –  
Sentencia: 139/16 - Fecha: 26/12/2016

DERECHO PENAL. IMPUTACION OBJETIVA. RELACION DE CAUSALIDAD. DEBER DE CUIDADO.

1.- Es verdad que no es posible hablar de la necesidad de “interrupción del nexo causal” como condición para no atribuir el resultado disvalioso a una persona, ya que la atribución penal se encuentra sometida a criterios jurídicos, y no naturales. La relación de causalidad es una vinculación empírica, pero nada nos dice en el plano jurídico, por lo que es necesario recurrir a las “correcciones” de la causalidad, para determinar cuándo una conducta es atribuible a una persona.

2.- Desde la teoría de la imputación objetiva –aunque difícilmente pueda afirmarse que exista una sola teoría válida-, (o bien desde algunos criterios “correctivos” de la causalidad), para que se configure la



tipicidad penal es necesaria la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”, o bien una conducta negligente o violatoria del “deber de cuidado”, y la “realización del riesgo en el resultado” -o la relación de determinación entre la acción negligente y el resultado-.

3.- La maniobra “descuidada” del imputado debe ser enfrentada a un dato no menor: la velocidad de circulación de la motocicleta en la que transitaba la víctima. Si bien en la audiencia de juicio se señaló que la víctima transitaba a 39,57 km/h., pasó casi desapercibido que la velocidad fue estimada “al momento del impacto” –no del ingreso a la bocacalle-, y como velocidad mínima de desplazamiento. Es decir, queda una seria duda, porque no existen otros datos o evidencias que permitan establecer más certeramente esta variable, sobre cuál era la velocidad real antes de ingresar a la bocacalle. Basta realizar una sencilla operación matemática para determinar cuántos metros por segundo se desplaza un cuerpo a una velocidad cercana a los 40 km/h., para advertir que el exceso de velocidad de la moto no es un dato menor para la decisión del caso, contrariamente a lo afirmado en la sentencia.

4.- ...el problema de la indeterminación de la velocidad del automóvil tiene una influencia decisiva a la hora de establecer la relación de determinación entre la acción imprudente y el resultado (realización del riesgo). Desde el punto de vista causal, es obvio que desaparecida la conducta –prudente o imprudente- del conductor del automóvil el resultado no habría acaecido, pero las normas penales exigen una limitación a la causalidad natural. Lo importante es establecer qué explica el resultado (relación de determinación).

5.- La víctima circulaba sin el casco protector colocado. Las normas de tránsito exigen que quienes se transportan en birrodados lleven los cascos colocados. Como lo sostuviera el perito médico, la función es de “protección” para disminuir los traumatismos directos por los impactos. Es decir, existe una norma que exige la autoprotección para quienes circulan en motocicleta. Y sobre el punto el perito médico, integrante del Cuerpo Médico Forense fue muy claro: de haber llevado el casco colocado “. . . es posible inferir que las lesiones hubieran sido de menor magnitud . . .”. Entonces, existen evidentes errores de apreciación probatoria, porque más allá de la necesidad de establecer la atribución normativa –y no meramente causal del resultado-, fue el propio médico forense quien dijo que con el casco colocado las lesiones no habrían sido de tal entidad, por lo que se ha desconocido una prueba dirimente sobre el tema. Lo que explica el resultado letal es no haber llevado el casco colocado, por lo que, aún si se tuviera por acreditada la imprudencia del autor, el resultado no le es atribuible. No existe el nexo de determinación entre acción y resultado.

6.- Atento el déficit de fundamentación de la sentencia e insatisfacción del estándar probatorio no corresponde anular la sentencia y disponer el reenvío, ya que en el caso concreto implicaría la posibilidad de mejorar la teoría probatoria de la acusación, en franca violación al principio del “non bis in ídem”. De allí que, sobre la base de lo dispuesto por el art. 247 del Código Procesal Penal, corresponde absolver al imputado del delito (homicidio culposo) que le fuera atribuido.

[Ver texto completo:](#)

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



**"CONTRERAS CRISTIAN S/ AMENAZAS AGRAVADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 20666/2016) – Sentencia: 140/16 - Fecha: 29/12/2016

DERECHO PENAL - PORTACION DE ARMA - TENTATIVA - PRINCIPIO DE EJECUCION - DELITO DE PELIGRO.

1.- La existencia del supuesto desistimiento de la tentativa en la portación ilegal de arma de guerra no es posible. Primero porque los testigos citados refieren que el arma se encontraba escondidas detrás de la heladera. Segundo que se trata de un delito de peligro, que concretó ese riesgo haciendo un disparo al aire y en tercer lugar, debe tenerse en cuenta que se trata de un delito instantáneo y de pura actividad cuyo resultado se concreta con la realización de la conducta, por el riesgo que produce su portación. Este modo inmediato de consumación, no admite tentativa, por no contar con un principio de ejecución. Si no existe tentativa, es imposible pensar en un desistimiento de un instituto inexistente (desistimiento de tentativa art. 43 del C.P.). No es factible relacionar, delito de riesgo, de tenencia o portación, con tentativa y mucho menos pretender desistir.

[Ver texto completo:](#)

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

**"C. V. N. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11249/2014) – Sentencia: 141/16 - Fecha: 29/12/2016

DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL SIMPLE - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Tratándose de un delito menor incluido (abuso sexual simple respecto del acceso carnal como figura calificada), no se encuentra afectado en absoluto el principio de congruencia, en tanto los hechos que califican como abuso sexual simple se encuentran contenidos en la plataforma fáctica imputada, que fijó la tesis fáctica de la acusación en el debate.

[Ver texto completo:](#)

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

**"C. L. E. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 16077/2015) – Sentencia: 137/16 - Fecha: 22/12/2016

DERECHO PROCESAL - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL - DELITO CONTINUADO.



1.- El haber acotado la acusación a un período de tiempo menor al indicado por la víctima, de manera alguna puede afectar la congruencia, sino por el contrario beneficia al imputado en cuanto quita de la acusación hechos que podrían haber tenido lugar en el año 2013, por los que la fiscalía no acusó en razón de la duda sobre el acaecimiento los mismos.

2.- Independientemente de que la menor haya mencionado concretamente o no la vagina, es muy claro que la tocó en su “parte íntima”, la que “usa para hacer sus necesidades”, para luego señalarla en una muñeca “entre las piernas”. Tales elementos son más que suficientes para acreditar que lo fue en la vagina, pero aun suponiendo que ello no fuera así y que fuera el ano, lo cierto que para una niña de entre 5 y 7 años tales tocamientos en dicha zona se pueden confundir siendo una única zona, “la íntima”. Lo cierto es que la misma menor refiere –a pregunta de la entrevistadora de qué sentía-, que se sentía “rara porque me tocaba en la parte íntima y yo sentía una sensación rara y me daba miedo”. Todo lo cual es más que suficiente para acreditar tal extremo.

3.- Hubo cronicidad del abuso, es decir que sucedió en varias ocasiones y no una sola vez. El hecho de que el Tribunal calificara los sucesos ocurridos como un delito continuado, lo fue en beneficio del imputado, ya que de haber sido calificado como varios hechos independientes entre sí, existiría un concurso real que elevaría la pena a lo que surgiría demultiplicar el máximo de la pena prevista para este tipo penal por la cantidad de hechos hasta alcanzar el máximo de la especie, es decir 35 años.

4.- Los abusos se produjeron en situaciones de convivencia, en una misma vivienda, lugar en el que se encontraba la menor y el Sr. C., situación que permitió la comisión de los hechos imputados, y de la cual se valió el nombrado para lograr sus objetivos. La doctrina ha entendido que “...su razón deriva, además de la inmadurez de la víctima menor de dieciocho años, del aprovechamiento por parte del autor de la facilidad que le otorga la cercanía con la víctima, como de la confianza que aquella pudiera dispensarle por razón de la convivencia...” (D’ALESSIO A.J.: Código Penal, comentado y anotado. Parte Especial. Buenos Aires, 2004.

5.- En cuanto a los cuestionamientos efectuados por la Lic. Cassina a la labor de la Lic. Zuccarino, cabe decir que a fin de controvertir correctamente dicho testimonio hubiera correspondido que la nombrada prestara testimonio en el juicio y no en la impugnación, pues lo que se ataca en este acto es la sentencia y difícilmente los jueces puedan valorar algo que no tuvieron como prueba en el debate. Por otra parte, esta no fue prueba nueva que desconociera el defensor, sino que optó llevarla al debate como asesora de su defensa y no como testigo. Es decir que en principio este testigo no debería haber sido aceptado en impugnación y ello bastaría para no tener en cuenta este testimonio.

[Ver texto completo:](#)

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

**"N. F. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 16274/2016) – Sentencia: 138/16 - Fecha: 26/12/2016



#### DERECHO PROCESAL. SENTENCIA ARBITRARIA. FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA.

- 1.- Corresponde confirmar la sentencia de responsabilidad y de pena en todas sus partes, en virtud de que ella se funda en la prueba producida durante el juicio, analizada de manera coherente y motivada por los jueces en su sentencia, sin advertirse signo alguno de arbitrariedad o absurdidad.
- 2.- La sentencia, sin perjuicio de las fallas técnicas e imprecisiones en la redacción del primer voto, es válida ya que los déficits apuntados por la defensa son perfectamente tratados en el voto del Dr. Ravizzoli, que integra la sentencia en cuanto fue lo decidido y acordado por los jueces al momento de la deliberación, sin advertirse signo alguno de arbitrariedad o absurdidad.

[Ver texto completo:](#)

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

#### **“CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCIÓN A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART”**

- Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

#### ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECHAZO DE LA DEMANDA. COSTAS AL VENCIDO. EXENCION PARCIAL. RAZON FUNDADA PARA LITIGAR. COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

- 1.- Dice Palacio que la existencia de “razón fundada para litigar” constituye una “fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito”.
- 2.- Nuestro Superior Tribunal sustentó en una causa laboral que: “El criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de costas, no reviste carácter absoluto, dado que existen excepciones que facultan al juez a eximir al perdedor total o parcialmente cuando exista mérito para ello. Esta facultad del órgano jurisdiccional para apartarse de la regla general, debe ejercerse en forma restrictiva -constituyendo una hipótesis de excepción- y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta su aplicación” (“RAGNI, MARÍA ESTER C/ FONDO COMPENSADOR BPN Y OTRO S/ INDEMNIZACIÓN” (Expte. Nro. 143 - año 2007).
- 3.- Las costas de ambas instancias originadas en el rechazo de la acción por enfermedad profesional deben imponerse en el orden causado por cuanto se verifican circunstancias objetivas que justifican una exención parcial, puesto que la trabajadora seguramente elaboró su pretensión en la percepción de un lugar de trabajo ruidoso, las evidencias de que otros dependientes habían padecido problemas auditivos con tal motivo y demandado con éxito a la empleadora, y que ante el diagnóstico de su afección se le recomendó tareas adecuadas, alejándola justamente de ese ambiente laboral ruidoso.abe tener presente





por otro lado las dificultades que puede generar para la demandante la búsqueda de una certificación médica que reúna los requisitos necesarios ante la carencia de recursos económicos, sumando que no es obligatoria la concurrencia ante la C.M., en coherencia con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la L.R.T.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los doce (12) días del mes de Octubre del año 2016, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Gabriela B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: “CHEQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCIÓN A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART”, (Expte. Nro.: 37238, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes. De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Dardo W. Troncoso, dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 10 de junio del 2016 (fs. 262/268), expresando agravios a fs. 270/271.

Argumenta que el juez de grado incurre en error al condenar en costas a la reclamante cuando pudo creerse legítimamente con derecho a litigar, atento que la prueba producida indica que laboraba en un lugar ruidoso y que otros trabajadores sufrieron pérdida auditiva por tal motivo.

Afirma que el artículo 68 del CPCC prevé la posibilidad de que se exima total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido en caso de existir mérito para ello.

Cita jurisprudencia y solicita se revoque el fallo recurrido, imponiendo las costas por su orden.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 273.

Manifiesta preliminarmente que no se cumplen los recaudos formales del art. 265 del CPCC y que en su caso todo litigante se cree con derecho a litigar, lo que tornaría inaplicable el principio general.

Destaca que la reclamante omitió concurrir a la Comisión Médica y presentar certificación médica que avale su posición.

Afirma que la hipoacusia padecida por la empleada es de tipo neurosensorial, la que es provocada por otros factores distintos al ruido.

Asegura que si la pretensora hubiera recabado información respecto su padecimiento podría alegar que se creía con razón a reclamar, pero no es el supuesto de autos, con lo cual no puede prosperar el pedido de eximición de gastos.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza la acción entablada con costas a la vencida por no advertir razón que justifique apartarse del criterio objetivo sentado con carácter general en el artículo 17 de la ley 921, máxime considerando que la actora fue oportunamente notificada de que su patología no tenía vinculación con el ámbito laboral.

Concluye que la patología que padece la actora no es de origen laboral, según el dictamen pericial, que establece que la misma padece hipoacusia neurosensorial, que no es compatible con una hipoacusia inducida por el ruido.

No se ha probado que los excesivos ruidos que soportara la operaria mientras laboraba en la cocina en Rincón de los Andes hayan tenido alguna vinculación con la patología que padece.

De las constancias de autos surge que la demandante inicia su reclamo laboral sin la presentación de certificación médica que de cuenta de la incapacidad laboral y la relación causal de la enfermedad (art. 20 inc. E de la ley 921), más se le diagnostica hipoacusia neurosensorial izquierda progresiva y se recomienda cambio de tareas a un ambiente adecuado con baja exposición al ruido (fs. 43), el que es contestado favorablemente por la empleadora (fs. 55).

Asimismo, ante la denuncia formulada, la ART le comunica que rechaza la cobertura por tratarse de una contingencia no comprendida en el art. 6 de la ley 24.557 (fs. 49).

Los testigos (fs. 121 y ss.) dan cuenta de que la cocina en la que laboraba la reclamante era un lugar muy ruidoso. Lo mismo resulta de las actuaciones caratuladas “CORTES KUTSCHER PATRICIA HAYDE CONTRA RINCON DE LOS ANDES S.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte.: (18668/2006), sen. 4 de Febrero del año 2011, al punto que se acoge la acción civil por daños y perjuicios ocasionados, entre otros, por tal motivo.

El perito médico establece que del estudio audiométrico emana que la afección padecida no es compatible con una hipoacusia inducida por el ruido, se trata de hipoacusia neurosensorial unilateral, de manera que no tiene causa laboral (fs. 221/224 y 240/241).

El artículo 17 de la ley de procedimiento laboral dispone expresamente que: “El vencido será condenado al pago de las costas -total o parcialmente- aunque no se hubiesen pedido, pero los jueces podrán eximirlo de ellas cuando mediare razón fundada.” (cfme. Arts. 17 de la



Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 10 del Cód. Civ. y Com.; y 68 del Cód. Proc.).

La doctrina ha entendido que la eximición total o parcial de costas es una solución de carácter excepcional que sólo corresponde aplicar cuando existen razones muy fundadas y elementos de juicio suficientes para apartarse del criterio objetivo de la derrota. La norma no hace enunciación alguna respecto de los casos en que procede la exención, lo que implica que la interpretación queda al prudente arbitrio judicial.

Dice Palacio que la existencia de “razón fundada para litigar” constituye una “fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito”.

La razón fundada para litigar debe apoyarse en circunstancias fácticas o jurídicas que demuestren suficientemente la razonabilidad del derecho sostenido en el pleito (p. 74 y ss., Condena en costas en el proceso civil, Loutayf Ranea).

En particular, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones: “El principio objetivo de la derrota, conforme resulta del art. 68 del CPCC, y la distribución en proporción al éxito obtenido del art. 71 del mismo ordenamiento, rigen en materia laboral, aunque con algunas atenuaciones en virtud del carácter alimentario que invisten las pretensiones relacionadas con el contrato de trabajo para el trabajador, debiéndose aplicar los principios laborales, según lo establecen los arts. 16 y 17 de la ley 921 y 9, 11 y 12 de la LCT.” (“ARANEDA MARCOS DANIEL C/ BARCELO CARLOS JOSE AUGUSTO S/COBRO DE HABERES”, Expte. N° 40.119/2014).

A nivel nacional se ha dicho también que “Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B-1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C.. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas.” (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -I- 21/23, Sala I, CL0001 NQ, CA 861 RSD-21-96 S 8-2-96, Juez SAVARIANO (SD), Martí, María Dolores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Accidente. Acción Civil, MAG. VOTANTES: Savariano - Vergara del Carril-LDT).

Nuestro Superior Tribunal sustentó en una causa laboral que: “El criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de costas, no reviste carácter absoluto, dado que existen excepciones que facultan al juez a eximir al perdedor total o parcialmente cuando exista mérito para ello. Esta facultad del órgano jurisdiccional para apartarse de la regla general, debe ejercerse en forma restrictiva -constituyendo una hipótesis de excepción- y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta su aplicación” (“RAGNI, MARÍA ESTER C/ FONDO COMPENSADOR BPN Y OTRO S/ INDEMNIZACIÓN” (Expte. Nro. 143 - año 2007).

La Cámara Nacional del Trabajo ha afirmado que: “La exención de costas que autoriza el art. 68 del Código Procesal procede, en general, cuando media razón fundada para litigar, expresión ésta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del hecho invocado en el litigio, no tratándose de la mera creencia subjetiva en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo.”(Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV • 22/10/2010 • Leiva Duarte, Benjamin c. Sierra y CIA. S.R.L. y otro • AR/JUR/71455/2010, La Ley on line).

Atento el encuadre jurídico expuesto y teniendo en cuenta los elementos fácticos reseñados, considero que le asiste razón a la apelante en cuanto se verifican circunstancias objetivas que justifican una exención parcial de las costas, plasmándose el supuesto legal de excepción.

De los antecedentes de la causa aflora que la trabajadora seguramente elaboró su pretensión en la percepción de un lugar de trabajo ruidoso, las evidencias de que otros dependientes habían padecido problemas auditivos con tal motivo y demandado con éxito a la empleadora, y que ante el diagnóstico de su afección se le recomendó tareas adecuadas, alejándola justamente de ese ambiente laboral ruidoso.

Cabe tener presente por otro lado las dificultades que puede generar para la demandante la búsqueda de una certificación médica que reúna los requisitos necesarios ante la carencia de recursos económicos, sumando que no es obligatoria la concurrencia ante la C.M., en coherencia con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la L.R.T.

Estimo de menor relevancia el argumento traído por el magistrado en relación a la comunicación de la ART sobre la falta de vinculación laboral de la patología sufrida por la dependiente atento provenir de parte interesada.

Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se haga lugar al recurso interpuesto por la parte actora, revocando el fallo recurrido en lo que hace a la imposición de las costas, estableciéndolas por su orden en ambas instancia conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Tal mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:



I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, revocar parcialmente el punto 2) del fallo recurrido, imponiendo las costas en el orden causado (Cfr. arts. 17, segunda parte, Ley 921 y 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.).

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, conforme lo considerado, difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto se hayan regulado los correspondientes a la instancia de grado.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**“MOZETIC EDUARDO OMAR Y OTRO C/ MACIEL JUAN ANGEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACION (COMODATO, OCUPACION, ETC)”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 2569/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 26/10/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. TENEDOR. POSEEDOR. DEMANDA PROCEDENTE. EJECUCION DE SENTENCIA. DERECHOS DEL NIÑO. LEY APLICABLE. AUTORIDADES DE APLICACION.

1.- La circunstancia de detentar la posesión durante un tiempo, como afirman en la contestación de demanda, no cambia la condición de mero tenedor, siendo esa la relación de los demandados con el inmueble objeto de la acción -tenedores precarios- y por ello la acción de desalojo se impone.

2.- [...] de manera previa al desalojo, deberá otorgarse inmediata intervención al órgano de aplicación de la ley 2302, a fin de que se tomen las medidas pertinentes y adecuadas para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que habitan en el inmueble motivo de litigio.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintiséis (26) días del mes de Octubre del año 2016, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Gabriela B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención del Secretario de Cámara Subrogante, Dr. Alexis F. Muñoz Medina, dicta sentencia en estos autos caratulados: “MOZETIC EDUARDO OMAR Y OTRO C/ MACIEL JUAN ANGEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN EXISTENCIA DE CONTRATO DE LOCACION (COMODATO, OCUPACION, ETC)”, (Expte. Nro.: 2569, Año: 2010), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en la ciudad de Villa La Angostura.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la actora contra la sentencia dictada en fecha 20 de mayo del 2016 y obrante a fs. 210/214 y vta., que desestima la demanda entablada por considerar que la acción excede el estrecho marco del juicio de desalojo en tanto la demandada habría probado el carácter que invocara al contestar la demanda, no tratando las excepciones interpuestas, dado el modo de resolución, imponiendo costas y difiriendo la regulación de los honorarios.

II.- Contra tal decisión se alza el actor, expresando agravios a fs. 222/223, que bilateralizados obran incontestados por la contraria.

III.- Agravios de la actora:

La accionante se agravia por el rechazo de la demanda, dejando a salvo la firmeza de la decisión en relación a Juan Bautista Llanquileo



(fallecido), por quien interviene Sebastián Segundo Llanquileo por sí y en representación de Bautista Llanquileo (fs. 68/69).

En esos términos considera que la decisión es infundada y arbitraria, porque el resto de los demandados no probaron derecho alguno para repeler la acción promovida, agregando que tampoco tuvo en cuenta el juez la declaración de nulidad, por ausencia de ratificación, dictada a fs. 57.

Analiza las testimoniales rendidas afirmando que éstas no autorizan a tener por acreditado el carácter invocado por los demandados en particular Juan y Jorge Maciel, no teniendo valor probatorio alguno las manifestaciones por éstos formuladas, no habiendo además, redargüido de falso el título de propiedad agregado por su parte.

IV.- Que en forma previa al estudio de los agravios habré de evaluar si aquellos transitan el test de admisibilidad prescripto por el art. 265 del CPCC. En ese sentido y ponderado con criterio amplio y favorable a la apertura del recurso, considerando además los exiguos fundamentos esgrimidos por el Magistrado a la hora de fallar, entiendo que la queja cumple con escasa suficiencia y por ende autoriza su apertura.

Habré de decir también, como lo he sostenido en numerosos precedentes, que no seguiré al agraviado en todas sus alegaciones, sino aquellas que sean conducentes y tengan relevancia para la resolución del litigio.

V.- Dicho lo anterior analizaré el marco fáctico y jurídico del litigio traído a conocimiento, teniendo en cuenta que tanto la actora como la demandada se dicen con derecho al inmueble objeto del proceso, la primera acompañando el título de propiedad 4/6, ratificado con informe de dominio de fs. 176/177 y los segundos invocando el carácter de cuidadores, por autorización de Juan Bautista Llanquileo quien a su criterio detentaba la posesión del inmueble en cuestión.

Establecido lo anterior y dados los lineamientos establecidos por la CSJN, esto es, que "...es facultad privativa de los magistrados de la causa determinar las normas que deben regir el pleito y su vigencia en el tiempo" (cfr. Acuerdo 17 año 2014 -Cámara de Apelaciones del Interior -Sala II, 13-06-2014) y lo dispuesto por el art.7° del CCyC, similar con el viejo art. 3° del CC, como ya lo he resuelto en autos "QUIROGA SALOME C/ ESPINOSA PAOLA NATALIA Y CUALQUIER OTRO OCUPANTE DEL INMUEBLE S/ DESALOJO" (Expte.N° 58.247, Año 2.012) (Sentencia del 17/03/16 del Registro de la OAPyG de CCó) que "...establece como regla la aplicación inmediata de la nueva ley que rige no sólo para las situaciones y relaciones nacidas después de su entrada en vigencia, sino también para las consecuencias de las existentes, siempre que se trate de situaciones no agotadas, no teniendo además efectos retroactivos".

En esos términos en numerosos precedentes me he referido a esta cuestión ["TORRES ALEJANDRO EDUARDO CESAR CONTRA DIRECCIÓN PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - INCONSTITUCIONALIDAD LEY 24.557", (JZA1S1, Exp. Nro.: 5757, Año: 2007) (en Acuerdo N° 66, Año 2015, del Registro de la OAPyG de Zapala); "MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S.A S/ ACCION CONFESORIA" (Expte. JJUCII Nro.: 26568, Año: 2010) (en Acuerdo N° 84, Año 2015, del Registro de la OAPyG de San Martín de los Andes); "CARRIZO FAUSTINA C/ OBEID JUAN CARLOS Y OTRO S/ACCION DE NULIDAD", (Expte. Nro.: 29169, Año: 2011) y "MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES C/ URRRA ELISA Y OTRO S/ACCION REIVINDICATORIA", (Expte. Nro.: 23790, Año: 2009) (ambos en Acuerdo del 29/02/16 del protocolo digital de la Oficina de Trámite)]; dadas las características del proceso en discusión, que se dirige a lograr la recuperación de uso y goce del inmueble, y siendo una situación jurídica constituida bajo la vigencia del C.C., siendo la sentencia que se dicte declarativa de su existencia, la presente ha de quedar atrapada bajo esa normativa, sin perjuicio de la reglamentación procesal del instituto, arts. 679 siguientes y concordantes del C.P.C.C.

VI.- Sentado lo anterior y luego de un meduloso análisis de las actuaciones que contienen gruesos errores procesales, incurridos tanto por las partes como el juzgador, que a la fecha no pueden ser revisados por su firmeza, considero que la decisión en crisis debe ser revocada en relación a los demandados individualizados a fs. 13, y confirmar la misma en torno a Sebastián Bautista Llanquileo y Bautista Llanquileo, conforme las razones que más abajo se indicarán.

En aquella dirección no logro comprender la decisión a la cual arriba el juez de la instancia anterior, atento que ni de la prueba rendida en el proceso, ni de las normas jurídicas aplicables al caso, pueden extraerse las conclusiones del fallo, salvo respecto del que fuera en vida Juan Bautista Llanquileo. En orden al resto de los demandados y sin perjuicio de la declaración de nulidad decretada a fs. 72, no han logrado probar tan siquiera en forma indiciaria que ingresaron al inmueble en litigio por autorización del indicado más arriba, siendo cuidadores del mismo y reconociendo en éste la posesión del inmueble.

"...A cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea la posición procesal (Devis Echandía). La carga de la prueba no supone ningún derecho del contrario, sino que consiste en un imperativo del propio interés. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito..." (LLNO 201|0 (junio) 47 Cita online AR/JUR/9905/2010).

Pero además de lo dicho, el reconocimiento que efectúan los demandados, en particular Juan Angel Maciel y Jorge Omar Maciel a fs. 23/31, del carácter de cuidadores del inmueble y el reconocimiento de la posesión en cabeza de Juan Bautista Llanquileo, no resulta idónea para repeler la acción de desalojo, pues en orden al art. 2352 del C.C. "quien tiene efectivamente una cosa pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión de aquél".

La circunstancia de detentar la posesión durante un tiempo, como afirman en la contestación de demanda, no cambia la condición de mero



tenedor, siendo esa la relación de los demandados con el inmueble objeto de la acción -tenedores precarios- y por ello la acción de desalojo se impone.

En este sentido “La acción de desalojo persigue asegurar la libre disponibilidad de los inmuebles al que tiene derecho a ellos (arts. 2506, 2508 y 2513 del CC) cuando son detentados contra su voluntad por personas que entraron en posesión precaria (tenencia) mediante actos o contratos que por cualquier causa no pueden ya considerarse existente o en su caso, cuando se encuentran sin derecho y contra la ley en el uso y goce de cosa ajena...” (cf. Alsina “Derecho Procesal” T. III, pág. 402).

A mayor abundamiento, el actor justificó su derecho a accionar con la documentación que acompañó al momento de impetrar la acción, y el informe de dominio obrante a fs. 176/177.

“...El sucesor singular en el dominio adquiere todos los derechos sobre la cosa que tenía su antecesor, si recibe el inmueble alquilado, puede ejercer los derechos que tenía su autor. De tal manera es acertada la doctrina que otorga legitimación activa al nuevo adquirente, sea comprador, donatario o sucesor en el dominio por cualquier título. El adquirente es el sucesor de todos los derechos y acciones del enajenante y puede ejercer la acción de desalojo una vez que se le otorgue la escritura traslativa de dominio, aún antes de la tradición...” (cfr. “El juicio de desalojo” –Pedro León Tinti- pág 155).

Que conforme la forma en que propongo se resuelva la cuestión sometida a juzgamiento corresponde imponer las costas de Alzada a los co-demandados perdidosos (a excepción de los Sres. Llanquileo), al igual que las de primera instancia, las que deben ser readecuadas.

Por iguales motivos y argumentos, se rechazan las excepciones opuestas al momento de contestar demanda, con costas a cargo de los excepcionantes.

VII.- Por último, merece una pequeña disquisición la individualización de los condenados al lanzamiento.

Queda claro que el mismo no procede contra los Sres. Llanquileo, respecto a los cuales el recurrente consintió la sentencia de primera instancia, al excluir expresamente (véase fs. 222, punto 1) en la expresión de agravios al Sr. Juan Llanquileo (fallecido), representado por sus herederos, Bautista y Sebastián Segundo.

En relación a los restantes co-demandados, ha de recordarse que la litis se trabó con: Orlando Maciel (fs. 16vta.); el nombrado Juan Llanquileo (fs. 17vta.) (ahora representado por sus herederos); Mónica Andrea Castillo (fs. 18vta.); Jorge Omar Maciel (fs. 19vta.); Vanesa de Maciel (fs. 21vta.); Juan Ángel Maciel (presentado a fs. 23/31).

En cambio, no se trabó con Juan Manuel Maciel, toda vez que no existía persona llamada así al realizarse el mandamiento de constatación de fs. 12/vta. (lo más probable es que se deba a una errónea referencia del actor al Sr. Juan Ángel, que sí se presentó y con respecto a él se prosiguió el trámite).

Tampoco se trabó la litis con la Sra. Paola Liliana Cantoni, toda vez que la cédula agregada a fs. 22 no fue diligenciada, porque, según informó el oficial notificador “consultando por la señora Paola Liliana Cantón, la misma resulta desconocida en el lugar”. Ante esta información, nada hizo el accionante para lograr la correcta individualización de esta co-demandada.

Finalmente, no habiéndose remitido cédula a “eventuales ocupantes” del inmueble, como es de práctica, ni habiéndolos siquiera nombrado al individualizar a las personas contra las cuales se dirigía la demanda (véase escrito de fs. 13), estimo que la condena sólo puede alcanzar a los co-demandados aludidos líneas más arriba.

VIII.- Asimismo surgiendo del acta de constatación obrante a fs. 12 y vta., 204 y vta., la existencia de personas menores de edad y en un todo de acuerdo con el dictamen del señor Defensor de los Derechos del Niño y el Adolescente obrante a fs. 195 y vta., se otorgue inmediata intervención al órgano de aplicación de la ley 2302.

IX.- Por todo lo dicho propongo al Acuerdo: 1.- Revocar la sentencia dictada en fecha 20/05/16 y obrante a fs. 210/214, admitiendo la demanda contra Juan Ángel Maciel; Jorge Omar Maciel, Mónica Andrea Castillo, Orlando Maciel y Vanesa de Maciel, condenándolos a desalojar el inmueble identificado como lote ocho de la manzana once calle Cerro Inacayal N° 455 de la localidad de Villa La Angostura, a excepción de Sebastián Segundo y Bautista, ambos de apellido Llanquileo; 2.- Conforme los fundamentos expuestos se rechazan además las excepciones que interpusieran los co-demandados Juan Angel y Jorge Omar, ambos de apellido Maciel, cuyo tratamiento se consideró abstracto en la sentencia de grado; 3°.- Confirmar la sentencia en relación a Sebastián Segundo y Bautista Llanquileo; 4°.- Modificar la imposición costas de primera instancia, las que se imponen a los co-demandados con respecto a los cuales prospera la demanda; 5°.- Costas de Alzada a los co-demandados perdidosos (nuevamente, detallados en el apartado anterior); 6°.- Diferir la regulación de honorarios de alzada art. 15 L.A.

A su turno, el Dr. Dardo W. Troncoso, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia apelada, admitiendo la





demanda de desalojo impetrada contra Juan Ángel Maciel; Jorge Omar Maciel, Mónica Andrea Castillo, Orlando Maciel y Vanesa de Maciel, condenándolos a desalojar el inmueble identificado como lote ocho de la manzana once calle Cerro Inacayal n°455 de la localidad de Villa La Angostura, en el término de diez (10) días corridos, bajo apercibimiento de ordenar su lanzamiento.

II.- Hacer saber que, de manera previa al desalojo, deberá otorgarse inmediata intervención al órgano de aplicación de la ley 2302, a fin de que se tomen las medidas pertinentes y adecuadas para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que habitan en el inmueble motivo de litigio.

III.- Rechazar las excepciones de falta de legitimación activa y falta de legitimación pasiva interpuestas por los co-demandados Juan Angel y Jorge Omar, ambos de apellido Maciel, con costas a su cargo (art. 68 del C.P.C. y C.).

IV.- Readecuar la imposición de costas de primera instancia, las que se imponen a los co-demandados detallados en el punto 1) del presente fallo (Cfr. arts. 279 y 68 del C.P.C. y C.).

V.- Imponer las costas de Alzada a los co-demandados detallados en el punto 1) del presente fallo (art. 68 del C.P.C. y C.), difiriéndose la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

VI.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante

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

**“PANESSI HUGO OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA S/ ACCION DE AMPARO”** -  
Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial  
en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 8356/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/10/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

CONCEJO DELIBERANTE. CONCEJAL. MEDICO. EJERCICIO DEL CARGO. CESANTIA. SUPERPOSICION HORARIA. INCOMPATIBILIDAD. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. ARBITRARIEDAD. ILEGALIDAD MANIFIESTA. RECHAZO DEL AMPARO.

1.- Habrá de confirmarse la desestimación in limine de la acción de amparo iniciada por un concejal contra un municipio de la provincia del Neuquén, por el que solicita la reincorporación al cargo de concejal electo en el que fue declarado cesante por incompatibilidad sobreviniente, al desempeñarse también como médico de un hospital atendiendo en horario diurno, y no obstante no existir incompatibilidad horaria, pidió licencia sin goce de haberes para facilitar la organización en su puesto de médico la que le fuera otorgada; en tanto se trata de un caso de competencia originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia, y la mera invocación del carácter expedito del amparo no habilita a los tribunales ordinarios de la Provincia a arrogarse, sin más, la competencia sobre el conflicto. En estos casos, sustancialmente políticos, prevalece, por sobre el interés particular, un interés público e institucional y, para su resolución, el constituyente ha decidido que sean ventilados ante el máximo estrado local.

2.- La Carta Organica Municipal explícitamente prevé que el ejercicio de otro cargo en el Estado provincial genera incompatibilidad.

3.- Corresponde rechazar in limine la acción de amparo iniciada por un Concejar que fuera declarado





cesante por superposición horaria entre el ejercicio del cargo como concejal y su desempeño como médico del hospital, toda vez que el edil ha dado a entender que esa posibilidad (la superposición) finalmente se concretó. En ese marco, es entendible que en el Concejo Deliberante hayan interpretado que, recién en ese momento, se haya generado la incompatibilidad. De allí que no sea incorrecto, prima facie, catalogarlo como una incompatibilidad sobreviniente, y al tener encuadre normativo el accionar del Concejo, mal puede tachárselo de manifiestamente ilegal. Si aún así el edil demandante considera que el accionar de la demandada es inconstitucional, valen las consideraciones vertidas por el magistrado respecto al carril a escoger, esto es que se requería una mayor actividad probatoria, sólo posible mediante el ejercicio de una acción ante el Tribunal Superior de Justicia, con competencia originaria en la materia. Específicamente, el judicante consideró que la acción a entablar era la de Inconstitucionalidad, regulada por la ley provincial 2130 (repárese que, sin embargo, el accionante ni siquiera planteó la inconstitucionalidad del artículo 85 de la C.O.M.).

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 20 de Octubre del año 2016.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: “PANESSI HUGO OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA S/ ACCION DE AMPARO” (Expte. JVACII-8356/2016), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura; venidos a conocimiento de la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Llegan los autos del epígrafe a resolución de esta Cámara a raíz de la apelación interpuesta por la parte actora contra la resolución que declaró la inadmisibilidad de la acción de amparo promovida por aquél, en su carácter de concejal, contra la Municipalidad de Villa La Angostura.

La pretensión del accionante tiene por finalidad que se decrete la nulidad de la Resolución N° 16/16 emitida por el Concejo Deliberante de Villa La Angostura por considerar que la misma “avasalla arbitraria e ilegalmente” su derecho constitucional al ejercicio de la representación política como concejal electo; su derecho de defensa y las garantías del debido proceso e igualdad ante la ley. Asimismo, dice que la resolución transgrede previsiones de la C.O.M. (art. 245 y ss.) y, con ello, viola el orden constitucional.

Con ello, busca la reincorporación al cargo de concejal electo de Villa La Angostura, en el que fue declarado cesante por incompatibilidad sobreviniente mediante la resolución cuestionada.

II.- Sucintamente, para fundar el rechazo in limine de la pretensión el a-quo consideró que no se observaba ilegalidad o arbitrariedad manifiestas en el proceder del Concejo Deliberante, porque la C.O.M. explícitamente prevé que el ejercicio de otro cargo en el Estado provincial genera incompatibilidad.

Concretamente, el magistrado indicó: “Nótese que el art. 124 inciso 5 de la Carta Orgánica, expresamente dispone entre las incompatibilidades la función o empleo en los gobiernos nacional o provincial y tal disposición es aplicable por lo dispuesto en el art. 84 y 85 del mismo cuerpo legal. De ello se deriva que la Resolución N° 16/16 no se configura en principio como ilegal o arbitraria en forma manifiesta, más teniendo en cuenta que el propio actor conocía o debió saber las regulaciones imperantes en relación a su actividad laboral al momento de su postulación para un cargo de índole política...” (ver fs. 23vta.).

A raíz de la ausencia del carácter manifiesto el a-quo entendió además que se requería una mayor actividad probatoria, sólo posible mediante el ejercicio de una acción ante el Tribunal Superior de Justicia, con competencia originaria en la materia. Específicamente, el judicante consideró que la acción a entablar era la de Inconstitucionalidad, regulada por la ley provincial 2130.

III.- Contra la resolución escuetamente detallada, a fs. 27/38 presentó apelación y el correspondiente memorial de agravios la accionante.

A) En primer lugar cita de la resolución el apartado en el que el Sr. Juez de grado señaló que “se puede inferir que la resolución N° 16/2016 se basó en los art. 84, 85 y 124 inc. 4° de la Carta Orgánica” y, a fin de refutar el argumento, señala que los artículos referidos no habilitan a cesantear a un concejal transcurridos ocho meses de su mandato, aludiendo a una causal que se conoce desde el momento de su juramento (que era médico del hospital público).

Dice que la cesantía que habilita el artículo 85 de la C.O.M. es de aplicación en la primera oportunidad que se tenga conocimiento de una razón de incompatibilidad y eso fue (además de no existir, a su entender, motivo de incompatibilidad) al momento de solicitar la primera licencia sin



goce de haberes.

Relata que se postuló, juró y asumió el cargo, se le concedieron licencias y no mereció reproche alguno, conociendo expresamente la presidenta y los miembros del Deliberante que era médico de planta permanente del hospital público. Por eso, no habría incompatibilidad sobreviniente a criterio del apelante.

Afirma que también es errada la alusión del magistrado de que la Resolución se encuentra justificada en el art. 124, inciso 5° de la C.O.M., porque no tiene cargo en el gobierno provincial sino que es empleado de planta permanente de la Provincia, como la mayoría de los concejales, sin incompatibilidad horaria tampoco.

Tacha de irrazonable la interpretación del a-quo porque, a su entender, el artículo claramente persigue impedir que una autoridad electa sea a la vez parte de otros estamentos del Gobierno, es decir, que no sean autoridades que “gobiernan” en Nación o en Provincia. Pero que de ninguna manera podría impedir que los concejales o el intendente dejaran sus empleos como estatales, señalando –al respecto-, que la enorme mayoría de los concejales de Villa La Angostura, incluido él entre 1991 y 1995 han sido concejales y empleados de la Provincia al mismo tiempo. En su caso, como planta permanente de Salud Pública por más de 25 años.

También considera errada la interpretación del a-quo porque no contempla la excepción del art. 61° de la Constitución Provincial para docentes y profesionales, reglamentada por el Decreto 1648/92.

Se queja, asimismo, de que el magistrado haya aseverado que conocía o debía conocer la reglamentación antes de presentarse al cargo, porque, habiendo sido concejal desde 1991 y 1995, habiéndose desempeñado en forma legal e incuestionada, a la vez que como médico del hospital (inclusive siendo director del mismo), mal podía suponer que tendría una incompatibilidad para desempeñarse en 2015 nuevamente.

Reitera, como en varias ocasiones, que muchos otros concejales se han desempeñado también como empleados de planta en el Estado provincial, sin cuestionamientos y menos cesantías.

Señala que la C.O.M. no prevé entre las obligaciones de los Concejales el cumplimiento de algún horario. La única obligación es concurrir a las sesiones quincenales que son a las 20hs.

Concluye que no tiene incompatibilidad funcional, no tiene incompatibilidad horaria y no existe incompatibilidad sobreviniente que habilitará cesantearlo.

B) En segundo lugar se queja de que el magistrado considerara que la cuestión merece mayor debate o prueba.

Dice que la gravedad de la conducta, así como su manifiesta ilegalidad, torna procedente el tratamiento de la cuestión mediante la acción de amparo, pues la demostración de ambos extremos será fácilmente demostrada luego de la producción de la limitada prueba ofrecida y especialmente con las diligencias preliminares solicitadas.

Señala que no procede la declaración de inadmisibilidad de una acción de amparo excepto cuando la acción es manifiestamente improcedente. Lo contrario implica denegación de justicia. Además, agrega, la admisibilidad de la acción puede ser revisada al momento de dictar sentencia.

C) También se agravia por lo que considera una “lesión palmaria de derechos constitucionales”, ya que el accionar del Concejo, a su entender, vulnera el derecho a la representación política, impidiéndole ejercer en forma total el cargo para el cual fue elegido; viola el debido proceso y el derecho de defensa (citando, erróneamente, el artículo 35 de la Constitución Provincial), porque se le aplicó la pena máxima sin juicio político previo, ni sumario; y, por último, quebranta la igualdad ante la ley, porque varios concejales han tenido también la condición de empleados del Estado provincial, y ninguno ha sido cesanteado.

D) En cuarto lugar afirma que, si bien existe otra vía judicial, la acción procesal administrativa, y el correspondiente pedido de suspensión de la ejecución u otra medida cautelar, esas vías no son más o igual de rápidas que el amparo.

Con cita de jurisprudencia, se expone en este punto sobre el carácter manifiestamente arbitrario o ilegal del acto.

Dice que la acción procesal administrativa demora aproximadamente dos años hasta llegar a sentencia, y antes de su inicio debe agotarse la vía administrativa.

E) Finaliza con un acápite conclusivo a modo de cierre en el que reitera consideraciones ya vertidas.

IV.- A) Ingresando a la cuestión traída a conocimiento del Cuerpo, y comenzando por la plataforma fáctica, resulta que el accionante es concejal por el Partido Justicialista/FPV en la Municipalidad de Villa La Angostura. Juró en el cargo en el 11 de diciembre de 2015.

Simultáneamente era (y es) médico del Hospital Arraiz, atendiendo en horario diurno.

No obstante no existir incompatibilidad horaria, con fecha 16 de diciembre pidió licencia sin goce de haberes hasta el 31 de marzo del corriente año, para (en palabras del propio apelante) “facilitar la organización en mi puesto de médico del hospital”, la que le fue otorgada por resolución N° 28/2015.

Por nota del 30 de marzo solicita la prolongación de la licencia sin goce de haberes por 30 días más, que se otorgó por resolución N° 9/2016.

Nuevamente, con fecha 27 de abril presenta la solicitud de que se extienda la licencia hasta el 30 de agosto de 2018, indicando que se haga lugar a su pedido de “trabajar en los dos cargos con responsabilidad y no incurrir en incompatibilidades”, lo que, a criterio del Concejo Deliberante, fue una mutación de la licencia original (solicitada por motivos particulares) a una incompatibilidad legal (a estar a la documental incorporada por el



propio actor, particularmente a los considerandos de la misma resolución n° 16, la licencia solicitada se habría fundado en que, ante un pedido realizado por aquél ante la Subsecretaría de Salud para evitar incompatibilidad horaria entre ambos cargos, ésta se lo habría denegado).

Frente a esta situación, se resuelve cesantearlo por incompatibilidad sobreviniente (art. 85 de la C.O.M.) lo que desemboca en la presente acción de amparo, previa interposición de planteos nulificatorios en sede administrativa, los que fueron rechazados por el Concejo (cfr. fs. 5).

B) En el marco sucintamente descripto, y analizada la normativa en la que encuadra el caso de autos, concluimos que el rechazo in limine debe ser confirmado.

El artículo 3° de la Ley 1981 prescribe, entre otras causales, que: La acción no será admisible cuando: 3.1. Existan otros procesos judiciales o procedimientos administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía, salvo que a criterio del juez ellos resulten, en la circunstancia concreta, manifestamente ineficaces o insuficientes para la inmediata protección.

Pese a que el a-quo indicara que, a su criterio, debía interponerse acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, mientras que, a criterio del apelante, correspondería la interposición de una acción procesal administrativa, consideramos que existe otra vía idónea.

Así, partiendo por el artículo 242 de la Constitución Provincial, es de su competencia originaria y exclusiva conocer y resolver: En las causas de competencia o conflictos entre los Poderes públicos de la Provincia o entre las ramas de un mismo Poder, entre esos Poderes y alguna Municipalidad o entre dos (2) o más Municipalidades, o en conflictos internos de esas Municipalidades y en las cuestiones de competencia que se susciten entre los tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva (Cfr. art. 242, inciso b). Con mayor proximidad y correspondencia al supuesto de autos, la segunda parte del artículo 299 reitera la competencia originaria del Tribunal para conocer en las demandas de cualquier concejal por nulidad de actos de la mayoría del Concejo a que pertenezca y que se consideren violatorios de esta Constitución o de la Ley Orgánica Municipal.

Todo ello en concordancia con lo previsto en la ley provincial N° 53, que expresamente prevé la situación en sus artículos 88 y 89:

Artículo 88. Los concejales y miembros de las comisiones municipales podrán demandar ante el Tribunal Superior de Justicia, la nulidad de las resoluciones y ordenanzas dictadas por la mayoría de los integrantes de los respectivos cuerpos, cuando ellas sean violatorias de la Constitución o de esta Ley.

Probada y declarada la violación de la Constitución o de la Ley, en su caso, el acto impugnado y todos aquellos que de él deriven, serán declarados nulos y sin valor, con todas las consecuencias jurídicas que tal declaración lleve aparejada.

Artículo 89. El intendente municipal o cualquier concejal o miembro de comisión municipal que hubiera sido expulsado, suspendido o impedido de entrar en el desempeño de su cargo, podrá promover conflicto al Concejo o la Comisión, y éste debe ser estudiado y resuelto por el Tribunal Superior de Justicia, con los efectos mencionados en el artículo anterior.

Finalmente, viene al caso recordar que el artículo 85 de la ley 53 prevé la suspensión de la ejecución (por el Tribunal Superior) de las disposiciones controvertidas y la sustanciación del pertinente juicio ante la comunicación del conflicto.

C) Se trata, como se dijo, de un caso de competencia originaria y exclusiva del Tribunal, y la mera invocación del carácter expedito del amparo no habilita a los tribunales ordinarios de la Provincia a arrogarse, sin más, la competencia sobre el conflicto. En estos casos, sustancialmente políticos, prevalece, por sobre el interés particular, un interés público e institucional y, para su resolución, el constituyente ha decidido que sean ventilados ante el máximo estrado local.

En esa línea, el Tribunal Superior ha considerado que la Constitución Provincial lo inviste de autoridad exclusiva para definir las atribuciones de los poderes públicos en las dispuestas que pudieran suscitarse sobre el particular, atento a constituir en dichas hipótesis el supremo tribunal constitucional provincial, en razón de que al dirimir este tipo de litigios, actúa como órgano constitucional cuyas resoluciones habrán de ser dictadas en tal calidad, respetando el ejercicio de potestades que expresa, exclusiva y excluyentemente le son acordadas por nuestra carta magna provincial [Cfr. en este sentido Ac. 348/95 in re “Honorable Concejo Deliberante de Neuquén c/Intendente suspendida de Neuquén s/acción por conflicto de Poderes”. También, puede verse Ac. 484/97 en autos “Martinasso c/Concejo Deliberante de Cutral C6 s/Conflicto Interno de Poderes”].

En ese mismo orden de ideas se ha pronunciado en ocasiones más recientes: Como reiteradamente se ha sostenido, la intervención del Tribunal, en materia de conflictos internos municipales, escapa de los moldes tradicionales a los que se encuentran sujetas las controversias entre particulares. Se desenvuelve en un marco de contenido institucional, en el cual se limita a verificar la validez de los procedimientos seguidos en el seno de los órganos municipales y a apreciar la existencia de abuso o exceso de poder en la toma de la decisión que ocasiona el conflicto (cfr. Ac. 631/0). En esta materia, actúa como Tribunal Constitucional con una intervención de carácter especialísima, en tanto no es instancia común de revisión, sino extraordinaria de restablecimiento de la vigencia de la ley, quedando fuera de su órbita toda apreciación de conveniencia u oportunidad, para limitarse al control de la constitucionalidad o la legalidad del procedimiento (cfr. Scotti, Edgardo, “Conflictos Municipales en la Provincia de Buenos Aires”, La Ley, T. 1985-C, pág. 252). En cuanto a su tramitación, este Cuerpo reiteradamente ha considerado que la legislación formal aplicable es la específica de la ley 53 y, supletoriamente, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Neuquén. Precisamente, tal conclusión se halla vinculada a la trascendencia institucional que tiene la competencia constitucional que habilita al Cuerpo, a



dirimir este tipo de conflictos de sustancia más política que jurídica. (Cfr. Acuerdo n° 484/97 “MARTINASSO DANIEL ANTONIO - INTENDENTE DE LA MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO - C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE CUTRAL CO S/ CONFLICTO INTERNO DE PODERES”, en idéntico sentido, ACUERDO n° 458/97; R.I.3229/02, entre otras) [“HERRERA CARLOS MARCELO Y OTROS C/ SAEZ ISABEL MARCELA Y OTROS S/ CONFLICTO INTERNO MUNICIPAL (ACCIÓN DE NULIDAD)”, Nro. de Fallo: 6993/09, del 27/10/2009, Secretaría de Demandas Originarias. Publicado en: [www.jusneuquen.gov.ar](http://www.jusneuquen.gov.ar)].

Las diversas opciones existentes también tienen diversas aristas formales, pero, ante la inexistencia de un trámite legal expreso, el Tribunal Superior, en numerosos supuestos, y justamente por la naturaleza institucional de este tipo de conflictos y la gran repercusión que los mismos suelen tener en las comunidades en los que se suscitan, ha encauzado el procedimiento más allá del nomen iuris de las acciones entabladas, cuando advirtió la existencia de una contienda de esta clase, que habilitaba y requería su intervención [Cfr. Barrese, María Julia: “CONFLICTOS INTERNOS MUNICIPALES. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN LA PROVINCIA DE NEUQUÉN”, publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Editorial RAP, mayo de 1998].

D) Resta señalar que ha sido el propio Tribunal quien ha reconocido la delicada tarea que implica pronunciarse en este tipo de situaciones, por el fuerte contenido institucional que ellas encierran [Cfr. Acuerdo N° 1113/2005, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias, Fecha: 27/06/2005, e/a “GUTIERREZ OMAR Y OTROS C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE NULIDAD”, publicado en: [www.jusneuquen.gov.ar](http://www.jusneuquen.gov.ar)].

De allí que, si el mismísimo órgano jurisdiccional convocado constitucionalmente a dirimir estos conflictos ha puesto de resalto la dificultad involucrada en el emprendimiento de la labor, con mayor razón los tribunales ordinarios de la Provincia deben ser cuidadosos de no avocarse a su conocimiento.

En conclusión, tratándose de un supuesto de competencia originaria, exclusiva e improrrogable del Tribunal Superior de Justicia, habrá de confirmarse la desestimación in limine de la acción.

V.- A) No obstante todo lo dicho, considerando que se trata de un remedio que requiere de un análisis concienzudo y no meramente superficial, habremos de agregar que coincidimos con el magistrado en que no se advierte una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el proceder del Concejo.

El artículo 85 de la C.O.M.: El concejal que con posterioridad a su elección quede incurso en las causales del primer párrafo del artículo precedente debe denunciar dicha situación ante el Cuerpo y presentar su dimisión al cargo. De no hacerlo, será declarado cesante en la primera sesión en que se toma conocimiento de ello, bastando para provocar tal resolución la solicitud de cualquier ciudadano inscripto en el padrón electoral del municipio, previa acreditación de la existencia de la causal. La decisión al respecto debe ser aprobada con el voto favorable de los dos tercios (2/3) del total de sus miembros.

El artículo 84, al que refiere el 85, remite a las causales de incompatibilidad e inhabilidad previstas para los cargos de intendente y vice-intendente.

Entre las incompatibilidades previstas en el artículo 124, el inciso 5to indica: El ejercicio de función o empleo en los gobiernos nacional o provincial.

El decreto 1648/92, reglamentario del artículo 61 de la Constitución Provincial, en su artículo 7º, subordina el ejercicio simultáneo de los cargos públicos, entre otras exigencias, a la inexistencia de superposición horaria.

En el caso concreto, esta contingencia (superposición horaria entre el ejercicio del cargo como concejal y su desempeño como médico del hospital) se habría generado cuando al apelante la Subsecretaría de Salud le deniega una petición relativa a la carga horaria. Al solicitar la licencia hasta agosto de 2018, “para no incurrir en incompatibilidades”, el edil ha dado a entender que esa posibilidad (la superposición) finalmente se concretó. En ese marco, es entendible que en el Concejo Deliberante hayan interpretado que, recién en ese momento, se haya generado la incompatibilidad. De allí que no sea incorrecto, prima facie, catalogarlo como una incompatibilidad sobreviniente. En pocas palabras, al tener encuadre normativo el accionar del Concejo, mal puede tachárselo de manifiestamente ilegal.

Si aún así el edil demandante considera que el accionar de la demandada es inconstitucional, valen las consideraciones vertidas por el magistrado respecto al carril a escoger (repárese que, sin embargo, el accionante ni siquiera planteó la inconstitucionalidad del artículo 85 de la C.O.M.).

B) En un segundo orden, también ha de apuntarse que no se avizora una flagrante vulneración de derechos constitucionales como refiere el recurrente.

Específicamente, dice el actor que se estaría vulnerando su derecho a la representación política. No obstante, hasta la fecha, mediante sus continuas solicitudes de licencia (concedidas), el concejal prácticamente no ejerció nunca la función (repárese en que apenas 5 días después de jurar en el cargo, comenzó a gozar de licencias de manera ininterrumpida).

Nótese además, que si el Concejo hubiera hecho lugar a su nuevo pedido de licencia, realizado en abril del corriente año, tampoco se encontraría ejerciendo el derecho fervorosamente invocado, ya que el extenso y llamativo lapso comprendido en la solicitud (hasta agosto de 2018) prácticamente abarca todo el mandato.



Es decir, en la situación de hecho concreta, el actor no estaba ejerciendo el derecho que alega vulnerado, ni parecía estar en sus intenciones hacerlo a corto o mediano plazo.

A modo de cierre, como bien ha señalado el Tribunal Superior de Justicia, específicamente en supuestos como el de autos, 'debemos tener presente que, cuando los órganos de gobierno actúan en ejercicio de poderes privativos, sus actos escapan, en principio, al "control" jurisdiccional, pues cada uno de ellos interpreta y aplica las normas constitucionales por sí mismo. Es un hecho muy grave que este Tribunal se inmiscuya en el funcionamiento de los restantes órganos del Estado, y como tal, debe ser reservado para situaciones igualmente graves, excepcionales y justificadas. Porque si la función de los jueces es hacer justicia en un caso concreto -más aún cuando lo que se solicita es la declaración de nulidad de una norma emanada de un poder público-, el pronunciamiento no puede ser el fruto de un exámen puramente teórico de la interpretación de los preceptos jurídicos. La sentencia, justicia en acto, debe operar sobre la singularidad concreta y contingente, y debe tener como finalidad dirimir un conflicto real, en el que exista un perjuicio también real y concreto. No se trata de realizar ejercicios académicos. La revisión judicial en juego, por ser una de las funciones más delicadas a encomendarse a un Tribunal, sólo es practicable como razón ineludible para la reparación de un perjuicio concreto' [Cfr. Acuerdo 1113, e/a "GUTIERREZ", ya citado].

IV.- Las costas de Alzada han de ser impuestas al apelante perdedor.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución de fs. 21/25 y, en consecuencia, confirmarla en aquello que ha sido materia de agravios para el recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada al apelante perdedor, difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

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

DEREHO PENAL: Delitos contra la propiedad.

USURPACIÓN. PUEBLOS ORIGINARIOS. DERECHO DE PROPIEDAD ANCESTRAL. ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO.

Corresponde absolver a los imputados en orden a la comisión del delito de usurpación en calidad de autores (cfr. art. 181, inciso 1º y 45 del C.P., 178 y ccs. del C.P.P.N.). Ellos desde su perspectiva de cosmovisión (principios sagrados de armonía, equilibrio e interrelación con la Tierra) y en función a su legado (de transmisión en generaciones y por lo tanto consuetudinario), sabiendo que por esos lugares transitaron y ocuparon sus antepasados, obraron con error culturalmente condicionado, que obstaculizó la meridiana comprensión de la norma penal, extremo que se concluye en el análisis de la culpabilidad.

**Texto completo:**

Zapala, 9 de Noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar Sentencia en el presente caso penal -legajo N° 15.455/2015-, caratulado "NAHUEL, MARIA MIRTHA; SILVA, MARCIANO; S/ USURPACION". En el Tribunal de Juicio, interviene como Juez Penal, el Dr. Gustavo Ravizzoli y son partes, por el Ministerio Público Fiscal, la Sra. Fiscal Jefe, Dra. Sandra González Taboada y el Asistente Letrado Dr. Diego Chavarría Ruiz, como Querellantes particulares los Dres. Emilia Bortolato y Rubén Bortolato, y la Dra. Micaela Ramello, en representación de los sometidos a proceso.





#### I. Presentación del caso. Teoría de los acusadores. Lineamientos de defensa.

Los imputados son NAHUEL MARIA MIRTHA, DNI 14.024.567, y MARCIANO SILVA, DNI 17.095.788, ambos con domicilios en Puesto Araña Mun, Espinazo del Zorro, Las Coloradas, quienes llegan a juicio oral, conforme la acusación enunciada por el Ministerio Público Fiscal por el siguiente hecho. Que Marciano Silva y María Mirta Nahuel, el día 23 de abril de 2015, en horas de la tarde, para ingresar con sus animales, aproximadamente 200 chivas, 3 caballos, 30 vacas y un vehículo Citroen tipo Berlingo dominio DJT-750 de su propiedad; con pleno conocimiento que se trataba de una propiedad privada del denunciante, voltearon el alambrado al lado de la tranquera de la Estancia Santa Marta, ubicada en el Paraje Espinazo del Zorro, departamento Catan Lil, provincia del Neuquén, identificada como parte del lote X y XI Sección 27 y parte lotes 20 y 21 de la sección 26, nomenclatura catastral N° 11-RR-019-7178 propiedad del Sr. Luis Georges Sylvain Boez.- De esta forma Silva y Nahuel ingresaron de manera clandestina a la propiedad, ocupando un galpón allí existente de piedras de 8 x 8 mts. aproximadamente, orientado hacia el cardinal Este sobre la margen norte de la Ruta provincial n° 20; existiendo en su interior colchones, una carpa, caja de víveres, sillas, etc.; despojando de esta forma parcial e ilegítimamente a su verdadero propietario del pleno ejercicio de posesión preexistente sobre dicho inmueble. Dicha plataforma fáctica fue calificada como usurpación en calidad de autores (Arts. 181 inc. 1° y 45 del C.P.).

Seguidamente el Querellante Particular expresó adherir a la presentación del caso efectuada por el acusador público, enfatizando que al presente caso debía dársele un marco. Que la norma repele el uso y goce pacífico sobre el campo comprado en el 2010 y explotado desde entonces y que la posesión estaba en cabeza su representado. Que ya era un campo productivo. Que se estaba queriendo justificar un oportunismo. Anticipó entonces, que los imputados irrumpieron a la posesión pacífica de Boez.

La Defensa, a su turno, se limitó a manifestar que iba a probar la inocencia de sus asistidos.

#### II. Producción del plexo probatorio.

El testigo Jorge PINCEMIN dijo: “Soy administrador de estancias. Desde hace 6 años desde lo contable y administrativo. Apoderado del Sr. Luis Georges desde el 2010 ó 2011, primeros días del 2011. Conozco a Silva y Nahuel cuando fui con el Oficial Baigorria y otros dos policías más, fue en días de abril, primeros días de mayo, tuve una conversación. Antes no los había visto, jamás.

En abril de 2015, nuestro capataz anterior, Agustín Cordero, vio que había personas en la Estancia Sta. Marta, se apersonó y les dijo que era una propiedad particular. Estábamos haciendo reparaciones. Fue el momento del Volcán Calbuco y Nahuel le dijo que era unos días nomás, que estaba haciendo su trashumancia. En un primer momento estuvieron en un galpón que data de 1908, y fue primero de Trujillo, luego de Osvaldo Pesqueira y en dic de 2010, a nombre de Luis Boez. Luego esa gente pasó al puesto, del galpón al puesto. Con Baigorria habremos ido en la primera semana de mayo. Fue la primera vez que fui ahí. Ese día vi un montón de gente, Silva, su señora y gente, vecinos nuestros, que no sé, estarían festejando algo. Me dijeron que se habían quedado por la suspensión del volcán Calbuco y que en unos días se irían. Vi que había chivas, en unas 300 estimadas. Nosotros tuvimos que salir a alquilar un campo para los 200 vacunos. Tuvimos un perjuicio grande. Era un vehículo bordo, una berlingo.

Entraron por la parte derecha de la tranquera, volteando un alambrado, de forma violenta porque rompieron el alambrado. Entramos con el vehículo del Oficial Baigorria y con Fernández que es un puestero de enfrente que tenía llave, aparte del Capataz (Agustín Cordero). Volví dos veces, en esas oportunidades, con la policía y hubo agresiones y no pudimos desalojarlos (la orden fue de la justicia civil). Refaccionamos el puesto. Hay dos casas, una casa y el galpón.

El puesto se hizo en el año 71 por la familia Pesqueira. En esos días estaba cerrado por el volcán. En ese sector no conozco que haya habido reclamo de terrenos por parte de comunidad mapuche. La Comunidad Rams es lindera a la Estancia Santa Marta. Tengo vínculo con ellos, empleados de esa comunidad. De trato cordial. Hemos tenido alguna diferencia por vecindad pero no más. Pude identificar un ex empleado nuestro, Daniel López y Peralta ese día. El titular del campo viene, recorre a pie. En unos días más viene. Ese campo lo hemos tenido con animales y ya venía con animales de la familia Pesqueira. Hicimos 7 km. de alambre, diques, muchas mejoras en esos cuadros.

Hoy nosotros no podemos hacer usufructo de esos campos. Un perjuicio enorme. No podemos cumplir objetivos. Salimos a arrendar. Yo vi la escritura de propiedad”. Se exhibió la misma y la reconoció.

Seguidamente, a preguntas de la parte querellante dijo refiriéndose a la escritura: “Estar a nombre de Boez y haber comprado por medio del gestor Rambeau (...) Desde enero, febrero de 2010 ya estábamos con animales. Con 10 toros, hoy hay 27. Al puesto no puede ingresarse por otro lado, sólo por la tranquera que está con candado. Hemos visto huellas también del vehículo.

Las remodelaciones del puesto, fue ponerlo casi a nuevo. Con puertas, ventanas, estufa a leña, faltaba sólo el tanque de agua. La puerta estaba con llave.

Había materiales de construcción. Ellos no nos dejaron seguir más.

La denuncia la hace Agustín Cordero el 23 de abril en Comisaría”. Se exhibe la misma y la reconoce con la firma de Agustín Cordero.

Al conainterrogatorio de la Defensa dijo: “Soy también martillero público de la empresa Andina S.A. en la estancia no vivía gente, estábamos refaccionando el puesto para poner en condiciones de habitabilidad. Estaba el ganado. Es un cuadro chico de 2.400 ha, la Estancia Santa Marta.

No sé si Fernández lo conocía o que les haya entregado una llave. No creo que lo haya hecho. El alambre estaba en perfecto estado. Estaba volteado. Estaba el vehículo en el galpón. Estacionado No recuerdo que tuviera daños, solo vi la parte trasera. No pudimos continuar con el alambrado por este





tema. El corral es de piedra es muy antiguo, hecho por la familia Trujillo. Boez compró en el año 2010, diciembre de 2010. La compra la hizo el Sr. Rambeau como gestor de negocios para Boez, para cumplir el traspaso de dominio”.

Respecto a la consulta puntual en cuanto a que el escribano dio cuenta en la escritura que no se hizo el pedido por tierras comprado por un extranjero manifestó: “no soy un técnico en la materia (...) Si el Escribano actuó entiendo que estaba todo en condiciones para hacerlo”.

Tras ello, la testigo Natalia ROMERO, expresó: “Estaba como werken y estaban los integrantes en Araña Mun, un lugar de la familia Cheuqueta y luego familiares de Silva y Nahuel. Se redactó un acta en que por decisión de asamblea se decide que no se acompañaba la acción, bajo presión de Fiscalía en complicidad con el Dr. Mendez.

Tengo conocimiento que hace 100 años vivían en esa zona nuestros antepasados.

Participaron de la asamblea muchos integrantes. Personalmente firmé como secretaria respetando la decisión de la Asamblea. Si firmé una nota. No recuerdo haber acompañado documentación. Firmaron Bacuñan Carlos, como Lonco y Bascuñan Leonardo, como tesorero.

Fiscalía nos obligaba a que se tomara una decisión rápido. El Dr. Mendez fue abogado de la comunidad. Con que Fiscalía exigía una respuesta. Las cuestiones se resuelven en asamblea y ella es soberana. Silva y Nahuel, veranaban, no recuerdo el lugar”.

Al contrainterrogatorio de la Defensa expresó: “En la asamblea está toda la comunidad. En ese momento había conflictos con la Minera y la comunidad. La familia Cheuqueta estaba hace más de cien años. Desconozco si tiene familiaridad con Silva.

Las veces que nos reuníamos con la comunidad constantemente Fiscalía exigía una respuesta a través del Dr. Mendez. Silva y Marciano son miembros de la comunidad Felipin”.

A su turno, Héctor BAIGORRIA, manifestó: “Soy Oficial Inspector. Efectivo policial hace 14 años. Conozco a Silva y Nahuel. El encargado de la estancia va hasta la comisaría 48 para hacer saber que ingresaban en la Estancia Santa Marta. Era Agustín Cordero. Fue después de 3 o 4 días de la erupción del volcán. Ingresamos a la Estancia y Agustín tenía la llave y ahí los conocí; estaban en un galpón lindante a un puesto que estaba refaccionando. Nos contestan que estaban en la trashumancia hacia Los Molles desde el Chachil y por esa razón, por el volcán, no había manera de orientarse porque oscureció a las 10 de la mañana. Voltearon un alambrado del extremo derecho parado de frente a la tranquera. Había un F100, vieja, del 65, y un berlingo. Estaban en el Galpón de unos 25 x 15 metros. Los animales estaban adentro del galpón. No recuerdo si fui con Pincemin o Cordero, pero sí que dijeron que se quedaban hasta por un tiempo prudencial hasta que se aclarara, una semana más para refugiarse ahí. Era Jorge Picemin, que les hace saber que estaban refaccionando un puesto y que ellos tenían que llevar 150 vacas y que entendían la situación.

A la semana Jorge va a la Comisaría. Nos dijeron que no, que no continuaban camino. Argumentaron derechos ancestrales de su papá y su abuelo y que iban a ver la posibilidad de recuperarlos. Y luego fuimos a la Comisaría y se radicó la denuncia y se habló con el Dr. Jofré de la Fiscalía.

En la segunda oportunidad se hizo una inspección ocular, con fotografías, con 200 animales, yeguarizos y vacunos. Estuve charlando con Silva y Marciano y les hice saber de la situación. Dejé constancia el lugar por dónde ingresaron”.

Seguidamente se exhibieron fotografías, proyectando imágenes contenidas en un dvd, donde pudo observarse la tranquera con candado y cadena. Alambre volteado y pisadas. Un galpón con nylon negro –entre otras imágenes-.

Y continuó diciendo: “Al pasar un par de días estaban primero en el puestito que era la prolongación del galpón. Se ve el rodado berlingo. El galpón tenía una parte techada y otra no. Había un puesto viejísimo de adobe. Había herramientas que indicaban que estaban refaccionando el puesto. Había un tanque de agua y caños de pvc. A los días estaban en el puesto refaccionado. Recuerdo haber efectuado 6 constataciones al menos para ver la ausencia, para hacer fichas, para ver cantidad de animales. Desde la tranquera son 400 mts. No se veía de la ruta. Algunas veces los encontré, otras no”.

A preguntas de la parte querellante precisó: “Desde Comisaría a la Estancia habría 60 km. Ellos un día regresan a la Estancia y quieren entrar y hubo una confrontación con efectivo policial lesionado (Virginia Hermosilla). Ellos ingresan bordeando un cerro. Luego de charlas la relación con ellos fue buena.

Me permitieron hacer las diligencias. Yo llego a las Coloradas el 9 de marzo de ese año y eso fue en abril pero cuando llego me dicen que iban hacia Los Molles. Hay cinco comunidades Felipin, Rams... Ellos pertenecían a la Comunidad (primero me dijeron Rams y luego a otra) fui a buscar a la Lonco, me dijo que eran de la Comunidad Felipin, entonces fui a hablar con Ricardo Bascuñan que era el Lonco y me dijo que estaban reunidos como comunidad para resolver la situación de Nahuel y Silva. Marciano me indicó la nota, yo fotografié eso y la incorporé a la causa. Que la comunidad avalaba la toma de la tierra argumentando que la familia Silva no tenía campo de pastoreo”.

Reconoció seguidamente las actas en las que intervino, su firma y letra. Del 5 de mayo, del 19 de junio y 28 de julio, todas del 2015 y del 2 de marzo de 2016. Agregó también: “Siguen Marciano y Silva, eso fue hace 20 días (...)se observa la camioneta, no porque haya entrado, sino lo visto desde la tranquera”.

A intervención de la parte querellante dijo: “... no sé dónde vivía, sólo que estaban en Los Molles. Desde Santa Marta al paraje Chacayco, donde ellos se reúnen, es a 35 km.”.

Al contrainterrogatorio de la Defensa manifestó: “Anterior al hecho no sé si vivía gente en Santa Marta. Yo llego el 9 de marzo. Ingresaron por la derecha de la tranquera que tenía candado. No recuerdo la entrevista en Fiscalía, entiendo que es contradictorio pero lo documento con fotografía y



era notorio, había alambre volteado y las huellas quedan. No recuerdo en qué contexto fue la pregunta... El alambre era deteriorado, común de 7 hebras. Fotografí el acta que me ofrece Marciano, no recuerdo fecha. Recuerdo que el 19 de junio dije que había 2 candados, colocaron sus cadenas y candados y ellos se comenzaron a manejar”.

A su turno, Carlos BASCUÑAN manifestó al Tribunal: “Conozco de la comunidad Felipin a Silva y Marciano. Fui Lonco durante el 2014 hasta mayo de 2016. Recuerdo a Mena Carlos, Romero Natalia, que fue mi werken. Antes que nada quiero decir que esto quede en las manos de Dios. Nosotros somos pasajeros y Dios está conmigo. El tiene la verdad. Recuerdo que había un abogado de la comunidad, Pablo Méndez, que nos pidió los papeles que teníamos que presentar en Fiscalía. Ese abogado pidió un acta de la comunidad e hicimos una reunión donde a Marciano no se lo apoyaba. Lo hizo hacer ese abogado, estando al frente de la comunidad. Mendez no intervino en esa reunión. Yo recuerdo haber mandado un acta a Fiscalía porque él lo mandó a hacer al Fiscal. Eso fue entre abril o junio. Entre la reunión y nota hubo diferencia de tiempo”. Reconoce el acta y su firma. Fecha del acta 7 de mayo 2015 y nota 19 de junio de 2015.

También precisó: “Los problemas la comunidad se resuelven a través de un abogado que nos guiaba. Después presentamos los papeles y el después se retiró de la comunidad. Yo cuando me retiré me sentí criticado. Yo trato de hacer siempre lo mejor. En este caso se trató lo de Silva y Marciano en la comunidad.

El abogado pidió un relevamiento que no apareció. Lo llevamos a Asamblea. En esa asamblea no se resolvió nada porque no es un campo relevado. Silva y Nahuel me trataron de infeliz. Pero si sé que los antepasados supuestamente lo usaron.

Yo considero que esas tierras eran de antepasados. Estaba relevado pero faltaba la carpeta. Ellos eran del Chachil. Veranaban, no recuerdo el nombre. Anteriormente conocí de reclamos pero yo no era Lonco. Está la comunidad Rams, Paineo y Cayupan. Lindan las Comunidades Felipin y Rams”.

A preguntas de la parte querellante dijo: “... ubico la Estancia Santa Marta. Estuve cuando era chico”.

Al contrainterrogatorio de la Defensa manifestó: “Los conozco, me conocen ellos desde niño. Las críticas fueron porque uno no hiciera nada por la comunidad. Me comunicaba con el Dr. Pablo Méndez algunas veces. El diálogo era respetuoso. No sé por qué se fue. Le pidió documentación a la Comunidad. El me mandó a hacer la nota. El la trajo a Fiscalía. Por lo que me cuentan mi mamá y mi padre hubo antepasados. Se trasmite de generación en generación. Conozco a los Cheuqueta y pertenecen a la Comunidad Cayupan.

La tierra viene de los antepasados. Antes se vivía de la tierra. Nada los mapuches podemos llegar a hacer sin la tierra. La tierra da de comer todos los días. Es algo especial para uno. A veces lloramos por un pedazo de tierra que nos están quitando. La veranada de la Comunidad Felipin es Chachil. Los límites no lo dividen los alambrados. Lo hacemos por lugares”.

A su turno, Jonhatan MORALES, dijo: “Estuve 6 meses en Las Coloradas. Soy efectivo Policial. Conozco a Marciano Silva por mi función. Lo notificamos de una presunta usurpación. Fui con Baigorria y Arenas, llegamos al lugar y lo notificaron al Sr. Silva y le tomaron unas huellas. Estaba con muchos animales. Solo. Quería saber de qué lo venían a notificar. La Sra. aparentemente estaba en Zapala por lo que dijo Silva. Apenas entramos estaba la tranquera, son 700 mts hasta la casa. A mano derecha donde estaba Silva, que eran dos habitaciones y atrás tenía animales y de lado izquierdo un galpón para tener animales. En ese momento no observé vehículo. Yo era disponible. Ayudo al Oficial de Servicio y terminé como testigo porque no había gente en el lugar porque es apartado ahí”.

Al interrogatorio de la parte querellante expresó: “... no recuerdo obra que se estuviera construyendo”.

A intervención de la Defensa dijo: “Está todo alambrado el predio, la Estancia.

No recuerdo como estaba el alambrado”.

Compareció luego el testigo Carlos Oscar PALAVECINO, y expresó: “Estoy trabajando en una Estancia de Campo Grande, a 5 km de las Coloradas. Conozco la Estancia Santa Marta. Está en Espinazo del Zorro. El se metió al campo en la Estancia. Fuimos con el encargado Cordero y lo acompañé. Me dijo tengo que ir a ver al hombre que se metió en las casas. Vimos por dónde había entrado, por el lado del costado de la tranquera. Habían volteado el alambre. Estaban las marcas del auto que había pasado. El habló con el hombre y estaba su señora.

Cordero habló. Fuimos en la camioneta de la Estancia. Entramos por la tranquera en vehículo. Estaba cerrada, con llave, con candado. Alrededor vi un auto una camionetita bordó (al costado del galpón) y unas chivas, unas 200, por ahí, unos caballos. Había un puesto que estaban arreglando, había unos albañiles que los había contratado el dueño de la Estancia. Ellos estaban con el campamento en el galpón. No volví a ir. Yo soy criado allí. A Silva y Nahuel los he visto por ahí algunas veces. No recuerdo que hayan ingresado antes. Yo vi al dueño del campo. Don Luis Boez. Viene siempre los fines de año”.

A preguntas del querellante manifestó: “... los dueños hacen ganadería, trabajan con las vacas. Hemos hechos alambrados, canales. Yo lo vi. Se estaba renovando el puesto. Uno de los apellidos del albañil es Muñoz. La empresa era la de Cordero que hacía el alambre. Habían vacas. He pasado y he visto talado el pasto, comido por los animales, está Don Silva”.

A intervención de la Defensa precisó: “Anteriormente está el puestero del mismo campo, pero al frente. No sé hace cuánto está así.

Conozco la Comunidad Rams que está en la parte de Media Luna. El abrió la tranquera, Cordero. Como construcción antigua hay unas casitas atrás, de adobe”.

Virginia del Carmen HERMOSILLA, precisó: “Soy policía desde hace 5 años. En Neuquen y en Las Coloradas desde junio de 2012. A principios de



marzo hicimos una constatación en Santa Marta. Encontramos un lugar vacío, abandonado, no había animales. Marzo de 2016. Con un galpón grande, una casa toda cerrada con árboles. Recorrimos el lugar. No había gente. Entramos caminando. Estaban Espinosa y Baigorria ese día. El oficial hizo un acta. Creo que firmé como secretaria. Después el 16 me convocan para cubrir servicio adicional. Fuimos con Baigorria, Mariqueo y Arenas. Nos quedamos en la entrada, mediante lo civil había sido entregada la propiedad al administrador. Ahí estuvimos y a la tarde cayó la familia Silva, doña María, una hermana con problemas de salud (aducían que tenía discapacidad) de ella y un menor. Yo vi que a la hermana le costaba hablar. Ya había un candado nuevo. Empezaron a agredirnos en forma verbal y Don Silva se acercó a la camioneta y sacó una stilson y una barreta. El quería voltear el alambrado. Yo sujeté una golondrina que él quería soltar y me dio un golpe con la stilson. Lograron aflojar la golondrina y bajaron el alambrado. La idea era entrar con la camioneta; le intentamos explicar que no podían entrar.

Se pusieron agresivos. Me dejaron a la Sra. que tenía enfermedad y sólo le dimos agua y pan. Y Ellos se vinieron para Zapala. Don Silva su hijo y la Señora luego entraron a la casa y el chico que había quedado como cuidador tuvo que salir. Rodearon la barda donde no se veía. Ellos estaban todos con cuchillos. Nosotros sacamos al chico y esperamos refuerzos” (Reconoce firma del acta del 2 de marzo de 2016).

Al interrogatorio de la parte querellante expresó: “... el Juzgado Civil de Zapala dio la orden. Realicé una denuncia por las lesiones”.

Seguidamente, a intervención de la Defensa manifestó: “Se quedó con nosotros una hora, hora y media la hermana. En el hospital constataron mis lesiones. La camioneta estaba sola a un kilómetro más o menos, y ahí se bordea la zona que va hasta la casa”.

En la segunda jornada de juicio, el testigo Agustín CORDERO, manifestó:

“Trabajo en el campo. Criado en el campo. Siempre en Neuquén y en Córdoba. Trabajé en Estancia Santa Marta, por dos años. Queda en Espinazo del Zorro y Valle del Lapa. En ese momento era el encargado y yo vivía en otro campo. Teníamos un puestero que me dio aviso, creo por radio, que se había metido una persona al puesto que estábamos reparando. Justo fue el tema de la ceniza. Había entrado una persona, lo fui a ver, el puestero era Héctor Fernández (que era de la margen de enfrente). Le dije a Marciano, le expliqué que era un campo que no podía estar ahí. El argumentó que era por el tema de la ceniza. Le expliqué la situación y me fui. Le dije que se tenía que retirar. Después tuve que hacer la denuncia, se metió en principio al galpón con animales, luego se fueron al puesto. El campo estaba en producción, tenía vacas. Fui a ver a Silva con Carlos Palavecino. Fui varias veces. Hay una tranquera, de frente a la derecha ahí entraron. Voltearon el alambre. La tranquera estaba con candado. Vi los animales y como que se asentaron ahí, había chivas, una punta de vacas y algunos caballos. Un galpón y un puesto (es una casa). En reparación estaba el puesto y el proyecto era también reparar el galpón. No vi a Nahuel y Silva en esas fechas anteriores. Se hablaba pero con la Comunidad Rams, pero con la comunidad esta no. Están en Chacayco, lejos, es otro valle. Chacayco de la estancia estará a 15/20 km, que empieza la zona. El propietario del campo es Luis Boez. El alambre estaba tirado, estaban las huellas con un vehículo. En su momento cortaron nuestro candado y pusieron otro. No pude entrar más. La denuncia fue en ese transcurso, no recuerdo fecha. Abel Muñoz era el contratista del puesto que tenía sus empleados ahí. Ellos se tuvieron que ir, porque no los dejaron trabajar más. La última vez que fui fue en marzo de este año, había un desalojo y un operativo. Ellos estaban ahí”.

A preguntas de la parte Querellante expresó: “... nunca los vi antes. Llave tenía Héctor Fernández y yo. Se creó un proyecto para producir carne de la Patagonia, se contrató gente especializada, más gente asesores externos. Se seguía producir carne sana y teniendo en cuenta el medio ambiente. Era a largo plazo.

Se hicieron mejoras, canales, reemplazo de alambres. Quedó trunco. Lo de los canales hay que mantenerlo. El pasto se perdió todo. Se alquiló un campo en Quillén, se llevaron vacas en un camión. El puesto era muy viejo que lo estaban dejando a nuevo, habitable. El puesto también estaba con llave. Los propietarios antes eran Izasi y Pesqueira. Con actividad ganadera”.

Al contrainterrogatorio de la Defensa dijo: “... en ese momento estaban viviendo los albañiles. Antes estaba Fernández en otro puesto. El tenía llave de la tranquera. La del puesto la tenía yo. No sé si Fernández conocía a Silva y Nahuel.

Hay un galpón y un puesto. La casa tenía piedra y ladrillo. A la par hay una taperita de adobe. Y hay un corral de una chacra antiguamente. Un cuadro que se utilizaba”.

Héctor Fernández, manifestó: “Soy Indígena de Media Luna. La Estancia Santa Marta queda cerca de Espinazo del Zorro. Estuve 5 años trabajando con Isazi y Pesqueira. Recorría. Vivía en La Adelina, cerquita de Santa Marta. Desde ese puesto se puede ver Santa Marta. Llegaron ellos, se metieron para adentro, estaba tremenda la ceniza que no se podía andar. Los fui a ver. Volteó un alambre, se metió con una camioneta. Le dije que le iba avisar a los patrones.

El me dijo “avísele”, nada más. Yo le avisé a Cordero y a Jorge Pincemin. Le avisé por Handy. Estaba el alambre caído. Se estaba haciendo un puesto nuevo. En ese momento no había gente, por la ceniza. Vi animales cabríos. Vi una camioneta roja. Bajaron un poste. La tranquera estaba con llave. Siempre se manejaba con llave. Yo tenía llave. Pasé por la tranquera y lo fui a ver. En esos años no los vi a Nahuel ni a Silva. Pesqueira era un doctor creo. Nunca parece que hubo conflicto, era tranquilo. La comunidad más cerca es la de Rams y después la de Filipin, retiradita. Después no fui más. El dueño es Luis Boez. Lo vi tres o cuatro veces”.

A intervención del Querellante manifestó: “... para Boez trabajé más o menos cuatro años y medio. Antes con Isazi. Boez tenía animales. La refacción era para poner otro puesto. No les di llave a los Sres. Silva o Nahuel”.

A consultas de la Defensa, expresó: “... los conozco por la huella, por el tráfico que va para El Espinazo. Al tráfico de los animales. La veranada no



sé dónde era. Después dejé de trabajar”.

Posteriormente, se hizo presente el testigo Juan ROMERO, quien declaró: “Tengo 56 años. Mi lugar de origen es Chacayco Sur. Y miembro de la Comunidad Felipin. Zona de influencia es Lapa, Chapal Mahuida, Araña Mun, Pehuen Mapu, Chachil,

Catan Lil y zona de influencia. Conozco la zona desde muy pequeño y los lugares donde se establecen Marciano y María en la actualidad. Nuestro pueblo, los Che respondemos a los antepasados, a los espíritus y los dueños de los lugares consagrados. Ellos respondieron a ese llamado. Esos alambrados nunca estuvieron en condiciones, los postes están caídos. Se construyó a principio de siglo y hace muchos años que eso está abandonado por los supuestos propietarios. Los originarios fueron mapuches. Sus antepasados de Silva y Nahuel estuvieron allí. Después con la mal llamada conquista del desierto se construyó allí. Las pircas están cayéndose a pedazos. Se construyeron con mano de obra esclava. Hay una vieja ruca (casa o vivienda) de barro, de material de la zona, todavía en pie de los antepasados de Marciano.

También hay otras construcciones reparadas recientemente. El territorio mapuche usaba los lugares de acuerdo a su hábitat. Perteneció primero a la familia directa de Marciano.

Participo de las asambleas, generalmente. Participé de la de abril o mayo del año pasado. Se discutió mucho y la decisión la tomamos por mayoría”.

Al contrainterrogatorio de Fiscalía dijo: “... soy autoridad filosófica y espiritual en mi comunidad. Resolvemos en reunión, debate y mayoría. La Asamblea es soberana. Puede ratificar, discutirla o tomar otra decisión en función de los intereses de la comunidad. Estuve hace 5 meses en Santa Marta. Paso permanentemente por el camino que se trafica. No conocí a los antepasados de Marciano, que eran los propietarios”.

Luego, el testigo Diego Abel MENA expresó: “Nací en Aguada del Sapo. De Espinazo del Zorro queda a unos 35 km. Conozco el lugar. El lugar donde están María y Marciano también. Nosotros por ser parte del pueblo mapuche y por ser poseedores de nuestro territorio por la trashumancia nos toca pasar por esos lugares. Históricamente se circula por ahí. Geográficamente me toca estar donde el Peñi Marciano vive. Ancestralmente nos manejamos así. Ocupamos ciertos lugares pero en sí el territorio es uno solo. Desde el concepto mapuche de cosmovisión. Nos vamos dando el ordenamiento desde lo espiritual. El lugar es Araña Mun y lo conozco. Conocía a su Papá, Feliciano Silva, por trasmisión directa. Vivieron allí. Existen desde 1918 corrales de piedra. Naturalmente pasábamos por ahí. Son pircas construidas con forma propia a lo largo de la historia, para encerrar los animales. Existen en el lugar, fueron construidas por sus abuelos de Marciano. Hay un lugar cercano, Piñan Curra (lugar sagrado).

Nuestros abuelos, nuestro origen, nos vamos haciendo. La posesión de ellos viene de largos años, de muchos años. Desde que tengo uso de razón, los alambres estuvieron por el suelo. Siempre los conocí así, deteriorado. Yo tengo

35 años. Nunca vi gente allí”.

A intervención de Fiscalía, testimonió: “... todos los años se pasa por ahí. Varía por la naturaleza o cuestión climática. Trashumancia se hace en noviembre. Se regresa a fines de marzo, abril. Recuerdo a partir desde 1990. Desde la niñez se transmitió de mis padres, hermanos, se trasladaban por allí. Siempre estuvieron en ese lugar. No conozco que haya habido propietario. Se atraviesa la ruta provincial n° 20 y se utiliza ese camino y pasa por el frente de donde está el Peñi Marciano”.

Al contrainterrogatorio del Querellante expresó: “... no conozco quien alambrió el campo. Nunca vi trabajando sobre el alambrado. Lo he sentido nombrar a Oscar Isazi, como que suele circular. A Pesqueira no. Soy empleado público en el Consejo Provincial de Educación. En el Albergue n° 83, desde marzo a diciembre, desde 2013. Trabajamos comunitariamente, si se superponen horarios. Los fines de semana se puede utilizar para eso”.

Rubén CHEUQUETA, seguidamente dijo: “Pertenezco a la comunidad Mapuche Cayupán.

Yendo para Junín. Conozco el lugar Espinazo del Zorro. Siempre pasamos por ahí por la veranada. Y porque mis antepasados fueron de esos lugares. Ellos, mis padres y abuelos nos transmitían que vivían ahí. Tengo documentación (acta de nacimiento y defunción). En el lugar hay prueba antigua, corral de piedra (pirca). Está el lugar “Cochico” y “Lapa”. Actualmente y antes pasó por ahí para la trashumancia. A caballo desde 1980, más o menos. Antiguamente el lugar no estaba cerrado. Sólo con pirca de piedra. Nos contaban que lo usaban para cazar guanacos para la comida. Actualmente hay alambre en muy malas condiciones”.

Al contrainterrogatorio del Ministerio Fiscal expresó: “... he sido autoridad en mi comunidad. La Cayupan, tiene influencia en el Overo y Cortaderas. Veranada en Chachil. Mis abuelos y padres vivían ahí y familiares de Marciano. Es de Felipin. Hay un camino de trashumancia que pasa por la estancia. Está alambrado. Ahora los he visto a Marciano y María. No recuerdo cuanto tiempo. No conozco a Isazi, ni Pesqueira. A Fernández si. Lo conozco de Media Luna, de la comunidad Mapuche Rams. No sé para quién trabajó”.

A intervención del Querellante expresó: “... desconozco quién alambrió. No estaban. Participo de la trashumancia desde 1980. Diciembre enero y abril/mayo.

Desde el 2001 trabajo en el Consejo de Educación. Soy maestro de idioma. De marzo a diciembre. Desde la comunidad Cayupán a Santa Marta hay 40/50 km. La trashumancia la hacemos de Cayupán a Chachil pasando por Santa Marta. Vamos por un camino. Los animales ingresan, el alambrado está en mal estado”.

Esteban Cheuqueta, a su turno, manifestó: “Pertenezco a la Comunidad Cayupan. Los conozco por familia y por la trashumancia. Conozco el lugar. A los 8 años empecé andar por ahí. Continuamente pasamos por ahí. La veranada es en Chachil. Mucho más antes estuvieron mis abuelos. Me ha contado mi papá, que estaba en Casa Piedra, casi el mismo lugar. Hay pircas de piedras que dejaron los abuelos. Están los corrales y murallas de



piedras que todavía están. Después lo alambraron. Lo dejó esta gente que estuvo ahí. El alambrado está todo oxidado con partes casi enterrado, muy deteriorado. Casi caído, es fácil ingresar a la estancia. No sé si vivía alguien ahí. No vi producción”.

A preguntas del Ministerio Fiscal dijo: “Nahuel y Silva pertenecen a la comunidad Felipin. Uno elige por familia. No puede estar en dos comunidades. Yo soy familiar de Silva. No sé si se puede cambiar. Por la ruta 20, que sale Aguada del Overo a Espinazo del Zorro. Por ahí es la trashumancia. Vamos por el camino que pasa por el lugar ese, Santa Marta. Los he visto cuando ellos llegaron, más o menos como tres años. Antes no los vi pero el lugar era de nuestros abuelos. Lo vi alambrado, desde cuando tenía 8 años. Nací en 1968”.

A intervención del Querellante precisó: “... primero estuvieron los abuelos nuestros y después vino Trujillo. Sé que mis papás estuvieron ahí por las actas de nacimiento. Después estuvo Isazi. Conozco a Pesqueira, lo sentí nombrar”.

El testigo Pablo BENITEZ, declaró: “Pertenezco a la Comunidad Felipin, soy el Lonco actual, desde fines de 2015. Ocupamos territorio amplio, en su invernada y veranada. Chacayco, Los Molles, Aguada del Sapo, Araña Mun, entre otros. Conozco el lugar donde están María y Marciano, Araña Mun. Lugar conocido por los mayores de la comunidad. Siempre fueron ocupados por nuestros antepasados. Tenemos nuestras raíces ahí. Actualmente viven generaciones mapuches. Y han vivido. Ahí han vivido mis bisabuelos maternos. Hasta que llegaron los usurpadores tirándole su ruca de manera violenta. Isazi, Pesqueira en su momento. Posterior al desalojo que sufrieron mi mamá junto a mi padre hace 50 años volvieron a ese territorio. Ahí nació mi hermano y estuvieron mis tíos.

Hay antiguas construcciones, que son eternas se puede decir. Son pircas de piedras. Ranchos antiguamente llamados ranchos de chorizo. Hay corrales. Hago trashumancia, pasamos por allí, siempre. Siempre se ocupó ese lugar. El alambrado que esta está muy deteriorado, cualquier animal o ser humano puede pasar en cualquier parte. No vi gente antes. Que estuviera viviendo. Se habló de la situación de Marciano y María. Han sido nacidos en su lugar, se recordó”.

Se exhibe un acta donde reconoce su firma. Y agregó: “Se respalda y se apoya al Peñi Marciano y a su esposa. No recuerdo la fecha. Estaban gran parte de los miembros de la Comunidad. Por cuestiones personales no pude llegar a una asamblea anterior. Marciano también es criancero. Yo he ido. Hemos charlado sobre nuestros antepasados. Que nuestras raíces están ahí, nuestros pasados fueron desalojados. No conozco a los supuestos dueños. Nunca los vi”.

Al contrainterrogatorio de la Fiscalía dijo: “... la asamblea fue en el 2016. Hay cosas que si se tienen que volver a analizar se hace. Nahuel y Silva siempre pertenecieron a la Comunidad Felipin. Su padre fue miembro de nuestra comunidad. Yo voy de Aguada del Sapo al Chachil, tenemos dos días, depende del tiempo. La trashumancia llega a Espinazo del Zorro. Pasamos por el paraje Araña Mun. En algún momento estuvo alambrado muy deteriorado. Nosotros pasamos por esos territorios, haciendo ocupación con pastoreo. La última fue en otoño de 2016. Ellos volvieron a ocupar esas tierras”.

Luego, a preguntas de la parte Querellante expresó: “... motivos pueden ser varios. La decisión fue de acompañar y apoyar a Marciano. Antes no sé. No sé quién hizo el alambrado. Conozco a Izasi por la historia de mis ancestros”.

Antes de retirarse el testigo, ya fuera del interrogatorio manifestó que en el 2009 hubo allanamientos en la casa de los Isazi y Pesqueira donde encontraron prendas de ancestros”.

De inmediato, Juan BENITEZ, expresó: “Soy actualmente secretario, werken de la Comunidad Felipin. Conozco el lugar. Cuando vamos y venimos a la veranada en Chachil. Yo salgo desde Aguada del Sapo. Ahí no vivía nadie. Antiguamente los mapuches por lo que me han contado mis viejos. Hay un corral de piedra grande de unos 80mts.

Hay una pirca de piedras también. Hay un alambre muy antiguo. Están deteriorados. Son alambres viejos. En algunos lugares están tirados. Desde que se fue Izasi que era un anterior dueño de la Estancia, porque en realidad es un puesto. Izasi se fue hace unos 15 años atrás. Estuve en la última asamblea de la comunidad. Se habló lo de María y Marciano, de la posesión de ellos”.

A preguntas del acusador público precisó: “Conozco a Fernández desde chico. Actualmente vive en Media Luna. Conozco que él trabajó para los que dicen ser dueño. Los franceses. El lugar es Araña Mun. En abril pasé y estaban ellos. Anteriormente pasé en enero de 2015”.

Al contrainterrogatorio de la parte querellante dijo: “... los repararon ellos. Están del otro lado. El francés. Se hicieron canales del otro lado para diques, para el agua. Lo hicieron con máquinas. Creo que lo hizo una empresa que contrató el francés”.

Por último testimonió Diana LENTON, quien manifestó: “Soy recibida y doctorada en la UBA, docente e investigadora en Conicet como Antropóloga. Especializada en Antropología política e histórica. Investigo principalmente acciones de campaña del desierto y ya en el siglo XX, desde 1960, la reorganización de la comunidades. Conozco la Zona Centro por haber trabajado con otras comunidades (Lonco Purrán y Uncu Nehuén). En general no sólo el pueblo mapuche es su relación con la tierra ... más holística. No sólo con la propiedad o residencia.

El concepto es bidimensional (planos, mapas) mientras que el de los pueblos indígenas es tridimensional. Hay conceptos de propiedad diferente y organización diferente. Está el concepto de subsuelo (recursos y tierra de los muertos). Otra dimensión son los recursos naturales. No hay una separación entre naturaleza y cultura como en occidente. La relación con sus muertos es que no se tiende a separar. Nosotros si lo hacemos, están en otro lado –concepto higienista-. Conviven en el mismo lugar y es importante para ellos.

La primera barrera fue la campaña del desierto a partir de las campañas militares, especialmente en la Patagonia. Luego se privatiza y se divide la





tierra. Alambrados, que delimitan y sirven de interrupción para el paso, porque ellos son semisedentarios. Es lo que se llama trashumancia. Ellos se desplazan cíclicamente. Las rutas también implican una ruptura de las culturales antiguas. Otra cuestión que afecta la tierra es el decreto del 1964 (737, creo) de Sapag. Reconocimiento de agrupaciones indígenas. Entre ellas 18, entre las cuales estaba Felipin. Se hicieron mensuras y se las protegió. Pero también fue un corset. Ley 23.302 luego las reconoce como comunidades dándole una organización similar en 1986. Pasa a organizarse desde la organización tradicional. Eran distintas familias que comparten un territorio. Hubo una reducción del Estado acerca de la interculturalidad. Una familia ahora quedó confinada en un determinado lugar. Es una cuestión de papeles. Nunca estuve en Felipin. Conozco a algunas personas de talleres y charlas.

Supe que en el 2009 hubo una denuncia por robo de piezas arqueológicas. Lo supe por colegas y por los diarios. Que la familia Romero presentó la denuncia y que la familia Pesqueira intentó vender en el extranjero piezas que estaban en las Estancias, en sus cascos. La ley impide que el patrimonio que es de todos los argentinos se vaya al exterior. En el 2001, hay una ley de restitución de restos humanos. Estas piezas salen de excavación de tumbas generalmente. Esto tiene que ver con una condición de dimensión humana. Se está considerando ahora sumar la entrega del ajuar funerario”.

Al contrainterrogatorio de la Fiscalía dijo: “... Neuquén tiene una actitud positiva. Reconoce al pueblo Mapuche y tiene un problema con la industria petrolera y minera. Respecto a eso hay tensión. Habría que flexibilizar los caminos de trashumancia. Se mezclan, y eso hace al patrón cultural. Con una escritura se haría lo mismo, se los limitaría. Existe una noción de propiedad comunitaria. Es un cambio de paradigma”.

Culminada la producción de prueba se escuchó al Amicus Curiae, representado por Relmu Ñancu, Carol Soae, por el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas. En carácter de Secretaria General, quien manifestó: “Quiero explicar que el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas fue creado por Decreto Nacional y depende de Justicia de la Nación y Derechos Humanos. Se nombró a Félix Díaz como Presidente. Y el Vicepresidente para la región sur es Rubén Huanque.

Podemos participar de la política estatal pública hacia los pueblos indígenas.

Podemos ver casos de judicialización a lo largo del país. Una de las causas más salientes es la usurpación. Este espacio es un organismo de la estructura estatal nacional que no ha sido un regalo. Fue a partir de un acampe en Buenos

Aires por diez meses. Eso derivó en una movilización de los indígenas del país. Se materializa luego en un Decreto Nacional. Para los pueblos perseguimos como gran objetivo llevar adelante la interculturalidad, a pesar del reconocimiento a nivel nacional, provincial y diversos tratados, porque lamentablemente estamos lejos de la aplicación real de los derechos. Nos terminan trayendo a una instancia judicial que entendemos que no es la forma correcta. Hoy hay un proceso hacia la libre determinación y autonomía pero hemos sufrido. En este Amicus queremos plantear dos cosas, una con la forma y otro con el fondo. En la forma, es cómo se llevó adelante el proceso judicial. En un país donde se han mejorado las condiciones para llevar a miembros de comunidades a juicio, se ha vulnerado la diversidad cultural que incluye al intérprete. Debe ser garantizado ese derecho. Además la inexistencia de este tipo de casos de protocolos. Consideramos que si los conflictos deben ser resueltos en juicio y que luego el juicio –por no garantizarse esos derechos- puede ser nulo, se corre un riesgo por mala utilización de los recursos del Estado.

Al no tener intérprete ni protocolo adecuado no se hizo la debida publicidad.

La relación nuestra con la tierra, en este juicio se afectaría a la comunidad.

Creemos necesario que dentro del protocolo se especifique la forma de publicitar el juicio y que se puedan generar condiciones de paridad con los Loncos. ¿Cómo no sirvió el juicio por jurados intercultural que ya se efectuó?

Hay una incoherencia. No cabe duda que los imputados son miembros de comunidad mapuche. Es necesario urgentemente generar condiciones para resolver los conflictos. Nos parece bochornoso que se los acuse por usurpación si ya se los reconoció como pre-existente. En el año 2013, en el Observatorio de los Derechos Indígenas, están involucrados 241 personas por usurpación. El derecho a la propiedad comunitaria es otro debate. Hablamos de un derecho colectivo respecto a la tierra. Hay sistemáticas violaciones de las normas. Nos preocupa la violación de la Ley 23.554, que es de defensa. Hay una serie de irregularidades cuando se adquiere este pedazo de tierra en cuestión. Por eso se hizo una denuncia en la instancia federal. Llama la atención que la Fiscalía procure garantizar los derechos de la víctima (un extranjero) sin tener nada puntual contra los extranjeros. Deberíamos utilizar la estructura estatal para garantizar los derechos indígenas. Solicitamos se dé la absolución de los hermanos imputados. Además se dictó la Ley 26.160, de relevamiento territorial indígena. En Neuquén hay 13 carpetas trabadas y una de las Comunidades es la Felipin”.

Seguidamente, hicieron uso de su derecho a declarar los imputados. Dijo la Sra. María Mirta Nahuel: “Yo tengo prueba de ese lugar, es mi lugar, de ahí no me voy a retirar, es mi palabra”. Luego el Sr. Marciano Silva expresó: “Mi abuelo y mis bisabuelos son criados de ese lugar, es mi herencia, no me voy a retirar, esa tierra la voy a seguir defendiendo a muerte”.

III. Alegatos de clausura de las partes. Palabra de los imputados.

En primer término el Ministerio Público Fiscal remitió a la presentación del caso, a la plataforma fáctica reprochada, enfatizando que los imputados ingresaron de manera clandestina ocupando y despojando a su verdadero propietario del lugar.

Efectuó una primera aclaración y hizo hincapié, por la relevancia del tema, que no se estaba juzgando a la Comunidad Felipin, ni por ser miembro de dicha comunidad ni el derecho a la tierra de sus ancestros. Sólo por las conductas de ellos al ocupar el inmueble y determinar si las mismas constituyen o no delito.





Postuló que la materialidad del hechos se había acreditado. Pincemin y Baigorria dijeron que los conocieron por la situación. Fernández había avisado que dos personas habían ingresado. La coincidencia de los testigos fue en cuanto a que Marciano ingresó al lugar, volteó un alambre y la tranquera estaba con candado. En este sentido, dijo, se vieron fotografías de donde surgían huellas gráficas y contundentes.

Todos prácticamente hablaron de las cenizas del Volcán Calbuco y por ello decidieron ingresar al campo para protegerse. “Venía con la tropa”. Y dijo que luego continuaría su viaje.

También remarcó que Pincemin estableció que había un galpón de 1908, primero de Trujillo, luego de Pesqueira y más tarde de Luis Boez. Recién a partir de abril de 2015 aparecen Silva y Nahuel. Las llaves las tenía Fernández, quien advirtió su presencia.

Todos han sido claro en cómo los encontraron y qué es lo primero que expresaron (Cordero, Palavecino, Fernández e incluso Baigorria). Además Luis Boez estaba reparando los puestos (conforme fotografías). Es decir, existía una ocupación del denunciante –sostuvo-. Se exhibió una escritura pública de donde también surgen los antiguos propietarios.

Aún con los propios testigos de la defensa (Cheuqueta, Mena y Romero) se dio cuenta que el lugar estaba alambrado y por las fotografías vistas, no existía deterioro del mismo.

En cuanto a Fernández, dijo que conocía a los imputados por los caminos, por la trashumancia. Y que era un campo tranquilo. Que no había conflictos. Y él que tenía la llave, avisó a su patrón y Silva dijo “avisá nomás”. Había actos puramente posesorios y la intrusión no le permitió continuar.

La Fiscalía hizo centro también en el acta de la comunidad. En cuanto a que fue hecha por presión de Fiscalía y/o de la Defensa. Por el contrario el acta es la forma de reflejar sus decisiones y los pasos a seguir –afirmó-. La Asamblea soberana determinó que no lo iban a acompañar e incluso que Marciano debe irse a Aguada del Timón. Entonces existió una consulta a la Comunidad Mapuche y la misma Comunidad habilitó de alguna forma se siguiera con el proceso.

El Lonco Bascuñan dijo que ese territorio no estaba relevado y que la carpeta no estaba. Es que no estaba en conflicto. No había reclamo alguno. El acta fue clave.

Continuó su alegato, sosteniendo que a su juicio la autoría también estaba acreditada. Fernández lo vio que primero ingresó chivas y al otro día ve el vehículo y animales. No existió otra persona. Ellos estaban ya afincados. Silva reconoció que era propiedad privada y que seguirían viaje. Pero al pasar los días y no irse, ello derivó en la denuncia. Luego Nahuel le dijo que no se iban a retirar. Que era de sus ancestros.

Los albañiles también tuvieron que abandonar el lugar. A su turno, la testigo Hermosilla dio cuenta que ingresaron por otro lugar, quien sufrió lesiones en su mano. Cordero también manifestó que luego fue cambiado el candado.

En cuanto a que la Estancia Santa Marta o Araña Mun es tierra de la Comunidad Felipin no es cierto. No había reclamo, el galpón es de 1908. Más de cien años de propiedad privada. No se está negando el derecho a la tierra de las comunidades indígenas, como parte de los derechos humanos; no tratándose de derechos absolutos. Deben ejercerse conforme a la ley que reglamenten su ejercicio. El fin es el bienestar general. La armonía y la convivencia social.

No se pueden avalar las vías de hecho o la justicia por mano propia. Como tengo derecho, lo tomo y lo ocupo. Lo trascendente es que ingresaron por la fuerza y de manera clandestina. Debe haber un límite. No puede avalarse un actuar oportunista o abusivo. Deben evitarse conflictos sociales o situaciones de violencia. Debe ponerse un límite. No puede gobernar la violencia. Conforme jurisprudencia, la propiedad particular está también reconocida por la Convención. Según esta el límite lo encuentra en el derecho de los demás. Caso “Sayohua Yamaha vs. Uruguay”. El Estado debe realizar las acciones para la recuperación de tierras. El Estado debe buscar la mejor solución. También refirió a un precedente de la Provincia de Río Negro, “Loft Querhue”. La Ley 26.160 establece un procedimiento, tal vez sí con lentitud pero no apaña a quien despoja a otro de la posesión. No puede existir prerrogativas. Remitió también a un antecedente de la Cámara Penal de Dean Funes, expresando que debe demandarse por medios legales.

En consecuencia concluyó que en el caso surgió palmario que la primera vez que entraron, ingresaron de forma violenta y de manera clandestina. Entonces se acreditaban las condiciones del tipo legal. Sostuvo asimismo que hubo discordancia entre los testigos de la Defensa. Por el contrario, todos coincidieron que el campo estaba alambrado. La forma en la cual ocuparon el territorio e impidieron el derecho posesorio, claramente acreditó el delito.

Debe entonces limitarse para evitarse más violencia. Afirmó que la Multiculturalidad existe en Argentina y mínimamente esto debe respetarse. El Estado es el encargado de esta reparación histórica y las comunidades tienen herramientas para hacerlo. En un Estado de Derecho no puede permitirse que los ciudadanos se arroguen sus derechos por esta forma. Desde Fiscalía se ha tenido la premisa de evitar esta circunstancia.

Por lo expuesto, solicitó la declaración de responsabilidad de los imputados, con más accesorias legales y costas.

La parte Querellante particular adhirió en primer lugar a los argumentos de la Fiscalía. Remarcó que el bien jurídico no es la nuda propiedad. Abarca también la posesión y tenencia. Efectivamente ejercitadas por su mandante.

Pincemin, refirió que Santa Marta era un campo productivo. Que se transfirió en producción. Que se realizaron reformas y que en el momento estaban refaccionando el puesto hoy tomado. Que los albañiles se tuvieron que ir. Cordero en este punto también dio cuenta de eso. Que las llaves de la



tranquera las tenían él y Fernández. Baigorria fue coincidente. Pincemin dijo de modo categórico que no conocía a los imputados con anterioridad al hecho puntual.

Había un proyecto de inversión de mucho dinero. Benitez dijo que las mejoras las hizo el francés. Y los testigos aludieron a los Izasi y a los Trujillo. Fernández dijo que se encargaba de controlar los animales de Santa Marta, observada desde el puesto que estaba en frente. Que el puesto estaba siendo refaccionado.

Subrayó que se pretendió la idea de que el francés nunca tuvo posesión porque no estaba en la Estancia, “... es un razonamiento inconsistente que no merece ser atendido. El tipo penal protege al poseedor, no se exige la presencia. Se repele las vías de hecho. Quiere evitar la justicia por mano propia” –sostuvo-.

Además recordó que había un proyecto de producción de carne de calidad. Se acreditó la posesión pacífica. En cuanto a la comisión del delito quedó acreditado que voltearon el alambrado, a la derecha de la tranquera. Ingresaron con la Berlingo roja, con chivas y aprovechándose del clima. Tomaron el puesto y también el galpón, despojando a nuestro representante, quien tuvo que arrendar otros campos. Fernández avisó a Agustín Cordero y luego a Pincemin.

Sólo Fernández y Cordero tenían llaves. Los imputados luego cambiaron los candados. Que los alambrados estaban en malas condiciones –dijo- no fue un argumento válido. Conforme las fotografías. No estaban tapados con arena ni deteriorados. El alambrado estaba volteado y había huellas.

Finalmente, se comprobó el no aval de la Comunidad y luego, después de un año, cambiaron de opinión. Además Silva hacía la veranada en El Chachil y la trashumancia la hacen por la ruta provincial n° 20. Todos dijeron que sus padres y antepasados le transmitieron que esas tierras eran de sus antecesores. Sin conocimiento directo.

En el momento la ocupación previa y pacífica estaba su mandante ocupando ese campo. No se puede tomar por la fuerza una propiedad. Pertenecer a una comunidad mapuche implica poder actuar con violencia? Nada los habilita a cometer delitos. No pueden invocar valores de comunidades indígenas para proceder así. La antropóloga Lenton no dijo que las comunidades indígenas solucionen de forma violenta sus conflictos. No puede actuarse por su cuenta.

Convalidarlo sería permitir la justicia por propia mano. Así, concluyó que no se logró desvirtuar de forma contundente la acusación.

Destacó al respecto tres situaciones: 1. Que la intervención del Amigo del Tribunal hizo referencia a que judicializar este tipo de conflicto sería un grave precedente con alcance internacional. Dicha gravedad no tendría la magnitud que si avalara a hacerlo por mano propia. Sería una jungla. Donde se haría hacer valer la violencia. Tenemos un Estado de Derecho y para todos las normas son iguales. No hay tal gravedad.

El segundo aspecto relevante –remarcó-, fue el erróneo concepto de apoyo comunitario de los testigos de la defensa. Rozaron el falso testimonio. Hubo testigos que dijeron que Silva y Nahuel habían estado con anterioridad a abril de 2015. Y otra evidencia fue que cuando la Comunidad decidió no dar apoyo, luego de un año, apoyaron un hecho ilícito. Fue con un acta rectificatoria.

Existían herramientas para hacerlo.

Por último, llamó la atención luego con la violencia con la que permanecieron.

No son propias de un Estado de Derecho. No voy a poner en tela de juicio si ese lugar perteneció a los antepasados de ellos porque la Defensa tampoco lo probó.

Ellos incluso dejaron a una persona discapacitada para luego poder ingresar de nuevo al lugar. En consecuencia, peticionó sean declarados penalmente responsables.

Por último la Defensa de los encartados afirmó que nadie puede usurpar lo que es propio. No sólo se han incorporado los testigos sino se ha escuchado a la Antropóloga Lenton. Estas tierras son propiedad comunitaria.

María y Marciano, volviendo de su veranada, decidieron establecerse, asentarse, como hace muchísimos años en las tierras en cuestión. Lo hacen en horas de la tarde en lo que son sus tierras.

Son tierras de la Comunidad Felipin y alrededor, habitan otras comunidades (Rams, Cayupan). En cuanto a la calificación postuló que no pudo demostrarse los elementos típicos prometidos. El elemento subjetivo (pleno conocimiento del ingreso a la propiedad privada). Bascuñan y Romero dijeron que fue una maniobra de hostigamiento de parte de la Fiscalía y de la Defensa anterior. Allí vivieron familiares de la Familia Silva y Cheuqueta. La Antropóloga Lenton habló de los alambrados. Se mencionaron los lugares y los nacimientos como Espinazo del Zorro. También se mencionó la denuncia federal que no fue incorporada por déficit de defensa anterior. Ellos saben que esas son sus tierras. El único y claro conocimiento es que les pertenecen.

La propiedad no se acreditó. La Escritura se ofreció sólo, respecto que Pincemin dijo era título perfecto pero se trató de una venta no perfeccionada.

Existe un trámite pendiente. Para que un extranjero adquiera debe tener una residencia de por lo menos de diez años. Concluyó que los acusadores no pudieron acreditar la propiedad, ni la posesión, ni la tenencia.

En cuanto a la violencia, se supuso que fue con el vehículo. No hubo pericia del auto. Ni cotejo de huellas. Se dio por sentado pero no se corroboró. Esto fue acreditado por nuestros testigos que dijeron que el alambrado en algunos lugares estaba tirado.

En cuanto a la clandestinidad argumentó que fue de día y que simplemente realizaron un acto con la habitualidad de las veranadas que anualmente



efectuaban. “Hay un hostigamiento de la Fiscalía. Una persecución de mis asistidos” –subrayó–.

Las tierras privadas supuestamente compradas por un privado son de los antepasados de Silva y Nahuel. Esto es toda una violación, otra a las que deben enfrentarse ellos. Hay absoluta vulnerabilidad de ellos y de todo el Pueblo Mapuche. Se trata de reivindicar el derecho que tienen ellos sobre la tierra.

En consecuencia, solicitó la absolución de sus ahijados procesales y la imposición de costas a los acusadores.

Tras ello, nuevamente los imputados solicitaron la palabra. El Sr. Marciano Silva dijo que sus antepasados nacieron allí, que tenía actas y que era su derecho. Que el francés era el intruso. Que jamás escuchó un Santa Marta, Araña Mun si. La Sra. María Mirtha Silva expresó que nunca iban a entregar la tierra. “Tenga que ver quien tenga que ver. Y se hará cargo la justicia”.

IV. Valoración de la prueba producida. Pronunciamiento.

Encontrándose la causa en estado de decidir en definitiva y cumplido el proceso de deliberación (Art. 193 del digesto de forma), se informó verbalmente el veredicto el día miércoles 2 de Noviembre ppto., anunciándose el día y hora de la notificación de la sentencia integral para el día 9 de Noviembre de 2016, conformándose las partes con el envío de la sentencia por correo electrónico a sus casillas de correo oficiales, defiriéndose asimismo la debida fundamentación.

Observación preliminar.

Liminarmente, dado el celo profesional de todas la partes evidenciado en los alegatos de clausura y las particularidades que presenta este caso, imputados integrantes de una comunidad indígena, entiendo dable remarcar que el dictado de una condena no implica el desconocimiento de los derechos aborígenes, ni una absolución supone una habilitación para menoscabar derechos de otros, legitimando el uso de la violencia.

Sin duda el Estado Argentino se orienta a la multiculturalidad, concepto que a mi juicio importa tener presente el principio de relativismo cultural donde, en suma, debe respetarse la cultura del otro, los derechos del otro. En síntesis, una cultura no es un sistema cerrado.

Desde esta perspectiva, la Magistratura Penal tiene por función una vez celebrado el juicio, dictar una sentencia de responsabilidad penal o bien de absolución en virtud de la prueba producida y valorada. Ello conforme los conocimientos que, en definitiva, emergen de la Teoría del Delito. En otras palabras, toda vez que se juzgan conductas humanas, corroborar la adecuación de determinado accionar objeto de reproche en una figura delictiva y la capacidad de comprensión de la norma de parte del o los imputado/s.

Sentado ello, corresponde entonces poner a consideración las siguientes cuestiones o temas objeto de resolución:

**PRIMERO: MATERIALIDAD O EXISTENCIA DEL HECHO.**

En el caso, la acusación concretada a Nahuel y Silva determinó que el día 23 de abril de 2015, en horas de la tarde, para ingresar con sus animales, aproximadamente 200 chivas, 3 caballos, 30 vacas y un vehículo Citroen tipo Berlingo dominio DJT-750 de su propiedad; con pleno conocimiento que se trataba de una propiedad privada del denunciante, voltearon el alambrado al lado de la tranquera de la Estancia Santa Marta, ubicada en el Paraje Espinazo del Zorro, departamento Catan Lil, provincia del Neuquén, identificada como parte del lote X y XI Sección 27 y parte lotes 20 y 21 de la sección 26, nomenclatura catastral N° 11-RR-019-7178 propiedad del Sr. Luis Georges Sylvain Boez.- De esta forma Silva y Nahuel ingresaron de manera clandestina a la propiedad, ocupando un galpón allí existente de piedras de 8 x 8 mts. aproximadamente, orientado hacia el cardinal Este sobre la margen norte de la Ruta provincial n° 20; existiendo en su interior colchones, una carpa, caja de víveres, sillas, etc.; despojando de esta forma parcial e ilegítimamente a su verdadero propietario del pleno ejercicio de posesión preexistente sobre dicho inmueble.

Dicha plataforma fáctica mereció, asimismo, la subsunción típica en las previsiones de los arts. 181 inc. 1° y 45 del Código Penal, usurpación en carácter de autor.

Sentado ello, en lo que respecta a la materialidad del hecho endilgado, el mismo ha quedado debidamente acreditada, con el grado de certeza exigido en debate. Precisamente, el día 23 de abril de 2015 se verificó un ingreso en el predio denominado Estancia Santa Marta, de forma violenta y clandestina.

Ello así, de acuerdo a distintos testimonios contestes en que se corroboró un ingreso de personas, con animales y un automotor. Que la circunstancia fue advertida en un primer momento por Fernández (puestero del campo de enfrente), tras ello por Agustín Cordero y luego por Pincemin (el administrador de la Estancia).

Asimismo, en respaldo de ello, fueron los dichos de Baigorria, efectivo policial que se acercara a horas de producido el ingreso y al que los ingresantes le expresara, a igual que a Fernández, que estaban de paso, camino de Los Molles a Chacayco, regresando de la veranada y que por las inclemencias de la naturaleza (suspensión de ceniza volcánica del Calbuco), habían transitoriamente entrado al campo, parado en el lugar con sus animales y que luego al aclarar seguirían viaje.

En este sentido se comprobó (cfr. testimonios y fotografías exhibidas) que el alambrado ubicado hacia la derecha de la tranquera de acceso se encontraba volteado y, al tiempo, había huellas en el lugar. Relativo a este punto, es importante señalar que dicha circunstancia se constató en un tramo de alambrado y postes inmediatamente consecutivo a la existencia de la tranquera que se encontraba con cadena y candado. De modo que la lógica, la experiencia y el sentido común descartan la posibilidad que previamente, al lado, de forma, insisto, consecutiva a la tranquera cerrada con cadena y candado, el alambrado estuviera deteriorado o previamente caído o volteado y que las personas que ingresaron no hayan ejercido sobre estos



violencia.

En tal sentido Breglia Arias, en su obra “Código Penal, Comentado, Anotado y Concordado”, Tº II, expresa que “... la violencia en cuestión es aquella dirigida a vencer la eventual o efectiva resistencia opuesta por personas, como la fuerza aplicada a cosas que obstaculizan o estorban la ocupación o mantenimiento en exclusividad.

Concomitante con el espacio, rural, aduno la variable temporalidad. Que el ingreso se haya concretado en horas de la tarde, a espaldas o lejos de la vista del puestero de enfrente o, eventualmente, del encargado, administrador, de los albañiles que se encontraban allí trabajando, la existencia del alambrado volteado en la forma ya mencionada, las huellas constatadas, la presencia en el campo de dos personas, un automotor y el ingreso de aproximadamente 200 chivas –entre otros animales-, más los testimonios de mención dan cuenta que el ingreso se produjo con violencia y clandestinidad.

Precisamente, este último medio comisivo se identifica con actos subrepticios, con engaño, en ausencia del poseedor o tenedor, o con precauciones para evitar que quienes tenían derecho a oponerse tomaren conocimiento; circunstancias que se verifican en el presente caso.

Reparo en este aspecto que cuando Fernández advierte la situación ya habían ingresado los animales, dato del cual se infiere que se obró con el tiempo suficiente, de forma subrepticia, para lograr la entrada de tamaña cantidad.

#### SEGUNDO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO E INTERVENCIÓN DE LOS IMPUTADOS EN EL HECHO ILÍCITO DE REPROCHE.

Al tiempo ha quedado debidamente probado con certeza, que quien detentaba la posesión del predio en cuestión era Georges Luis Boez, sin adentrarme en disquisiciones que hacen a la propiedad y sus alcances relacionados con el título registral pues, sabido es, que el bien jurídico tutelado o protegido por la norma ampara a la propiedad, a la tenencia, a la posesión e, incluso, si bien discutido doctrinaria y jurisprudencialmente, a la cuasiposesión.

Pincemin, Cordero y Fernández dieron cuenta que se trataba de un campo en producción, en el que se hicieron arreglos de alambrados, diques y se estaban efectuando reparaciones en el puesto, para dejarlo a nuevo. De igual modo, que desde que estaba Boez se había trazado un trabajo serio para producción de carne de calidad, considerando el impacto ambiental.

De otro lado, también ha quedado acreditado que dicha acción fue desarrollada por Nahuel y Silva. En lo fundamental, tanto Fernández, Cordero, Pincemin y Baigorria, vieron a los imputados en el campo de la Estancia Santa Marta, siendo estos concordantes en las descripciones brindadas relativas al automotor que allí se encontraba, a la cantidad estimada de animales y a las expresiones de Marciano y María. Aludo concretamente a que primero se habrían refugiado allí y se irían al aclarar y luego que se quedarían y reclamarían esa tierra que les pertenecía por haber sido de sus antepasados.

Hasta aquí el análisis, entiendo que la conducta de los Sres. Nahuel y Silva se trató de una acción típica y antijurídica. Una conducta exteriorizada que satisface determinadas exigencias para la imputación penal –no se trató de un mero comportamiento reflejo o bien motivado por una fuerza externa imposible de resistir, por ejemplo-. Luego típica, en orden a que existe una correspondencia exacta entre lo realizado y aquello descrito en la ley. Y antijurídica, por cuanto no se ha verificado, de la totalidad del cuerpo normativo, la existencia de un permiso o causal de justificación que concurra a favor de los nombrados.

#### TERCERO: CULPABILIDAD. COMPRESIÓN DE LA NORMA PENAL.

Ahora bien, desde la dogmática penal, teniendo en cuenta la estructura del delito doloso de comisión, al examinar la categoría de la culpabilidad; reparo que resulta de aplicación al presente caso las conceptualizaciones referidas al llamado error de comprensión por el desarrollo cultural divergente de los imputados. Tal extremo se verifica cuando quien concreta una acción contraria a derecho, condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aun cuando conozca la prohibición.

En lo que aquí concierne, de la valoración de los diversos testimonios vertidos en juicio, de los dichos de la Antropóloga Lenton y de la información ilustrada por el Amicus Curiae (en particular, la relación o vínculo de la Comunidad Mapuche con la Tierra); entiendo que el ámbito de determinación de la voluntad de Nahuel y Silva estuvo particularmente influida por sus creencias y derecho consuetudinario con más peso que el derecho positivo vigente.

El análisis se centra en la comprensión cultural. Los reprochados Nahuel y Silva obraron sabiéndose integrantes de la Comunidad Mapuche Felipin, ingresaron al campo de la Estancia Santa Marta, lugar que había pertenecido a sus antecesores, a sus antepasados, quienes efectuaban por allí la trashumancia. De ahí que sea totalmente posible que tras una excusa provisoria, reflexionaran sobre la legitimidad de los derechos del otro e invocaran luego derechos ancestrales. Derechos también reclamados en sus declaraciones ante este Tribunal. A mi juicio, este proceso de pensamiento, de revisión, de reexamen, es el que precisamente se observa desde el marco normativo. Es decir, trazando un paralelismo, si la ley puede hacerlo es razonable que los imputados también.

En este contexto y de acuerdo a las claras argumentaciones del Ministerio Público Fiscal en su alegato de clausura, considero relevante afirmar que la antinomia “soberanía nacional – diversidad cultural”, si bien se encuentra en permanente tensión, corresponde equilibrar justamente mediante el concepto de multiculturalidad, que no resultó novedoso con la reforma constitucional de 1994, sino que ha sido producto de una revisión de nuestro tiempo con anclaje histórico en el Preámbulo de nuestra Carta Magna al decir, los representantes del Pueblo, reunidos en Asamblea General



Constituyente, que dicha matriz normativa sería para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Por ende, lo multicultural fue fundacional. Nació con la Nación Argentina y luego, el propio devenir histórico y el reexamen de la cultura hegemónica fue trazando un reconocimiento a las organizaciones de los pueblos tribales e indígenas.

En el presente caso, la posesión ancestral que aducen los acusados tiene en definitiva protección constitucional. El reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, al decir de María Angélica Gelli, con los caracteres de no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable, muta los principios consagrados por el código civil para la propiedad privada, orientado al amparo de la tierra como factor aglutinante de la comunidad.

Al respecto, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus integrantes, se extienden sobre la superficie terrestre y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y aún en el subsuelo. En otros términos, las tierras y también los recursos naturales que en ella se comprenden integran el concepto o la noción jurídica de territorio.

Puntualmente, el Convenio de la OIT n° 169, dispone en su artículo 13.2 que “la utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, Nro.172, nota al pie Nro.63].

En igual lineamiento, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se circunscribe de ningún modo a las aldeas o asentamientos pues, va más allá. Incluye tierras utilizadas para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte y otros fines [cfr. CIDH, Informe n° 40/04. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 129. CIDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, Nro. 172, párrafo 114].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso comunidad indígena “Eben Ezer vs. Pcia. de Salta” (Fallos 331:2119) sostuvo que la relevancia y delicadeza de los bienes culturales de las comunidades indígenas deben guiar a los jueces, no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también a los vinculados con la protección judicial prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25 (ADLA, XLIV – B, 1250) que exhiben raigambre constitucional.

En esta trama, obviamente se erige el art. 75, inc. 17 del C.N. aprobado por unanimidad en la Convención Constituyente de 1994 que dispone, entre las atribuciones del Congreso: “... reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas Argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer las personerías jurídicas de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras y que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenada, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones ...”.

A su vez, el art. 53 de la Constitución de la Provincia del Neuquén afirma: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad de idiosincrasia provincia (...) reconocerá la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan...”.

Asimismo, el art. 82, del mismo texto legal establece: “... d. Serán mantenidas y aún ampliadas las reservas y concesiones indígenas. Se prestará ayuda técnica y económica a estas agrupaciones propendiendo a su capacitación y la utilización racional de las tierras concedidas, mejorando las condiciones de vida de sus habitantes y tendiendo a la eliminación progresiva de esta segregación de hecho...”.

De otro lado, el Decreto Provincial n° 1184, con mención de la Ley Nacional n° 23.302 y de la Provincial n° 77, instrumenta el procedimiento a seguir para el otorgamiento de personería jurídica a Comunidades Indígenas, aludiendo expresamente con relación a la reglamentación del art. 2° de la ley nacional, al “... trabajo de campo a realizarse con todas y cada una de las comunidades mapuches...” y a su identidad étnica, lengua actual o pretérita autóctona, cultura y organización social propias, la conservación de sus tradiciones esenciales y convivencia en un hábitat común.

Ahora bien, la cláusula constitucional nacional es clara, en lo que atañe al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, aspecto que implica la afirmación de una serie de prerrogativas tales como el respeto a la identidad, a su educación y cultura, a la personería jurídica de sus comunidades, a la propiedad y posesión comunitaria de sus tierras, a la participación en la gestión de los recursos naturales y en relación a los demás derechos que los afecten. Esto es, derechos humanos, acuñados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, respecto a los cuales deben implementarse medidas positivas directas a fin de salvaguardar su pleno goce y ejercicio (cfr. art. 75, inc. 23, C.N.), de neto tinte operativo.

Se trata, en definitiva, de un reconocimiento a un hecho histórico, toda vez que los pueblos indígenas existían antes de la formación del Estado Nacional.

Otro texto legal que se direcciona a la revalorización del patrimonio cultural de las Comunidades Indígenas, es la Ley 26.160, sobre emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras que tradicionalmente ocupan dichas comunidades originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el registro nacional de comunidades indígenas u organismo provincial competente, a efectos de mejorar las condiciones de vida de las comunidades indígenas.





Analizando entonces el caso desde dicho marco normativo y valorando la prueba producida en debate, tengo por acreditado con los distintos testimonios vertidos y las actas de asamblea de la Comunidad que Nahuel y Silva pertenecían y pertenecen a la Comunidad Mapuche Felipin, que se generó en el seno de la misma una profunda discusión frente a los hechos y que en un primer momento por soberana decisión se resolvió no acompañar la postura de los nombrados. Sin embargo, más tarde, tal como lo apuntaron varios testigos, se cambió esa decisión, también tomada nuevamente en el ámbito de una asamblea, resolviéndose avalar la conducta de los hoy reprochados, expresando que ese lugar correspondía a sus antepasados.

Por otro lado y más allá de la existencia del alambrado, postes y tranquera de las hectáreas de la Estancia Santa Marta, la acreditación de quién efectuó el corral de pircas (construido con piedras y adobe) evidentemente fue objeto de dichos en el juicio. Los dichos de algunos de los testigos de los acusadores contra los dichos de los testigos de la defensa. Así, si bien el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante lograron introducir información en el sentido que antes de Boez, estuvieron los Pesqueira e Isazi y antes que estos, la familia Trujillo; no se acreditaron con la certeza necesaria los plazos temporales o fechas y por ende, tampoco puede corroborarse con igual alcance que la construcción que dataría del año 1908 haya sido efectuada por propietarios privados distintos de integrantes de una comunidad aborigen.

Tal circunstancia a mi criterio se presenta como clave, un núcleo que genera una duda razonable que no he podido superar con la información ventilada en juicio. Sumo a ello que, según previsiones de la Ley 26.160, tampoco pudo determinarse con certeza si dicho territorio se encuentra relevado y, a decir verdad, se halla en cabeza del Estado, la obligación de regularizar eventualmente ese derecho, constitucionalmente reconocido, “de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan” a través, en su caso, de la confección del correspondiente título comunitario.

El testigo Agustín Cordero puntualizó que la Comunidad Felipin está en Chacayco, lugar del cual la Estancia se encuentra estimativamente entre 15 a 20 km, aclarando “que empieza la zona” y que “... la Estancia Santa Marta queda en Espinazo del Zorro y Valle del Lapa...”. A su vez, Carlos Bascuñan fue muy claro al expresar que los límites no los ponen los alambrados y que ellos se asientan por lugares, extremo que fue en consonancia con los dichos de la Antropóloga Lenton al afirmar que este tipo de comunidades tiene un vínculo especial, muy estrecho con la tierra y que son semisedentarios.

Héctor Fernández, por su parte, puestero del campo vecino y primero en observar la presencia de animales y dos personas, declaró conocer a los Sres. Nahuel y Silva por la huella, por el tráfico que pasa por El Espinazo del Zorro, precisando –a preguntas de la defensa técnica- que se refería al tráfico de animales. En dicho contexto de información, me refiero a la variable espacio, los testigos Juan Romero y Pablo Benítez aludieron en sus testimonios a los lugares de influencia de la zona conocida como Chacayco Sur, a saber: Lapa, Chapal Mahuida, Araña Mun, Pehuen Mapu, Chachil, Catan Lil –entre otros- y que, precisamente el lugar donde se encontraban los encartados era Araña Mun.

En consonancia, los testigos Diego Mena y Rubén Chequeta aludieron a la zona de Espinazo del Zorro y Araña Mun, como lugares en donde los antepasados realizaban la trashumancia, la “huella” mencionada por Fernández, como el lugar de tráfico de animales. Dato no menor, si se comprende que antes de la delimitación o demarcación a través del alambrado los lugares de paso se verificaban por los cursos o accidentes naturales que lo permitían.

Vale destacar que este tópico fue receptado por la reciente Ley Provincial n° 3016, sancionada el 22 de agosto de 2016 y promulgada el 16 de setiembre de 2016, que reconoce a la trashumancia como una práctica histórica y cultural, consistente en un movimiento recurrente, pendular y funcional, cuya periodicidad está regulada por las estaciones, en la cual se traslada el ganado menor, generalmente caprino, a través de las huellas de arreo.

Dicho texto legal establece que las huellas de arreo se agrupan en aquellas coincidentes con rutas nacionales, provinciales, caminos y sendas de libre tránsito, las que atraviesan campos fiscales, las que atraviesan campos privados y las que atraviesan campos de propiedad comunitaria.

A su vez, que las huellas de arreo que afecten tierras del dominio público o privado, nacional, provincial, municipal y/o del dominio privado de particulares y comunidades, se constituirán como servidumbres de tránsito administrativas.

En este punto quedó acreditado en debate que la trashumancia en el lugar conocido como Araña Mun hoy se efectúa por la ruta nacional n° 20, elemento que me lleva a colegir que probablemente esa zona haya sido históricamente lugar de tránsito y/u ocupación de comunidades indígenas.

En función de todo ello, remarco que los imputados Nahuel y Silva, desde su perspectiva de cosmovisión (principios sagrados de armonía, equilibrio e interrelación con la Tierra) y en función a su legado (de trasmisión en generaciones y por lo tanto consuetudinario), sabiendo que por esos lugares transitaron y ocuparon sus antepasados, obraron con error culturalmente condicionado, que obstaculizó la meridiana comprensión de la norma penal, extremo que se concluye en el análisis de la culpabilidad, razón por la cual se impone su absolución en orden al hecho de reproche, calificado como delito de usurpación en calidad de autores (cfr. art. 181, inc. 1° y 45 del C.P.).

#### CUARTO: IMPOSICION DE COSTAS.

De todo lo informado en debate y, asimismo, de la valoración de la prueba producida y valorada, advierto que se ha arribado a la instancia de juicio conforme al avance del proceso penal, respetuoso de los derechos y garantías de los imputados. El que ha merecido el debido control con intervención de otros jueces de garantías, observándose por lo tanto el debido proceso adjetivo.

De tal modo, no lleva razón la defensa técnica de los endilgados cuando tras afirmar que existió en el caso un hostigamiento de parte del Ministerio





Fiscal para con Silva y Nahuel, corresponde imponer las costas a dicho organismo. En breves términos, considero en función de lo ventilado en las tres jornadas de juicio que los acusadores, tanto la Fiscalía como el Querellante particular, tuvieron elementos suficientes y probables para sostener la acusación en la audiencia de control de la acusación (art. 168 del ritual).

Tal como lo sostuve en el precedente Nacif (Legajo 13.277/2014) de esta Circunscripción Judicial, al resolver sobre la imposición de costas: "... el análisis se enfoca en si se corroboró alguna actividad procesal irregular o defectuosa de parte del Ministerio Público Fiscal que imponga que la regulación de honorarios sea por ella soportado. Y la respuesta es no.

Evidentemente, frente a cierta información derivada de la denuncia, la Fiscalía tomo la decisión, tras el plazo de averiguación preliminar de formalizar la acusación (cfr. arts. 131 y 133, del ritual), dándose inicio a la etapa de Investigación Penal Preparatoria, luego solicitó prórroga de la misma y se activaron los mecanismos procesales correspondientes. Me refiero a las vías de impugnación previstas por la ley adjetiva por las cuales las partes pueden procurar la revisión de la resolución contraria a sus intereses (...) En otras palabras, la actividad fiscal se tradujo en una evaluación de la información acopiada en el legajo que motivaron sus pedidos (cfr. art. 69 del ritual) y así se fue avanzando, con el debido control de las decisiones judiciales (arts. 227, 233 y cc. del CPPN); de manera que el desarrollo del proceso fue regular con pleno respeto a los derechos del encartado...".

En suma, habré de declarar la absolución de los imputados sin costas.

Consecuentemente, de las consideraciones de hecho y derecho reseñadas, considero justo en el caso absolver a los imputados, sin imponer costas a los acusadores.

POR TODO LO EXPUESTO y de conformidad con lo preceptuado en los Arts. 18 de la Constitución Nacional, 64 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, 193, 194, 195, 196, 268 y ccs. del C.P.P. y Arts. 181, inciso 1° y 45 del Código Penal, este Tribunal,

RESUELVE:

I. ABSOLVER a los Sres. María Mirtha NAHUEL, DNI 14.024.567 y Marciano SILVA, DNI 33.201.618, de demás condiciones personales obrantes en el legajo, respecto a la acusación formulada en orden a la comisión del delito de usurpación en calidad de autores (cfr. art. 181, inciso 1° y 45 del C.P., 178 y ccs. del C.P.P.N.).-

II. REGISTRESE. Quede notificada por su pública proclamación (artículo 195 CPP). Comuníquese en el día de la fecha a través de la Oficina Judicial de la III Circunscripción Judicial por medio electrónico a las casillas oficiales de las partes y oportunamente archívese.

Dr. Gustavo Jorge Ravizzoli - Juez Penal

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"PADRONE SAUL ANDRES C/ FOOD PATAGONIA SA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 469265/2012) – Sentencia: 14/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

DEMANDA. FALTA DE CONTESTACION. EFECTOS. LEY NACIONAL DE EMPLEO. FALTA DE REGISTRACION. FALTA DE REGULARIZACION. IMPROCEDENCIA DE LAS INDEMNIZACIONES AGRAVADAS. DAÑO MORAL. RECHAZO.

1.- [...] teniendo en cuenta que el artículo 30 de la ley 921 establece que cuando no se contestara la demanda y no se ofreciere prueba se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor y que de la documental agregada en autos no surgen elementos que los desvirtúen, resulta procedente la indemnización por despido incausado.

2.- [...] le asiste razón a la demandada respecto a que la intimación requerida por el art. 11 de la ley 24.013 fue efectuada luego de finalizada la relación laboral (el telegrama de fs. 30 fue remitido el 07/12/11 y el despido se había comunicado el 2/12/11) cuando el art. 3 del decreto N° 2725/91 establece



que la intimación debe efectuarse estando vigente la relación, por lo que no procede la multa del art. 8 por \$ 12.623,34. Tampoco procede la del art. 15 por cuanto la intimación a la empleadora no fue previa al despido (cfr. Casas-Gerino-Blöse, Régimen de contrato de trabajo comentado, Art. 211, T. 3, pág. 793, Dir. Miguel A. Maza, La Ley, Buenos Aires 2012).

3.- En relación con la queja del actor por el daño moral resulta improcedente por cuanto realiza un reclamo genérico sin que pueda tenerse por acreditados los presupuestos para que prospere este reclamo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PADRONE SAUL ANDRES C/FOOD PATAGONIA SA S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES” (EXP N° 469265/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO.4 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 165/170vta. se dicta sentencia por la cual se hace lugar a la demanda por la suma de \$ 58.234,66 con más intereses y costas.

A fs. 174/179vta. apela y expresa agravios el actor y su letrada apela sus honorarios por bajos y los de la contraria por altos.

El actor considera que no se ponderaron en forma correcta todas las pruebas.

Dice, que es contradictorio reconocer validez a los testimonios para acreditar las funciones y categoría del actor pero luego sostener que no se impugnó debidamente las sanciones al resolver sobre el despido.

Expresa, que yerra el sentenciante al sostener que falleció la esposa del actor cuando en realidad fue su progenitora y al decir que no impugnó las sanciones porque formuló dos pedidos de explicaciones, el 22/10/11 y el 25/10/11, y la exposición policial del 3/12/11, cuando todavía no se había recepcionado el telegrama de despido.

Agrega, que impugnó por telegrama las sanciones impuestas, especialmente la suspensión de los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2011. También que remitió telegrama del 2/12/11 por la negativa a recibirle certificados médicos. Alega, que las causales del despido son injustificadas porque el actor manifestó su descargo sin que fuera resuelto, el día 26 no necesitaba justificar su inasistencia debido a que el 24 fue franco por lo que no concurrió el 26, los días 29 y 30 había avisado a su superior, Sra. Silvia Zubiría, que no concurriría por problemas de salud de su esposa y el día 1/12 era franco.

Sostiene, que la sentencia es incongruente porque reconoce la situación irregular del actor pero no la aprecia para hacer lugar a los rubros reclamados. Agrega, que resulta abusivo el despido llevado adelante por la demandada cuando las supuestas ausencias fueron justificadas mientras la propia empleadora incumplía sus obligaciones y se refiere al poder disciplinario de la empleadora.

En otro punto, respecto del daño moral por despido abusivo, expresa que se probó el mal trato, hostigamiento y persecución contra el actor a través de los certificados médicos que ponen en evidencia la gravedad de su estado de salud.

A fs. 180/182 expresa agravios la demandada. Se queja por las diferencias salariales, dice que no se tuvo en cuenta que los salarios denunciados en la demanda no se corresponden con las escalas de la actividad, realiza liquidación y que el total por el rubro sería de \$ 1.763.

Luego, se queja por la procedencia de las indemnizaciones de la ley de empleo, dice que las notificaciones e intimaciones fueron cursadas luego de extinta la relación laboral y la ley de empleo contempla las indemnizaciones cuando las intimaciones fueron cursadas estando vigente la relación.

Agrega, que el perito informó que la mejor remuneración fue la del mes de enero de 2011 y la fijó en \$ 4.207,78 cuando por CCT 389/04 es de \$ 3.212 por lo que se debe rechazar la procedencia de suma alguna por ley de empleo y a todo evento reducirse los importes incluido el de la multa por falta de entrega de certificados de trabajo.

A fs. 185/186 la actora contesta la expresión de agravios de la contraria.

Solicita su rechazo.

A fs. 187/189 hace lo propio la empleadora y solicita que se rechacen los agravios de la contraria con costas.

II. 1. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas corresponde partir de señalar que para su resolución deben considerarse los efectos de la falta de contestación de demanda y declaración de rebeldía de la demandada.

Al respecto, esta Alzada ha sostenido que: “[...] una parte importante de su queja gira en torno a los efectos y alcances que cabe conferir a la situación de contumacia en que incurre la parte demandada como consecuencia de la falta de contestación de demanda”.

“Al respecto, debo señalar que si bien es cierto que el art. 30 de la ley 921 establece que cuando no se contestara la demanda y no se ofreciera



prueba se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor, ello es así, salvo que mediare prueba en contrario (esto surge incluso de las citas jurisprudenciales que el propio recurrente incorpora en su presentación)”.

“En esa línea, esta Alzada ha dicho: “surge entonces que, si bien no lo dice expresamente la norma, debe interpretarse que los hechos invocados por el actor deben presumirse como ciertos, “salvo” prueba en contrario que desvirtúe aquellas afirmaciones”.

“...La rebeldía en sede laboral de acuerdo al artículo 30 de la ley 921 importa tener por ciertos los hechos lícitos alegados por el actor siempre y cuando ellos no resulten arbitrarios y/o caprichosos o estén en pugna con elementos existentes en la causa o como se dice más claramente en la cita de la sentenciante, la verosimilitud de los hechos alegados y la pertinencia del derecho invocado, a fin de que la presunción que establece el artículo no derive en el acogimiento automático de las pretensiones (exp. 313033/4, de fecha 02/03/2006 y exp. 421147/201002 del 2/09/14, Sala II)”, (“CASAS HECTOR ADRIAN C/KEY ENERGY SERVICES SA S/DESPIDO X OTRAS CAUSALES”, Expte. N° 401717/2009).

En el caso, se rechazó el despido incausado alegado por el actor al considerar que se encontraban acreditadas las causales del despido directo dispuesto por la empleadora a partir de la documental acompañada.

Sin embargo, entiendo que le asiste razón a la queja del actor a partir de que no hay elementos de prueba suficientes para desvirtuar los efectos de la contumacia de la demandada por la falta de contestación de demanda conforme el art. 30 de la ley 921.

El actor fue despedido por carta documento del 2/12/11 que dice: “Me dirijo a usted en mi carácter de apoderada de Food Patagonia, y habiendo sido sancionada en dos oportunidades, la primera con un día de suspensión de fecha 27 de septiembre de 2011, y la segunda por tres días -sanción de fecha 23, 24 y 25/11- con motivo de su mal comportamiento frente a un cliente y considerando que usted no justificó sus inasistencias a los días 26, 29 y 20 de noviembre y 01/12, todo lo cual revela un grave incumplimiento a sus obligaciones laborales las cuales causan perjuicio a mi mandante, notifico a usted que queda despedido con causa imputada en el incumplimiento de las obligaciones señaladas”, (fs. 27).

El A-quo entiende que de la documental surge que ambas sanciones quedaron firmes y que las ausencias de los días 26, 29 y 30 de noviembre y 01/12 no fueron justificadas porque en el escrito de demanda afirmó que fueron por problemas de salud de su esposa pero ésta había fallecido siete meses antes.

Sin embargo, esto no surge de la documental acompañada porque de fs. 19 y 20 se desprende que el actor cuestionó la procedencia de la suspensión por los días 23, 24 y 25 de noviembre (incluso a fs. 20 se aclara que se toma ese pedido de explicaciones como notificación de la sanción) lo cual no fue contestado por la empleadora. Posteriormente, se reiteraron los motivos en la misiva de fs. 28/29 y en la demanda, donde se expresa que era una sanción arbitraria y abusiva porque se aplicó treinta días después violando el principio de inmediatez, sin escuchar ni hacer lugar al descargo del actor y sobre el día 24/11 que resultaba franco (fs. 47vta.).

Por otro lado, en la demanda expresó que los días 29 y 30 de noviembre el actor avisó a la Sra. Silvia Zubiría que no concurriría por problemas de salud de su esposa por lo que solo debía procederse al descuento si no justificaba la ausencia (fs. 47vta.). En la sentencia se desestimó este hecho porque su esposa habría fallecido siete meses antes en base a la documental de fs. 3, sin embargo, ello no es así porque dicha certificación deja constancia del fallecimiento de la madre del actor no de su esposa.

Entonces, teniendo en cuenta que el artículo 30 de la ley 921 establece que cuando no se contestara la demanda y no se ofreciere prueba se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor y que de la documental agregada en autos no surgen elementos que los desvirtúen, resulta procedente la indemnización por despido incausado.

2. En punto a la liquidación, cabe señalar que resulta improcedente la apelación de la demandada teniendo en cuenta la incontestación de la demanda y lo dictaminado por el perito conforme lo dispuesto por el art. 38 de la ley 921.

Sin embargo le asiste razón a la demandada respecto a que la intimación requerida por el art. 11 de la ley 24.013 fue efectuada luego de finalizada la relación laboral (el telegrama de fs. 30 fue remitido el 07/12/11 y el despido se había comunicado el 2/12/11) cuando el art. 3 del decreto N° 2725/91 establece que la intimación debe efectuarse estando vigente la relación, por lo que no procede la multa del art. 8 por \$ 12.623,34. Tampoco procede la del art. 15 por cuanto la intimación a la empleadora no fue previa al despido (cfr. Casas-Gerino-Blöse, Régimen de contrato de trabajo comentado, Art. 211, T. 3, pág. 793, Dir. Miguel A. Maza, La Ley, Buenos Aires 2012).

Luego, de acuerdo a lo reclamado en la demanda y a la pericia contable de fs. 139/142, lo dispuesto por el art. 38 de la ley 921, corresponde la suma de \$ 19.550,04 (integración mes de despido, art. 233 LCT \$ 4.150,28; preaviso, art. 232 LCT \$4.207,78; antigüedad, art. 245 LCT \$ 4.207,78; multa art. 2 ley 25323 \$ 6.282,92; SAC s despido \$ 350,64; SAC s falta de preaviso \$ 350,64) que corresponde adicionar al monto de condena de primera instancia restada la multa del art. 8 ley 24013 (58.234,66 – 12623,34= 45.611,32) asciende al total de \$ 65.161,36 con más los intereses determinados en la sentencia.

3. En relación con la queja del actor por el daño moral resulta improcedente por cuanto realiza un reclamo genérico sin que pueda tenerse por acreditados los presupuestos para que prospere este reclamo.

Al respecto, resulta aplicable lo resuelto por esta Sala en un precedente similar donde sostuvo: “[...] puede afirmarse que el principio general es que la tarifa estipulada por el legislador laboral que debe ser abonada a todo trabajador ante el despido incausado, es omnicomprensiva y resarce todos los daños derivados de la voluntad rupturista (cfr. Gabet, Emiliano A., Daño moral e indemnización por despido, DT 2014, 2129).”



“Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia al señalar que: “...tal como lo ha precisado la C.S.J.N., in re “Vizzoti” (Fallos: 327:3677), el Art. 245 de la L.C.T. ha sido concebido como una indemnización, de tipo tarifada, con la cual el legislador ha buscado la protección contra el despido arbitrario garantizada en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional (considerando 4º), que al consagrar un régimen tasado provoca resignar la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos –celeridad, certeza y previsibilidad–, no censurable, en principio, constitucionalmente (considerando 6º).”

“Con ello se quiere significar que el régimen prescripto, tanto en el Art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo como en su símil 76, de la Ley 22.248, constituye la reglamentación legal del derecho a la estabilidad impropia, recogido en la Carta Magna. Es decir, la reparación consagrada en aquéllos se vincula exclusivamente con los daños emergentes de la denuncia arbitraria.”

“Desde esta perspectiva surge con más claridad el tipo de daños que encuentran resarcimiento a través del régimen legal. Ellos tienen una relación causal directa con la pérdida del derecho a la estabilidad impropia, o sea la frustración de la expectativa a continuar con el contrato de trabajo y todas sus consecuencias naturales, las que incluyen los agravios morales, como podrían ser las molestias en el seno familiar, el entorno de amistades y/o profesional.”

“Se concluye pues, que la tarifa indemniza los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados por el despido incausado” (Ac. 23/09, “Carrasco c/Cervi”, del registro de la S.C.)” (Expte. N° 404987/09, sentencia del 27/11/14).”

“Ahora bien, en el caso de autos el daño moral se funda en la alegación confusa y poco ordenada de una serie de hechos y circunstancias de distinta índole (cfr. fs. 28vta y 29), cuya imprecisión impide justificar la procedencia de un daño moral adicional y diferenciado, aún frente al juego del art.30.”

“Nótese, a su vez, que con respecto a la alegación del despido del trabajador enfermo y en uso de licencia, no se ha requerido siquiera la indemnización prevista por el legislador para tales situaciones (cf. art. 213 LCT).”

“Es por ello que, frente a las particularidades de la pretensión deducida (léase situaciones vinculadas a la ruptura del vínculo laboral donde existen reparaciones tarifadas), las meras presunciones aisladas, derivadas de la rebeldía de la empleadora, sin otra apoyatura que el relato vago y genérico contenido en la demanda, no pueden tener el efecto automático, mecánico o necesario del reclamo deducido. En estos casos, la rebeldía no apareja por sí el efecto de que la demanda sea procedente.”

“En este orden de ideas, se ha dicho:

“...la operatividad de la figura se proyecta exclusivamente sobre los hechos pero no sobre el derecho, sin que pueda servir de base para un encuadre jurídico y/o calificación legal de la relación, ya que ello constituye una tarea privativa del magistrado laboral (CS, 25/9/01, “Correa c. Sagaria de Guarracino”, DLE 2002-XVI-263; CNTrab., sala IV, 19/7/02, “Gaona c. Papelera Luján SA”, DT, 2002-B, 2302; sala V, 27/10/87, “Fernández Aguirre c. Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina”, DT, 1988-A, 254; sala VII, 29/11/86, “Pavón c. Míguez”, DT, 1986-B, 1141; sala VIII, 28/2/95, “Anselmo c. OSN”, DT, 1995-B, 1414) y sin que resulte aceptable que prosperen la totalidad de los rubros reclamados, cuando su procedencia resulta inverosímil con el simple cotejo de la realidad que trasuntan los hechos expuestos al demandar, o bien cuando resultan jurídicamente inadmisibles (CNTrab., sala II, 23/6/86, “Garriga c. Clards”, TSS 1986,1089; sala VII, sent. 10.631, 24/6/86, “Bogarín c. Rewetex SA”; sala I, 29/6/01, “Díaz c. Electroquímica Argentina SA”, DT, 2001-B, 2108) puesto que cuando la demanda es confusa y los hechos son expuestos en forma imprecisa, contradictoria y dubitativa, el valor de la confesión ficta será tan menguado y dudoso como el de los hechos relatados (CNTrab., sala VI, 31/10/86, “Escobar c. Lumilagro”, DT, 1987-A, 361).”

“Paralelamente, se ha expresado que la situación de rebeldía del demandado conforme a los arts. 71 y 86 de la ley 18.345 autoriza a tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda en tanto sean pertinentes y verosímiles, lo que no excusa el análisis de la plataforma fáctica diseñada por las partes para justificar la procedencia de sus pretensiones (CNTrab., sala VIII, 15/7/02, “Aguilar c. Escuela J. N. Bialik”, DT, 2003-A, 359)” (cfr. PAWLOWSKI DE POSE, Amanda Lucía, La situación de rebeldía procesal frente al régimen de sanciones conminatorias estipulado por el artículo 132 bis de la ley de contrato de trabajo, DT 2003-B, 1379), (“CASAS HECTOR ADRIAN C/KEY ENERGY SERVICES SA S/DESPIDO X OTRAS CAUSALES”, Expte. N° 401717/2009).

Por estas razones, el agravio bajo análisis debe ser desestimado.

4. En punto a las apelaciones arancelarias de la actora respecto a los honorarios del letrado de la contraria por considerarlos altos y de su letrada por bajos (fs. 174), los porcentajes determinados por el A-quo se encuentran dentro de la escala de la Ley de Aranceles y resultan acordes a labor desarrollada, por lo que corresponde desestimarlas.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada deducida a fs. 180/182 –en punto a la improcedencia de las multas de la ley 24.013- y a la del actor de fs. 174/179vta., en punto a la procedencia de las indemnizaciones por despido, desestimando los restantes agravios, en consecuencia, corresponde modificar la sentencia de fs. 165/170vta. respecto al monto de condena que asciende a un total de \$ 65.161,36 conforme lo expuesto en los considerandos, con más los intereses determinados en la sentencia de grado. Imponer las costas de la Alzada por su orden debido a la forma en que prosperan los recursos (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los anteriores.



Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada deducida a fs. 180/182 –en punto a la improcedencia de las multas de la ley 24.013- y a la del actor de fs. 174/179vta., en punto a la procedencia de las indemnizaciones por despido, desestimando los restantes agravios y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 165/170vta. respecto al monto de condena que asciende a un total de \$ 65.161,36 conforme lo expuesto en los considerandos, con más los intereses determinados en la sentencia de grado.
2. Imponer las costas de la Alzada por su orden (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los anteriores.
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr.Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"CORSINO CLAUDIA ANDREA C/ STRATEGOS S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 418128/2010) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

SOLIDARIDAD LABORAL. FRANQUICIA COMERCIAL. PARTES DEL CONTRATO. RESPONSABILIDAD. INDEPENDENCIA. INEXISTENCIA DE RELACION LABORAL.

- 1.- En lo concerniente a la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado [...] no puedo dejar de mencionar la nueva normativa que, sobre este tema, incorpora el Código Civil y Comercial (arts. 1512 a 1524). Es que si bien -atento la fecha en que acaecieron los hechos-, tal regulación no resulta aplicable al caso de autos, sin lugar a dudas aquélla resulta una guía interpretativa de gran valor, puesto que el nuevo ordenamiento refleja el criterio adoptado por el legislador en un tema que no resultaba diáfano, ya antes de la reforma, tanto en doctrina como en jurisprudencia.
- 2.- Esta disposición –Art. 1520 del C.C. y C.-, claramente persigue la limitación de la responsabilidad del franquiciante, salvo fraude laboral.
- 3.- [...] los elementos agregados a la causa no logran poner de resalto que el sistema de coordinación que une al franquiciante y franquiciado importe, en el caso, fraude a los derechos de los dependientes del franquiciado, quien resulta una empresa autónoma y asume el riesgo empresario del emprendimiento. En función de ello, juzgo que corresponde confirmar la sentencia en cuanto hiciera lugar a la excepción planteada por la codemandada, y en consecuencia, rechazara la demanda contra el franquiciante.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:





En acuerdo estos autos caratulados: “CORSINO CLAUDIA ANDREA C/ STRATEGOS SRL Y OTROS S/DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES” (EXP N° 418128/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- La sentencia definitiva es apelada por la actora y la codemandada STRATEGOS S.R.L.

La primera, en el entendimiento que correspondía aplicar el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323. Señala que su parte reclamó fehacientemente el pago de las indemnizaciones adeudadas, conforme se desprende del expediente administrativo que individualiza.

También la agravia que se rechazara el SAC sobre vacaciones no gozadas. Cita jurisprudencia en apoyo a su reclamo.

En tercer lugar, se queja del acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Martínez Hnos y Cía SRL. Dice que no se tuvo en cuenta la cláusula cuarta del contrato que impide sostener que los concedentes de la franquicia se vincularon sin asumir riesgo crediticio alguno.

Agrega que el local era una sucursal de la excepcionante, una unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa. Y señala que en este punto es relevante la efectivización del apercibimiento previsto en el art. 38 de la ley 921.

Concluye que la consideración de la prueba omitida y una simple lectura del contrato, dejan claro que en el local donde laboraba la actora, Martínez Hnos y Cía SRL puso todo menos la titularidad; que mas allá del formato o la marca “Café Martínez” la excepcionante explota una cadena de cafeterías donde vende y distribuye los productos de la misma, todo lo cual encuadra perfectamente en el art. 30 de la L.C.T.

Por último, se agravia de la imposición de costas por el acogimiento de la excepción y rechazo de la demanda contra Martínez Hnos y Cía S.R.L.

La codemandada STRATEGOS S.R.L., por su parte, cuestiona la valoración de los recibos acompañados, toda vez que no se tuvo en cuenta lo que surge de la prueba confesional, la confesión expresa sobre el pago de los montos exigidos y el reconocimiento sobre lo indicado en tales documentos. Afirma que es la actora quien reconoce su firma.

Ambas partes contestan los agravios formulados recíprocamente, y solicitan el rechazo del recurso deducido por la contraria, con costas (hojas 372 y vta. y 375/376).

2.- Así planteados los agravios traídos a consideración, comenzaré por analizar la presentación de la accionada.

El acta de la hoja 161 no permite advertir yerro alguno en el razonamiento de la sentenciante, desde que la actora, al absolver posiciones, desconoce expresamente la firma del recibo simple de fecha 12 de enero del año 2010, como así también “la letra del recibo, y en cuanto al contenido manifiesta que jamás lo cobró y la fecha está como corregida” (ver hoja 55vta.). El hecho que reconociera que solían abonarse adelantados y que era habitual la suscripción de recibos como el exhibido, no conduce a la conclusión que propone el apelante.

Ninguna prueba corrobora la existencia real y efectiva del pago que se alega: el mentado documento no cumple los recaudos previstos en los arts. 138, 140 y 141 LCT, la firma fue desconocida, se tuvo por desistida a la accionada de la prueba pericial caligráfica (hoja 325) y además, el apelante no rebate el argumento de la juzgadora, en punto a que corresponde tener por cierto lo alegado por la actora -y por ende, no abonados los rubros reclamados-, por aplicación de lo dispuesto en el art. 38 de la ley 921, ante la falta de presentación de los libros y de la documentación requerida por el perito contador.

No concurren, por ende, circunstancias tales que permitan soslayar la omisión de los recaudos de certeza impuestos por las normas antes aludidas, para otorgar la eficacia cancelatoria pretendida por la demandada, aún dentro del margen de razonable discrecionalidad que concede al juzgador el art. 142.

En el caso que nos ocupa, la instrumentación virtualmente simultánea de recibos oficiales sin firma del trabajador y de otro recibo que no cumple con los recaudos de certeza y debida imputación, sin respaldo en la registración que impone el art. 52 de la LCT, ni corroborado por ningún otro elemento de prueba, impide al juzgador su admisión como prueba del pago de los rubros exigidos.

Lo expuesto conduce al rechazo del recurso incoado por la accionada.

3.- En cuanto al recurso de la actora, en primer lugar considero que las constancias del expediente administrativo que corre por cuerda dan cuenta que la accionante, previo iniciar la acción judicial, requirió el pago de sus haberes de diciembre 2009, SAC segundo semestre 2009 y liquidación final por despido incausado, identificando los rubros que componían tal liquidación.

En la cédula de notificación que se remite a la empleadora se adjunta copia de dicha presentación, de modo que existió notificación previa al juicio, suficiente para tener por configurada la intimación fehaciente exigida por el art. 2 de la ley 25.323.

No debe olvidarse que el objetivo perseguido por la norma es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. Se sanciona la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo, siempre que el empleador esté debidamente notificado del reclamo, locual entiendo que aquí se ha cumplido.

Consecuentemente, el recurso de la actora prospera en lo que refiere al agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323, cuyo importe asciende a la suma de \$ 3.386,84. A tal fin la integración del mes del despido es de \$ 1.691,92, monto que surge de deducir del salario





mensual los días efectivamente trabajados hasta el despido, toda vez que en la sentencia de grado no se han diferenciado los importes.

En punto a la crítica de la parte actora relativa al rechazo del SAC sobre el rubro vacaciones no gozadas, entiendo que también debe ser admitida.

Coincido en este aspecto con la opinión de mis colegas de la Sala II, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

“Conocida es la disparidad de criterios que se encuentra en la jurisprudencia respecto del cálculo del SAC sobre las vacaciones no gozadas.

Parte de los tribunales del trabajo coinciden con la posición de la a quo entendiendo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 156 de la LCT, el salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada, posee naturaleza indemnizatoria por lo que no corresponde el cálculo del SAC con motivo del cese del dependiente (cfr. CNAT, Sala VII, “Luna c/ Buenos Aires Embotelladora S.A.”, 18/10/1996, DT 1997-A, pág. 964).

Sin embargo, y sin perjuicio del respeto que me merece la opinión de la jueza de grado, adhiero al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto a que el SAC debe considerarse para determinar la indemnización por vacaciones no gozadas, porque si bien esta suma tiene carácter indemnizatorio, debe ser equivalente al salario correspondiente, y aquél constituye un salario diferido (autos “Alonso c/ A.I.D.O.S.S.”, 31/7/1984, LT XXXII, pág. 1.131). De otro modo, conforme lo sostienen Juan Carlos y Diego Fernández Madrid, se privará al trabajador de una parte del salario que ya ha ganado, porque si no hubiera ocurrido el distracto, el lapso de la vacación gozada se hubiera contado como tiempo trabajado para el cómputo del SAC -cfr. aut. cit., “Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales”, Ed. La Ley, 2011, pág. 617-” (“PASCHETTA SABRINA PAOLA C/ STRATEGOS SRL Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES”, Expte. N° 419895/2010).

En tal virtud, propongo modificar el resolutorio apelado, incluyendo el SAC en el rubro vacaciones no gozadas.

Así, sobre las vacaciones no gozadas del año 2009 y las proporcionales del año 2010 debe liquidarse el SAC, resultando la suma de \$ 56,40.- para el primer período, y \$ 2,42.- para el segundo.

En definitiva, el capital de condena asciende a la suma de \$ 21.700,94.-

4.- Resta analizar el planteo de la actora relativo al rechazo de la demanda contra Martínez Hnos y Cía S.R.L., basada en su responsabilidad solidaria (art. 30 LCT).

Aquí traigo a colación el voto del Dr. Gigena Basombrío en el precedente de la Sala II antes citado, por compartir sus fundamentos:

“...En el caso de autos, y tratándose específicamente del contrato de franquicia entiendo que corresponde enfocar la cuestión en el preciso marco del mismo, no pudiendo perderse de vista que: “... se ha distinguido entre el contrato y el negocio de franquicia, pero lo cierto es que -como lo define THOMPSON- el contrato de franquicia es aquel en el cual una organización, el franquiciante, que ha desarrollado un método o una fórmula para la fabricación y/o venta de un producto o servicio, extiende a otras firmas, los franquiciados, el derecho a proseguir con tal negocio sujeto a ciertos controles y restricciones. En casi todos los casos, el franquiciado opera bajo el nombre del franquiciante como marca o nombre comercial...El objeto de la franquicia, en líneas generales, será la licencia o autorización del franquiciado para explotar el plan negocial, propiedad del franquiciante, que generalmente involucrará el permiso de uso del nombre comercial del franquiciante, como así de todas las marcas registradas y patentadas. Ello también resultará extensivo a todos los métodos y procesos que constituyen el know how que se transferirá y que forma parte indisoluble del plan negocial”. (“El franchising y el derecho laboral. Su relación a través del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo” Molina Sandoval, Carlos A.- Cita: MJ-DOC-1532-AR MJD1532).

Sentadas las bases del marco conceptual el autor avanza y sostiene: “Ahora bien, el contrato de franquicia antes descripto no se encuentra comprendido en el art. 30, LCT. Varias son las razones que han avalado tal conclusión: En primer lugar, la franquicia no es una cesión del franquiciante al franquiciado de un establecimiento habilitado a su nombre. Lo que en realidad se cede es el uso de la marca, de un nombre o de un emblema representativo de un producto o servicios, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, no el establecimiento. El franquiciante, entre otras cosas, sólo le brinda al tomador del franchising asistencia técnica -y a veces incluso financiera-, mas es este último el que asume el riesgo de inversión al instalar su propio y distinto establecimiento, que puede -y a veces incluso debe- tener características similares, ofrecer productos similares, o contar con procesos productivos parecidos. En segundo lugar, el franquiciante no contrata un trabajo o servicio correspondiente a la actividad de su establecimiento, ya que la actividad del franquiciado se desarrollará en otro establecimiento, con autonomía. Son sujetos (partes) independientes. El franchisor solamente le proporciona su marca, sus técnicas de producción, su know-how, en una palabra, su plan negocial y el franquiciado contratará los trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento. Justamente, el franquiciante celebra un contrato de franchising, y no otro contrato, para que el propio franquiciado contrate los trabajos o servicios que correspondan a la actividad de su propio establecimiento. De otro modo, le sería más conveniente contratar -como empleador- directamente el personal que desarrollará tareas en el establecimiento del franquiciado, pues tendría un control más directo sobre todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo. Solución incompatible con la franquicia....”

Los conceptos referidos han sido receptados jurisprudencialmente señalando: “... los comportamientos de las partes que la actora describe como configurativos de la situación aprehendida por el artículo 30 L.C.T. son los típicos de las relaciones entre franquiciante y franquiciado. El contrato de franquicia, lejos de configurar esa situación, la excluye, ya que el franquiciante, dueño o titular de un producto, un sistema, un



procedimiento o de un derecho de explotación, no los explota por sí mismo, sino que lucra con la autorización a terceros para explotarlos, imponiendo condiciones tendientes a evitar su desvalorización en el mercado. De tal suerte, no explota un establecimiento, en el sentido del artículo 6° L.C.T., y, en el marco del artículo 30, es un establecimiento lo que puede ser objeto de cesión o transferencia, y los trabajos o servicios que en él se cumplen o prestan, los que pueden constituir el de la contratación o subcontratación. En el caso "Rodríguez, Juan R. v. Cia Embotelladora Arg. S.A."; fallo del 15.05.93.), la Corte Suprema de Justicia mencionó expresamente al contrato de franquicia como uno de los que exorbitan los alcances de la responsabilidad solidaria por deudas de un tercero que consagra la norma citada." ("Alicy Cynthia Lorena c/Perez José Luis y Otro s/ Despido" - CNTRAB - SALA VIII - 26/09/2007)

En igual sentido: "Es criterio de esta Sala que cuando existe un contrato de franquicia no resultan aplicables -en principio- las disposiciones del citado art. 30 toda vez que las dos partes son independientes una de otra, los franquiciados actúan en su propio nombre y a su propio riesgo y el franquiciante no ejerce ningún control sobre los dependientes de aquél. En el contrato típico de franquicia, el franquiciante no tiene como actividad propia la efectiva venta del producto o la prestación del servicio, sino la instalación de la marca, el desarrollo de las técnicas operativas y de mercado, el establecimiento de prácticas uniformes y la vigilancia de su cumplimiento que queda a cargo de los franquiciados (en igual sentido, sentencia N° 88.519 del 19.2.07, en autos "Punta, Diego Leonardo c/ Pronto Wash SA y otros s/ despido", del registro de esta Sala).- En consecuencia, considero que no resulta aplicable el art. 30, pues en el contrato de franquicia no se cede un establecimiento ni se subcontrata la realización de obras o servicios que hagan a la actividad principal o accesoria del franquiciante, tampoco hay cesión de derechos y de obligaciones. Desde luego, esta figura se presta como otras al fraude laboral, pero no hay datos que permitan concluir que tal es el caso de autos, al menos entre el franquiciante y los trabajadores del franquiciado.-

Por lo expuesto, propicio revocar la condena solidaria a Franquicias Argentinas SA y Solo Empanadas SA, pues la primera actuó como franquiciante mientras que Solo Empanadas es titular de la marca y cedió los derechos de su explotación a Franquicias Argentinas SA." - "Chazarreta Héctor Edgardo c/Emparte SRL y otros s/despido" CNTRAB - SALA III, S.D. 90.402 del 26/11/2008 Expte. N° 29.635/06.- (cfr. causa "PASCHETTA", ya citada, Expte. N° 419895/2010).

Más allá de estos lineamientos, no puedo dejar de mencionar la nueva normativa que, sobre este tema, incorpora el Código Civil y Comercial (arts. 1512 a 1524). Es que si bien -atento la fecha en que acaecieron los hechos-, tal regulación no resulta aplicable al caso de autos, sin lugar a dudas aquella resulta una guía interpretativa de gran valor, puesto que el nuevo ordenamiento refleja el criterio adoptado por el legislador en un tema que no resultaba diáfano, ya antes de la reforma, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Y bien, el art. 1520 del citado cuerpo legal, establece: "ARTÍCULO 1520.- Responsabilidad. Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia: a. el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario; b. los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral; c. el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia".

Esta disposición, claramente persigue la limitación de la responsabilidad del franquiciante, salvo fraude laboral.

En el caso de autos, las cláusulas del contrato de franquicia suscripto entre las codemandadas (hojas 78/113), plasman los elementos esenciales de este tipo de vínculos comerciales.

Es que, siguiendo la enumeración que plantea Marzorati, tales elementos son:

- a.- licencia de uso de una marca o nombre comercial y otros derechos de propiedad intelectual: implica contratos de licencia de uso de derechos de propiedad intelectual o industrial de titularidad del franquiciante, o con derecho a conceder su uso, incluye las marcas comerciales, patentes, modelos y diseños industriales, modelos de utilidad, derechos de autor y secreto industrial.
- b.- relación de distribución: es una relación contractual con vocación de continuidad y prolongada en el tiempo, para la distribución de productos o servicios. No es suficiente la celebración de compra ventas aisladas, pero tampoco implica necesariamente una relación de suministro.
- c.- método o sistema comercial (know how): es la transmisión del formato y estructura de un negocio de éxito probado, que se reproduce exactamente en cada unidad comercial mediante manuales de procedimientos, capacitación, licencia de uso de patentes industriales e imagen comercial.
- d.- control y asistencia técnica del franquiciante: si bien el franquiciado resulta un empresario independiente, el franquiciante brinda la asistencia técnica necesaria para la transmisión del formato, y también controla activamente el cumplimiento de los procedimientos y condiciones.
- e.- integración de una red comercial: cada franquiciado forma parte de un sistema de distribución organizado territorialmente, fundado en estudios de mercados, beneficiándose cada uno con la reputación e imagen de la marca y los beneficios comerciales de toda la red empresarial.
- f.- pago de canon y/o regalías: es la contraprestación por la transmisión del know how y la asistencia técnica.
- g.- independencia jurídica y empresarial: franquiciante y franquiciado son empresarios diferentes, independientes entre sí, sólo relacionados comercialmente por el método del negocio franquiciado (MARZORATI, Osvaldo, "Franchising", Astrea, Buenos Aires, 2001", p.6).

Luego, la referencia que realizaron los tres testigos que declararon en autos (Quintana, López y Paschetta) en punto a la concurrencia de personal



de Buenos Aires al local (hoja 215vta)... “si vino una chica para ver como estaba la franquicia, estuvo una semana” (306vta), “..iba gente de Café Martínez a controlar las cajas, las ventas, la cocina” (307vta), se corresponde con los derechos de auditoría (cláusulas 4.3.2.4. y 6.10) y la asistencia operativa posterior (cláusula 5.8) previstas contractualmente.

Si bien existe control por parte del franquiciante, “tiene solo el carácter de una contrapartida del derecho al uso de la marca y la asistencia técnica de que goza el franquiciado, sin que corresponda ampliar desmesurada y peligrosamente el número de obligados solidarios” (MADDALONI, Osvaldo A.: «El contrato de trabajo y los contratos comerciales», en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, t. 2005 – 2. Contratación laboral.Cita: RC D 2257/2012).

En suma, los elementos agregados a la causa no logran poner de resalto que el sistema de coordinación que une al franquiciante y franquiciado importe, en el caso, fraude a los derechos de los dependientes del franquiciado, quien resulta una empresa autónoma y asume el riesgo empresario del emprendimiento.

En función de ello, juzgo que corresponde confirmar la sentencia en cuanto hiciera lugar a la excepción planteada por la codemandada, y en consecuencia, rechazara la demanda contra Martínez Hnos. y Cía. S.R.L.

Las costas de la primera instancia, se impondrán a la codemandada Strategos S.R.L. y las de Alzada en el orden causado, en atención al resultado de los recursos.

Con respecto a la codemandada Martínez, entiendo que las costas deben imponerse en el orden causado en ambas instancias, atento la existencia de jurisprudencia contradictoria, la nueva legislación que sirvió como pauta interpretativa, y la materia discutida (art. 17 de la ley 921).

Los honorarios de la instancia de grado deberán readecuarse a lo aquí decidido.

Asimismo, corresponde diferir la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada para cuando se cuente con pautas para ello.

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 ello esta Sala I,

RESUELVE:

1.- Modificar parcialmente la sentencia apelada, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 21.700,94, confirmándola en lo demás y que ha sido materia de agravios.

2.- Imponer las costas de la primera instancia a la codemandada Strategos S.R.L. y las de Alzada en el orden causado, en atención al resultado de los recursos. Respecto a la codemandada Martínez Hnos y Cía S.R.L. se fijan en el orden causado en ambas instancias, atento la existencia de jurisprudencia contradictoria, la nueva legislación que sirvió como pauta interpretativa, y la materia discutida (art. 17 de la ley 921). Los honorarios de la instancia de grado deberán readecuarse a lo aquí decidido, difiriendo, asimismo, la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada para cuando se cuente con pautas para ello.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr.Jorge D. PASCARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"GUTIERREZ RICARDO ANTONIO C/ A.I. S.R.L. SOBRE DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** -  
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I –  
(Expte.: 414884/2010) – Sentencia: 17/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO.

La prueba rendida no resulta suficiente para desvirtuar la presunción emergente del art. 23 LCT, en tanto



los testigos ofrecidos por la accionada ninguna circunstancia de interés pudieron aportar a la causa con respecto a la alegada “autoorganización” del actor o a la ausencia de órdenes por parte del demandado. Tampoco surge de las constancias probatorias señaladas, que el accionante hubiese sido titular de una organización empresarial propia, no habiéndose probado que utilizara, para realizar su labor, elementos de su propiedad ni que invirtiera capital a tal fin. Por el contrario, prestaba de forma directa y personal su labor en beneficio del accionado y con carácter de habitualidad y permanencia y a cambio de una remuneración, sin que revista importancia el nombre o denominación que se le asignaba a dichos pagos o la forma en que se los instrumentaba, pues tal circunstancia no modifica su naturaleza real de conformidad con lo previsto por los arts. 103, 104, 108 y cctes. de la L.C.T. (régimen en el cual se prevén distintos mecanismos remuneratorios variables, en razón de la variabilidad del módulo de determinación).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GUTIERREZ RICARDO ANTONIO C/ A.I. S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION” (EXP N° 414884/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 4 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- La parte demandada apela la sentencia de grado que hace lugar a la demanda.

La agravia que se tuviera por cierta la fecha de ingreso mencionada por el actor. Dice que ninguno de los testigos acreditó que fehacientemente el accionante haya ingresado a trabajar en la fecha que dice; por el contrario, manifestaron que comenzó a trabajar en relación de dependencia a partir del año 2009 y por ende, no hay duda que esta es la fecha de ingreso.

Agrega que ningún testigo lo vio utilizar las herramientas de la empresa para que el juez haga tan contundente afirmación. Concluye que el despido indirecto por falta de registración es improcedente.

En segundo lugar, plantea que los testigos y el mismo actor sostuvieron que entró a trabajar como ayudante, por lo que es imposible que tras laborar menos de un año en relación de dependencia se convierta en oficial.

Añade que surge de la prueba que el que revisaba y determinaba las tareas a realizar era el Sr. Canosa, por lo que la categoría de medio oficial es la correcta para la parte actora.

Corrido el traslado de ley, la contraria guarda silencio.

2.- 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.

Así y tal como frecuentemente hemos señalado “el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado, pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto...” (cfr. Sala II, en autos “PROTTI MARIA EUGENIA CONTRA CORTEZ RAUL Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION” (EXP N° 377138/8), sentencia de fecha 28/06/2011).

Y, como puede advertirse de la síntesis de los agravios planteados, la accionada escasamente cumplimenta el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto no conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido.

Más allá de su discrepancia, el recurrente no efectúa una crítica severa del razonamiento efectuado por el sentenciante.

Nótese que el accionado al contestar la demanda reconoce que el actor se desempeñó en su taller realizando tareas propias del rubro mecánica,



más allá de las explicaciones que ensaya para justificar tal circunstancia.

En cuanto a la fecha de ingreso, el testigo Chicahuala dijo que “Él estuvo un tiempo, luego se accidentó y no fue más, y luego volvió a trabajar... Gutiérrez antes del accidente tenía un horario, entraba de tarde de 14 a 22hs o 22.30. Sábados se trabaja medio día...” (hoja 147). Ahora bien, si tenemos en cuenta que, conforme expresara la accionada al contestar demanda, el accidente referido habría ocurrido en mayo del año 2008, es claro que el actor se desempeñaba laboralmente desde antes de abril del 2009 como alega esta última en su responde.

El testigo Campos también señaló que vio al actor trabajar “más o menos en esa época 2006 o 2007, porque yo tengo que hacer la visita para hacer el presupuesto de los vehículos... yo iba por lo menos al taller dos veces por semana por mi trabajo y recuerdo que a veces lo veía y a veces no. A Gutiérrez lo ví hacer parte de los trabajos de ahí, desde mecánica hasta limpiar el piso...” (hoja 149).

Ortiz, por su parte, afirmó: “Gutiérrez estaba desde hace años ahí. Creo que harían 4 o 5 años que el actor trabajaba ahí... no es que lo veía todos los días” (hoja 151).

Desde este plexo probatorio, es claro que en el caso opera la presunción del artículo 23 de la L.C.T., siendo sólo necesario que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que ellos fueron realizados en relación de dependencia (cfr. TSJ Ac. N° 129/95, 27/99, 15/02, entre otros).

“Sobre la base de dichos lineamientos, se sostuvo que la sola demostración, por parte del trabajador, de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción. Pero tal consecuencia no es absoluta, ya que el destinatario de esos servicios puede demostrar a su vez que el vínculo es ajeno al régimen laboral. Entonces, corresponderá al empleador destruir esta presunción, que admite prueba en contrario, demostrando que la prestación de servicios obedece a otras circunstancias que no tienen vinculación con un contrato de trabajo... Es evidente que el fin querido por la ley al establecer la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T. es la tutela del trabajador, facilitando de este modo la prueba de la relación laboral. Probada la prestación de servicios opera la presunción legal establecida en dicha norma, que pone en cabeza del demandado la carga de demostrar que tal prestación de servicios no corresponde a una relación laboral...” (cfr. TSJ, Ac. 15/08. Ver también Ac. 1/10).

Ahora bien, las cuestiones que rodean el encuadramiento de una relación como propia o ajena al ámbito del derecho de trabajo son, claramente, de las que revisten mayor complejidad en esta materia. Como consecuencia del corte netamente casuístico, resulta imposible la formulación de una máxima que dirija al juzgador o al doctrinario al arribo de una conclusión uniforme (cfr. Gabet, Emiliano A., Contrato y relación de trabajo, DT 2012 (agosto), 2031).

No obstante esa dificultad, entiendo que la prueba rendida no resulta suficiente para desvirtuar la presunción emergente del art. 23 LCT.

Nótese que los testigos ofrecidos por la accionada ninguna circunstancia de interés pudieron aportar a la causa con respecto a la alegada “autoorganización” del actor o a la ausencia de órdenes por parte del demandado. Adviértase que fue el empleador quien manifestó que el actor prestó servicios en forma independiente, por lo que los testigos por él propuestos debieron ser certeros y precisos al expresarse sobre dicha circunstancia, no siendo suficiente el episodio aislado que relata Ortiz (hoja 151vta), respecto a lo sucedido un día que el taller no pudo tomar el pedido porque “tenían muchísimos vehículos”.

Tampoco surge de las constancias probatorias señaladas, que el accionante hubiese sido titular de una organización empresarial propia, no habiéndose probado que utilizara, para realizar su labor, elementos de su propiedad ni que invirtiera capital a tal fin.

Por el contrario, prestaba de forma directa y personal su labor en beneficio del accionado y con carácter de habitualidad y permanencia y a cambio de una remuneración, sin que revista importancia el nombre o denominación que se le asignaba a dichos pagos o la forma en que se los instrumentaba, pues tal circunstancia no modifica su naturaleza real de conformidad con lo previsto por los arts. 103, 104, 108 y cctes. de la L.C.T. (régimen en el cual se prevén distintos mecanismos remuneratorios variables, en razón de la variabilidad del módulo de determinación).

Con respecto a lo alegado por el apelante en punto a que varios testigos manifestaron que no veían al actor todos los días en el taller, es preciso señalar que: “...el contrato de trabajo supone prestaciones sucesivas condicionadas a la naturaleza de la actividad de que se trata y a la organización de la empresa para la cual se trabaja. Pero, también habrá que diferenciar la permanencia en la empresa con la continuidad en la ejecución de las prestaciones. Pues, a veces se opina que es condición constitutiva de la modalidad de plazo indeterminado que los servicios sean requeridos todos los días de la semana, todas las semanas del mes, todos los meses del año, etc. En realidad, ello solo define a un subtipo de contrato por tiempo indeterminado que la doctrina ha denominado “con prestaciones continuas”, pero en muchas actividades, sin dejar de referir a necesidades permanentes de la empresa, el servicio puede ser requerido con intermitencias.

Entonces, el “quid” de la permanencia no refiere a la intensidad o frecuencia de los servicios, sino al hecho de que ellos vienen a satisfacer una necesidad empresarial que tiene y que transmite o comunica al vínculo mediante el que se la atiende, una inherente vocación de continuar en el tiempo (cfr. Ac. N° 36/15 –“ARRIAGADA”- del Registro de la Secretaría Civil)” (TSJ Ac. 10/16, “REYES BARRIENTOS”).

Entiendo entonces que, contrariamente a lo alegado, la valoración de la prueba no se presenta arbitraria: desprendiéndose del cúmulo probatorio reseñado que el actor prestó servicios para el demandado, la acreditación de que esa prestación obedecía a otras circunstancias, pesaba sobre el recurrente. Y éste no aportó elementos de convicción en tal sentido.





En lo que refiere a la categoría reclamada, la accionada apunta a la exigua antigüedad del trabajador para lograr el ascenso a la categoría de oficial, más dicha defensa no repara en la verdadera fecha de ingreso considerada por el sentenciante.

Chicahuala, dependiente de la accionada, señaló que el actor empezó como ayudante y estuvo ahí como mecánico (hoja 147). Por otra parte, no resulta incompatible con la categoría aludida, que el actor recibiera órdenes de uno de los dueños de la empresa. Es que, según los testigos, recibía órdenes de Juan Canosa, luego fallecido, a quien definían como dueño (Pugliese, hoja 148, Campos, hoja 149).

Por las razones expuestas, opino que el recurso deducido por la accionada debe ser desestimado, con costas. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Rechazar el recuso de apelación deducido por la demandada y confirmar la sentencia de fs. 230/237vta., en cuanto fue materia de recursos y agravios.
2. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 17, ley 921.).
3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia Pamphile - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"BANCO PATAGONIA S.A. C/ VARGAS MARCELO RUBEN S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 547301/2016) – Sentencia: 22/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

PAGARE A LA VISTA. INTERESES. COMPUTO DE INTERESES.

Tratándose de un pagaré a la vista en el cual válidamente se pueden pactar intereses compensatorios, éstos deben liquidarse a partir de la fecha de creación del título, sin perjuicio de los intereses punitivos (arts. 5, 103, 52 inc. 1º del Decreto Ley 5965/63).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BANCO PATAGONIA S.A. C/ VARGAS MARCELO RUBEN S/ COBRO EJECUTIVO" (EXP N° 547301/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE JUICIOS EJECUTIVOS NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y

CONSIDERANDO:

I. Viene la presente causa a estudio del Cuerpo para tratar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la actora a fs. 50/52 contra la sentencia de trance y remate dictada a fs. 47.

Se queja por cuanto en la resolución recurrida se fijó como fecha de mora el 20/09/2016, que corresponde a la presentación del demandado a fs. 43.

Refiere que en el escrito de demanda se consignó el 05/06/2015 como fecha de mora de la obligación instrumentada en el pagaré ejecutado. Asimismo, que en esa fecha dicho título fue presentado para su cobro y no fue abonado por el demandado, por lo que se reclamaron los intereses





compensatorios y moratorios pactados que se adeudan desde entonces hasta su efectivo pago.

Expresa que el demandado no desconoció la fecha de mora indicada en la demanda ni la presentación al cobro del pagaré en esa fecha.

Señala que en las obligaciones cambiarias la mora es automática y en los pagarés a la vista con cláusula “sin protesto” la sola manifestación del ejecutante de haber presentado el instrumento al cobro resulta suficiente para aceptar que ello es así, constituyendo ésta una presunción juris tantum que hace pesar sobre el ejecutado la carga de demostrar lo contrario.

Dice que la ausencia de contradicción no autoriza a fijar de oficio una fecha de mora distinta a la indicada en la demanda, ni eximir al demandado de los intereses compensatorios y moratorios adeudados desde el 05/06/2015 en que se produjo la mora. De lo contrario, se produce una licuación sustancial e injustificada del crédito, lo cual equivale a premiar al demandado moroso a costa de confiscar una parte importante del crédito. Cita jurisprudencia que entiende aplicable.

Agrega que el art. 5 del Decreto Ley 5965/1963 establece expresamente que los intereses se devengarán desde la fecha del título en caso de no haberse previsto expresamente una distinta.

Corrido el pertinente traslado, el demandado no contesta.

II. Ingresando al análisis de la cuestión planteada, entendemos que el recurso procede parcialmente.

De las constancias de autos surge que, al demandar, el accionante manifestó que el título base de la acción era un pagaré a la vista de \$ 80.000 librado el 16/07/2015 a la orden de su parte, que devengó intereses compensatorios y moratorios a la tasa allí pactada. Seguidamente dijo que no fue abonado a su presentación, realizada el 05/06/2015, por lo que el demandado incurrió en mora desde entonces.

Ahora bien, teniendo a la vista el documento en cuestión -fs. 44-, se observa que la fecha de su emisión fue el 16/07/2015. Por lo tanto, la fecha de mora indicada en el escrito de inicio y en la expresión de agravios, así como la fecha de la carta documento -agregada a fs. 45/46-, son anteriores a la fecha de emisión referida, tal como señala la A-quo en la sentencia recurrida, habiendo incurrido el accionante, evidentemente, en un error material.

No queda precisada, por lo tanto, la fecha de presentación del pagaré para su cobro.

Ello así, y sin perjuicio de la ausencia de contradicción, no resulta razonable admitir el planteo formulado respecto de la fecha de mora, por lo que se impone su rechazo.

En lo que respecta a los intereses compensatorios, del propio texto del pagaré ejecutado surge su imposición desde la fecha de su creación, por lo que corresponde calcular los mismos desde el 16/07/2015, con la morigeración impuesta por la Juez de grado.

“Toda vez que la cláusula de intereses ha sido insertada en un pagaré concebido “a la vista” y pactada libremente, ella es legítima e inmodificable y tiene vigencia desde la fecha de creación del título” (dec. Ley 5965/63: 5). Autos: BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ ZARZRCKI S/ EJEC. Sala B Mag.: MARTIRE - MORANDI - WILLIAMS. 14/04/1983.

“Tratándose de un pagaré a la vista en el cual válidamente se pueden pactar intereses compensatorios, éstos deben liquidarse a partir de la fecha de creación del título, sin perjuicio de los intereses punitivos (arts. 5, 103, 52 inc. 1º del Decreto Ley 5965/63).” (Cc0101 Mp 109396 Rsi-281-99 I. 06/04/1999. Favacard S.A. C/ Cepeda, Sandra S/ Ejecución. Mag. Votantes: Font-de Carli. Cc0101 Mp 124317 RSI-571-3 I. 13/05/2003. Favacard S.A. C/ Peluso, José S/ Ejecución. Mag. Votantes: Font-Cazeaux).

Por las razones expuestas, el recurso se admite parcialmente, rechazando el planteo relacionado a la fecha de mora y modificando la fecha desde la que corren los intereses compensatorios, siendo la misma la de emisión del pagaré, éste es, el 16/07/2015, con la morigeración impuesta por la Juez de grado.

Las costas de Alzada se imponen al apelante. Si bien se trata de una cuestión suscitada con el juzgado, la misma se debe, en mayor medida, a la falta de precisión en lo actuado por el accionante. Los honorarios del letrado interviniente en esta etapa se regulan en el 25% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la actora a fs. 50/52, y en consecuencia, rechazar el planteo relacionado a la fecha de mora y modificar la sentencia de fs. 47, disponiendo que los intereses compensatorios corran desde el 16/07/2015, con la morigeración allí resuelta.
2. Imponer las costas de Alzada al apelante y regular los honorarios del letrado interviniente en esta etapa en el 25% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art.15, LA).
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr.Jorge D. PASCARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA



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

**"ASMAR ESTELA MARIS C/ HOFFMANN DANIEL 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.: 376828/2008) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

DAÑOS Y PERJUICIOS. ACCIDENTE CON UN AUTOMOVIL. RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO O GUARDIAN DE LA COSA. EXIMICION DE RESPONSABILIDAD. OBRAR DILIGENTE. MENOR QUE ARRANCA EL AUTOMOVIL. IMPACTO Y CAIDA DE UN CARTEL. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES DE LA MENOR. CULPA CONCURRENTE.

- 1.- No debe eximirse de responsabilidad como lo apreció la instancia de grado al propietario del automotor que había dejado estacionado su vehículo frente a un taller mecánico con las llaves puestas y lógicamente sin estar cerrada la puerta, momento en el cual se subió la menor (en aquél entonces, tenía 3 años), quien le dio arranque, provocando con ello la caída de un cartel que impactó sobre la actora produciéndole lesiones de diversa consideración, toda vez que sin perjuicio de la responsabilidad de los padres de la niña ya fijada en la sentencia de grado, y a esta altura firme, no corresponde relevar totalmente la responsabilidad del codemandado titular del vehículo, cuya conducta desaprensiva, coadyuvó a que el hecho lesivo sucediera. De este modo, juzgo que la responsabilidad por el evento dañoso, debe distribuirse en partes iguales entre los padres de la menor y el titular del rodado.
- 2.- [...] para que el desplazamiento de la guarda o el uso en contra de la voluntad puedan resultar eximentes de la responsabilidad del dueño o guardián deben haber sido inculpables.
- 3.- El dueño o guardián debe probar que obró diligentemente para evitar el uso indiscriminado de la cosa. Esta causal de exención debe interpretarse restrictivamente; de lo contrario, el régimen de responsabilidad establecido por la ley sería de fácil frustración en perjuicio de la víctima que sufre el daño. (cfr. RUGNA, Agustín, El uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián como causal de liberación de responsabilidad, LLGran Cuyo 2015 (junio), 465).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ASMAR ESTELA MARIS C/ HOFFMANN DANIEL S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" (EXP N° 376828/2008) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO.4 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- En hojas 455/461 se dicta la sentencia de Primera Instancia que rechaza la demanda iniciada por la Sra. Asmar.

Contra dicho pronunciamiento, la actora deduce recurso de apelación.

Se agravia de que la sentenciante entienda que no ha existido factor de atribución de responsabilidad respecto del codemandado Daniel Hoffmann, en su carácter de dueño del vehículo.

Refiere aquí a la negligencia del nombrado al no representarse el riesgo que produce con su conducta de dejar una cosa riesgosa –como lo es un



automóvil- con la puerta abierta y las llaves puestas en medio de la calle. Insiste que si el demandado hubiera tenido un mínimo de sentido común y diligencia, se hubiera representado el peligro que generaba la situación por él creada.

Agrega que tampoco se ha aplicado correctamente la teoría del riesgo creado, puesto que quien introduce en la comunidad un riesgo, debe soportar sus consecuencias.

En segundo lugar, se queja del rechazo de los daños reclamados por entender que no existen evidencias probatorias en tal sentido. Señala que los responsables del hecho reconocieron la situación dañosa, y refiere a las distintas constancias que dan cuenta de los gastos incurridos. Afirma que el daño moral surge en forma innegable de las circunstancias de la causa que se encuentran acreditadas y reconocidas.

Por último, se agravia de la imposición de costas, por resultar absurda e injusta.

Corrido el traslado de ley, el codemandado Hoffmann y la citada en garantía contestan en hojas 498/502 y 505/507vta, respectivamente. Solicitan el rechazo del recurso, con costas.

2.- A mi criterio el recurso resulta procedente, aunque con el alcance que explicaré a continuación.

La jueza de grado responsabilizó a los padres de la menor (en aquél entonces, tenía 3 años), quien se subió al auto del Sr. Hoffmann y le dio arranque, provocando la caída de un cartel, que a su vez cayó encima de la reclamante.

Con respecto al titular del rodado -Sr. Hoffmann-, consideró probada la eximente alegada: culpa de un tercero por quien no se debe responder, en los términos del art. 1113 del Código Civil.

A mi modo de ver, tal afirmación es producto de una errónea consideración de los términos de la ley, que tampoco ha sido acompañada por una razonable apreciación de las circunstancias de la causa.

En efecto, no se encuentra discutido en este proceso que el día de los hechos el auto en cuestión se hallaba sobre la calle Juan B. Justo, a unos metros de la entrada al taller, propiedad del Sr. Soto. Pero fundamentalmente, lo que nadie controvierte, es que el auto permanecía con las llaves puestas. Lógica derivación de esto último, es que la puerta del conductor no estaba cerrada.

En este contexto, concuerdo con el apelante en punto a que existió un grave descuido del conductor, quien introdujo un riesgo innecesario a la vía pública, por el cual debe responder.

El Sr. Hoffmann al contestar demanda invocó la siguiente defensa: "respecto del accionar de la niña, y sin dejar de reconocer que pudo tratarse de una desgracia, ninguna responsabilidad puede atribuirse a esta parte, ni a título de culpa ni conforme la responsabilidad objetiva que atribuye al dueño de la cosa el art. 1113 del Código Civil, en tanto la cosa fue utilizada en contra de mi voluntad y hasta podría agregar, por un tercero por el que no debo responder".

Ahora bien, "la última parte del artículo citado establece una causal de liberación común a los supuestos de daños con las cosas o por su vicio o riesgo: el uso contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

Respecto a la extensión del término "uso contrario a la voluntad del dueño o guardián" se han expuesto dos criterios: 1) Restringido (Brebba entre otros), según el cual la excepción de responsabilidad sólo funciona cuando media desapoderamiento del dueño o guardián (robo, hurto o hipótesis semejantes); y

2) Amplio, que considera que no hay razón para ser tan severo con el presunto responsable, quien se exime si justifica que la utilización de la cosa ha sido hecha contra su voluntad expresa o tácita, como por ejemplo, cuando la cosa ha sido dada para una finalidad determinada y se la usa para otra absolutamente distinta (Llambías, Mosset Iturraspe, Alterini, Horvath, conclusiones de IV Congreso Nacional de Derecho Civil, entre otros).

Lejos de profundizar tal aspecto doctrinario y eventualmente encuadrar el "sub iudice" en una u otra de las posturas enunciadas, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia nacional resolvió que aunque el uso sea contrario a la voluntad (postura amplia), no cesa la responsabilidad si ha sido posible por un acto culposo del dueño o guardián, como por ejemplo lo es el de dejar las llaves puestas en un vehículo estacionado en la calle, o al alcance de un menor, o dejar el auto con el motor en marcha, toda vez que en estos casos, el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder (CNCiv., sala A, diciembre 10-971, LA LEY, 148-68, fallo 29.585-S, ídem del 23/7/62, ED 5-728, LA LEY 109-569 y JA 1962-V-506; sala E, 19/8/74, LA LEY, 156-864, fallo 31.957-S; STS Santa Fe, 24/11/42, JA, 1942-IV-675; Trib. Coleg. n° 1 Santa Fe, 25/10/82, Zeus, 31-J-293; CApel. Mercedes, sala II, 9/10/79, SP LA LEY, 1980-11; Trigo Represas: "Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores", LA LEY, 1981-C, 691; del mismo autor y Rubén Compagnucci de Casso: "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", t. 2b, ps. 361/366; Llambías "Código ...", t. II-B, ps. 475/476 y jurisprudencia allí citada; Belluscio-Zannoni, "Código ...", t. 5, ps. 570-572; Salas: "Código ...", t. 1, ps. 615/616, entre otros)(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, Malamud, Daniel c. Pérez, Daniel O., 21/12/1989, LA LEY 1991-C, 286; DJ 1991-2, 518).

Es decir, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden que aunque el uso sea contrario a la voluntad, no cesa la responsabilidad si ha sido posible por un acto culposo del dueño o guardián. En tal caso, el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder. Por ello, para que el desplazamiento de la guarda o el uso en contra de la voluntad puedan resultar eximentes de la responsabilidad del dueño o guardián deben haber sido inculpables.



El dueño o guardián debe probar que obró diligentemente para evitar el uso indiscriminado de la cosa.

Esta causal de exención debe interpretarse restrictivamente; de lo contrario, el régimen de responsabilidad establecido por la ley sería de fácil frustración en perjuicio de la víctima que sufre el daño. (cfr. RUGNA, Agustín, El uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián como causal de liberación de responsabilidad, LLGran Cuyo 2015 (junio), 465)

Sobre el punto, el autor cita lo siguiente: "Mazzinghi, Jorge Adolfo (h.), "Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo", La Ley 1995-E, 205 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1125: "...una interpretación amplia de la excepción establecida en la parte final de la norma recordada equivaldría a favorecer la alegación de la propia torpeza del dueño o del guardián. (...) Es que sería absurdo que aquéllos a quienes la ley reputa responsables pudieran desligarse del deber de reparar a partir de un descuido en la guarda, o por el hecho de haber adoptado medidas de control ineficaces que facilitarían que la cosa fuera utilizada en contra de su voluntad. (...) Es que, en rigor, la excepción que consagra la parte final del art. 1113 del Cód. Civil sólo funciona en aquellos casos en los que la utilización de la cosa opuesta a la voluntad y a los designios de su dueño o guardián, aparece como inevitable para ellos. (...) Si, a pesar de los cuidados más diligentes, el propietario o el guardián resultan apartados del dominio o de la custodia de la cosa riesgosa, entonces sí es lógico eximirlos de la responsabilidad por los daños que ésta pudiera ocasionar mientras se hallaba en poder del usurpador. Pero si la desposesión ocurrió por el descuido del dueño, o por los defectos en la organización de un adecuado control... el deber de reparar las consecuencias que se siguen de la intervención de la cosa riesgosa es en principio, ineludible"; Orgaz, Alfredo, "La culpa (actos ilícitos)", Op. Cit., pág. 209/210; Pizarro, Ramón D., en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Alberto J. Bueres dirección — Elena I. Highton coordinación", Tomo 3-A, Op. Cit., pág. 582/583; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Tomo III, Op. Cit., pág. 369: "...esta causal de exoneración sólo procede si no medió negligencia en la guarda por parte del o los civilmente responsables"; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 21/12/1989, "Malamud, Daniel c. Pérez, Daniel O.", La Ley 1991-C, 286 - DJ 1991-2, 518; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 05/03/2010, "Medina, Jacinto Balbín c. D'Onofrio, Walter Alejandro y otro", DJ 26/05/2010, 1414: "Existe consenso en el sentido que el uso de la cosa "contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián", para que funcione como eximente de responsabilidad, debe ser interpretado restrictivamente. Así no cesa la responsabilidad cuando el dueño o guardián han posibilitado que se cometiera el delito, adoptando una conducta negligente, por ejemplo, dejando las llaves puestas en un vehículo estacionado en la calle, o con las puertas abiertas o con el motor en marcha o también cuando se lo deja al alcance de un menor. En estos supuestos, como en otros de características análogas, el desplazamiento de la guarda se debe a un hecho culposo por el cual se debe responder".

Al responder agravios, el Sr. Hoffmann insiste que el rodado había sido dejado al cuidado de los dueños del taller. Sin embargo, ninguna evidencia permite corroborar que, en el momento que se produjo el hecho, ya hubiera operado ese traspaso de la guarda, máxime cuando en la misma demanda señala que su hijo estaba en lugar y se encontraba conversando con el personal del taller. En forma coincidente, Reyes (tapicero vecino del taller), afirmó que "al dueño del vehículo no lo conoce, observó que andaba en el lugar y se lamentaba por lo sucedido". Tampoco los testigos que ofreciera (Sres. Sura y Soto), permiten despejar este aspecto, puesto que solo afirmaron que el día 22/11/06 el joven Francisco Hoffmann había llevado al taller un vehículo propiedad de su padre.

Por estas razones entiendo, que sin perjuicio de la responsabilidad de los padres de la niña ya fijada en la sentencia de grado, y a esta altura firme, no corresponde relevar totalmente la responsabilidad del codemandado Hoffmann, cuya conducta desaprensiva, coadyuvó a que el hecho lesivo sucediera. De este modo, juzgo que la responsabilidad por el evento dañoso, debe distribuirse en partes iguales entre los padres de la menor y el titular del rodado.

3.- Con respecto a los daños irrogados, concuerdo con la sentenciante en que no ha mediado prueba relativa a lesiones físicas incapacitantes y pérdida de chance (observo, además, que la recurrente no pone el foco en estos rubros).

Sin embargo, los propios accionados reconocen que el cartel golpeó a la Sra. Asmar. De las constancias de la causa penal y certificados agregados a la causa, surge que la actora sufrió politraumatismos, hematomas y escoriaciones en hombro derecho y brazo izquierdo, hematoma y edema en tobillo izquierdo (hojas 249, 257/259, 260, 376/380).

Al ser ello así, no encuentro razones para rechazar la reparación de los gastos médicos y farmacológicos y el daño moral, como se resolviera en la anterior instancia, toda vez que las pruebas señaladas resultan suficientes para constatar las lesiones y su nexos causal con el accidente: el ingreso por guardia fue el mismo día del hecho (ver hoja 377), y el gabinete médico forense revisó a la actora 15 días después aproximadamente, señalando que las lesiones datan de esa fecha, e indicó que el mecanismo de producción es compatible con relato efectuado por la examinada.

Así estimo que, en función de las lesiones físicas acreditadas, corresponde hacer lugar a los gastos de farmacia y médicos reclamados.

Como la actora postula, no es exigible la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; es cierto que éstas pueden presumirse, una vez determinadas las lesiones sufridas.

Es que: "Para la concesión de los rubros gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf. Cámara Nacional Civil, Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd. , L. 61.092 del 22/2/91; íd. , L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella



contara con asistencia gratuita de un hospital público, por cuanto sabido es que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan” (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/MARTINO Mario Rafael s/DAÑOS Y PERJUICIOS - N° Sent.:14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994, entre tantos otros. Ver en este sentido, Sala III, “Poblete” Sentencia de fecha 03/05/12; Sala II, “Rodríguez Carlos” sentencia de fecha 02/06/2011, entre tantas otras).

Por ello, propongo al Acuerdo que se admita este agravio y se haga lugar al rubro, el cual determino, de conformidad con las facultades que me confiere el art. 165 del Código de Rito, en la suma de \$1.500,00.

Luego, en punto al daño moral, es preciso señalar que, aunque en el caso de autos no se ha acreditado la existencia de secuelas permanentes, tampoco puede desconocerse que la actora sufrió traumatismos, los cuales presumiblemente le produjeron molestias y algunos dolores.

Es que “...el carácter leve de las lesiones sufridas o la ausencia a su respecto, de secuelas, de alteraciones orgánicas o funcionales y de incapacidad, no autoriza a descartar la presunción del daño moral. No es menester para su configuración gravedad o irreversibilidad de las lesiones o la presencia de secuelas incapacitantes o alteraciones orgánico-funcionales. Dichas derivaciones conducirán a dimensionar en proporción a su gravedad la medición de la afección, mas su ausencia no implica la del sufrimiento espiritual, típico del daño moral” (Cfr. Sala III, “Korol” 13/5/10, Reg. Protocolo Sentencias, Nro. 76, T II, Folio 373/385, con cita de CC0002 SM 31124 RSD-352-92 S 19-5-92, Juez OCCHIUZZI (SD), Tejerina, Antonio y Ot. c/ Zypas, Alejandro s/ Daños y Perjuicios, MAG. VOTANTES: Occhiuzzi - Mares - Cabanas-LDT).

Ahora bien, tal como se ha señalado en numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de la tarificación del daño moral, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, a la armonización de reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general “standard de vida”. Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite la índole del hecho generador, en función del factor de atribución (cfr., entre otros Ps:2011-N°238- T° VI F°1167/1171- Sala II, 28/10/11).

En este contexto, el análisis de este rubro nuevamente refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

En el caso, teniendo en cuenta las lesiones que padeció la accionante, tomando en consideración asimismo el período de inutilidad para tareas habituales que surge del informe médico (hoja 259), y las indemnizaciones otorgadas en otros supuestos resueltos por esta Cámara, entiendo que corresponde reconocer por este rubro la suma de \$8.000,00.

A las sumas antedichas, se adicionará intereses que se calcularán a la tasa promedio activa-pasiva del BPN desde la fecha del evento dañoso (22/11/06) hasta el 31 de diciembre de 2007, y de allí en más y hasta su efectivo pago, a la tasa activa de ese Banco.

4.- En cuanto a las costas, tiene dicho esta Sala que: “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” (Expte. N° 360875/7).

En tal virtud, atendiendo al rechazo parcial de los rubros reclamados, opino que las costas de la primer instancia se deben imponer en un 30% a la actora y en un 70% a los demandados.

Con respecto a la defensa de exclusión de cobertura alegada por la citada en garantía, entiendo que debe ser rechazada.

La aseguradora no acompañó la póliza de donde surgirían las condiciones de la cobertura, ni ninguna otra constancia, y tampoco produjo la prueba pericial contable que ofreció a tales efectos.

De forma tal que no surgen elementos suficientes que permitan hacer lugar a lo solicitado, máxime frente a la oposición de fs. 196.





En resumidas cuentas, propongo al Acuerdo: Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada, condenando en forma concurrente a Verónica Elsa Noemí SOTO y Daniel Gustavo PERALTA (50%) y Daniel HOFFMANN (50%), a abonar a la actora la suma de \$9.500,00 con más los intereses respectivos. A la aseguradora de este último -HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A.- también se la condena en la medida del seguro. Las costas de grado se establecen en un 30% a la actora y en un 70% a los demandados, mientras que las de Alzada se fijan a los demandados vencidos (arts. 68 y 71 del CPCC). MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada, condenando en forma concurrente a Verónica Elsa Noemí SOTO y Daniel Gustavo PERALTA (50%) y Daniel HOFFMANN (50%), a abonar a la actora la suma de PESOS NUEVE MIL QUINIENTOS (\$ 9.500) con más los intereses que surgen de los considerandos. A la aseguradora de este último -HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A.- también se la condena en la medida del seguro.
2. Imponer las costas de grado en un 30% a la actora y en un 70% a los demandados, y las de Alzada a los demandados vencidos (arts. 68 y 71 del CPCC).
3. Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado, las que deberán readecuarse a lo aquí decidido una vez que se cuente con pautas para ello (conf. art. 20, LA)
4. 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).
- 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI –

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 476113/2013) – Sentencia: 26-17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Responsabilidad civil.

EMBOTELLADORA DE GASEOSAS. DEFENSA DEL CONSUMIDOR. RELACION DE CONSUMO. DAÑO PUNITIVO. DAÑO MORAL. DISIDENCIA.

1.- La embotelladora de gaseosas no puede ser condenada a abonar el daño punitivo a la parte actora quien habría encontrado abierta la bebida (sanción prevista por el art. 52 bis de la LDC), pues la sola tenencia de la botella de gaseosa no la convierte en consumidora, obrando además en autos el certificado de calidad ISO 14001:2004, OHSAS 18001:2007, cuya relevancia indicó el perito y los testigos agregaron que la planta cuenta con la certificación FSSC2200 que es de inocuidad alimentaria y no se ha podido determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o – eventualmente- podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas. En definitiva, no se advierte qué medida de control habría sido omitida por la empresa para poder imputarle una conducta negligente en el hecho. Por lo tanto, al no haber obrado con culpa grave, ni dolo, ni malicia, ni con desaprensión de los derechos de terceros, ni se ha enriquecido en forma indebida,





ni ha obrado con consciente y flagrante indiferencia, no se encuentran reunidos en autos los requisitos de procedencia del daño punitivo. (del voto del Dr. Pasquarelli, en mayoría).

2.- No es procedente la indemnización por daño moral sufrido por el actor, pues, de la prueba rendida puede concluirse que se trata de un caso aislado, circunstancia que conduciría a descartar que concurra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social, como tampoco que la demandada haya pretendido abaratar costos o incrementar su ganancia y como consecuencia de ello se haya producido el hecho por el cual demanda la actora (cfr. fallo del TSJ de Córdoba citado). (del voto del Dr. Pasquarelli, en mayoría).

3.- Habré de adherir al voto que como parte de sus argumentos cita el antecedente: "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)" de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que, ante un caso semejante en que fue hallado un cuerpo extraño en la botella que contenía una bebida gaseosa, y con prueba que se equipara a la desarrollada en los presentes, consideró acertada la hermenéutica legal en que el inferior se fundó para revocar la condena de daño punitivo, por ubicarse dentro del marco de las opiniones que admite el art. 52 bis de la LDC, luego de haber concretado el siguiente análisis del marco fáctico y jurídico, para concluir en el mismo sentido (del voto del Dr. Medori, de la mayoría).

4.- El solo hecho objetivo y comprobado de que la botella de Pepsi que adquiriera el actor tuviese un vicio que la hacía impropia para su destino y que la demandada no hubiera acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, no configuraban suficientes motivos para que se tornara aplicable la multa civil peticionada. (del voto del Dr. Medori, de la mayoría).

5.- Cabe confirmar la sentencia que ordena abonar una indemnización en concepto de daño punitivo a una embotelladora de bebidas gaseosas, si la inseguridad del dispositivo de seguridad utilizado para asegurar –en los términos de los propios técnicos de la demandada- la no violación o adulteración del contenido era conocido por aquélla, a punto tal que, expone el perito que es la propia demandada la que refiere “que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales”, dando cuenta del conocimiento de los procedimientos. (del voto de la Dra. Pamphile, en disidencia).

6.- Debe ser confirmado el importe fijado por la magistrada en concepto de daño punitivo a una embotelladora de gaseosas, pues teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta, dado el contexto y la gravedad de los riesgos sociales derivados de tratarse de un producto alimenticio de consumo masivo y el posicionamiento de la demandada en el mercado, el mismo se encuentra dentro del amplio margen de discrecionalidad que la legislación atribuye a los magistrados. (del voto de la Dra. Pamphile, en disidencia).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MARTINEZ MARIA ESTHER C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.” (EXP N° 476113/2013) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, Y DE MINERÍA NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:



I. A fs. 408/426 la demandada dedujo recurso de apelación contra la sentencia de fs. 398/405 que hizo lugar a la demanda y la condenó a abonarle a la actora la suma de \$40.000 con más intereses y costas.

Dice, que la A-quo a partir de afirmaciones dogmáticas tuvo por acreditado la totalidad de los dichos de la actora referidos a la adquisición del producto pero la misma no ofreció ningún medio de prueba que evidencie que efectivamente adquirió ese producto. Agrega, que la sola tenencia de la botella no la convierte en consumidora.

Además, alega la inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad.

Sostiene, que tampoco surge concretamente que los defectos del producto sean atribuibles a su mandante y que no hay ningún elemento concreto que permita relacionar a la actora con la demandada respecto del producto puntual por el que reclama.

Sostiene, que no se verifica el factor de atribución necesario puesto que Polar Argentina probó su máxima diligencia en el desarrollo de tecnologías seguras y eficientes. Dice, que incluso bajo el criterio más estricto en responsabilidad objetiva el hecho de un tercero por quien Polar no debe responder interrumpe toda vinculación causal.

Luego, se queja por la valoración de la pericia técnica que efectuó la A-quo, en tanto considera que no tuvo en cuenta que el perito sostuvo que al abrir el envase objeto de la pericia, la tapa y el precinto no se rompieron, lo cual consideró anormal. Además, que el experto al contestar las impugnaciones dijo que entendió verosímil la posición y lo expresado por el Ing. Sonzini.

También, porque la A-quo omitió considerar que no sólo el contenido de la botella resultó ser menor sino que el perito observó la diferente coloración y la menor curvatura de la parte superior de la tapa respecto a las extraídas al azar de la línea de producción y que dijo que tiene material más oscuro dando la impresión de que la tapa fue friccionada, en especial en las inferiores ranuras de fricción.

Además, se queja porque considera inaplicable el daño punitivo. Alega, que el instituto tiene carácter restrictivo y es inconstitucional. Dice, que en el caso de autos no están dados ningunos de los presupuestos mínimos para disponer su aplicación.

Sostiene, que Polar Argentina S.A. no provocó ningún daño porque la botella fue violada, porque no existe daño eventual y la actora no sufrió ningún daño material ni moral.

Manifiesta, que su aplicación es de carácter subjetivo y que la demandada no obró de manera alguna que resulte reprochable. Afirma, que la conducta desplegada por Polar no reviste la característica de dolo y/o negligencia grave. Dice, que no actuó indebidamente para obtener un rédito y mucho menos con grave menosprecio de los derechos de los terceros.

Subsidiariamente, cuestiona el monto por el cual procedió la multa y se refiere a las pautas para su cuantificación, la necesidad de proporcionalidad y el enriquecimiento sin causa de la actora. También cuestiona la procedencia de los intereses.

Por último, se queja de la imposición de costas. Dice, que para el peor de los supuestos en los cuales se entienda que la actora se pudo haber considerado con derecho a reclamar, las costas deberán ser impuestas en el orden causado.

A fs. 435/438 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

A fs. 406/407vta. el perito Norberto Mancuso interpuso recurso de apelación contra los honorarios regulados a fs. 405, por bajos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar el recurso de la demandada. En el caso de autos, la recurrente cuestiona la procedencia de la demanda y la condena por daño punitivo.

1. En punto a la impugnación del apelante respecto a la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis de la LDC entiendo que resulta procedente, lo que conlleva al rechazo de la demanda, por lo que comenzaré el tratamiento del recurso por este agravio.

Cabe partir de considerar que: "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..." (cfr. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, "De La Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina S.A. y otra" 04/06/2010 Publicado en: LLLitoral 2010 (diciembre), 1264 Cita online: AR/JUR/53471/2010)".

"Es que si esta "multa civil", aplicada en beneficio de la víctima, tiene como fin principal el de sancionar a los proveedores de bienes y servicios, que incurran en grave inconducta, supone la existencia de circunstancias excepcionales".

"Como indica Irigoyen Testa: "...De la literalidad del artículo 52 bis de la LDC no puede inferirse directriz alguna dirigida al juez sobre cuándo debe hacer lugar a una condena por DP. No obstante, una vez que el magistrado se encuentra habilitado para entender sobre el fondo de la cuestión, el mismo debe analizar, resolver y fundar en Derecho si es o no necesario o conveniente, en el juicio que lo ocupa, la imposición de los DP".

"Se podría afirmar que el magistrado debe interpretar el artículo 52 bis, conforme con el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley", atendiendo a la función que debe cumplir la figura en estudio, según lo define y justifica la doctrina comparada y nacional de los DP (fuente material del Derecho)".

"Lo expuesto se fundamenta en la hermenéutica jurídica nacional que se desprende del artículo 16 del Código Civil y de la jurisprudencia pacífica actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, recientemente, en "Aban, Francisca América c. ANSES" (11/08/2009), reitera: "Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquélla persigue (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas)".

"Asimismo, existen indicios suficientes para entender que, más allá de la ambigüedad conceptual que presentan, el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley" convergerían (y nunca se apartarían), en general, en la aspiración del logro de la función de los DP desarrollada por la doctrina especializada. Por lo tanto, la deseabilidad del cumplimiento de esta función es lo que motivaría a la norma ("ratio legis") y justificaría su creación. Así, en primer lugar, como presunción cierta de lo indicado, se destaca que el nuevo artículo 52 bis denomina esta multa civil conforme con la designación empleada por la doctrina dominante comparada y nacional: "Daño punitivo". En segundo lugar, como acreditación concluyente de lo expuesto, en los Fundamentos del Proyecto de Ley que incluye el artículo en estudio y del Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación que tratan a dicho Proyecto, se explica que: "el artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo de derecho anglosajón".

"[...] En particular, con respecto a la función que deben cumplir los DP, tanto desde la Doctrina Jurídica Tradicional y el Análisis Económico del Derecho se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión (específica y general) de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados de la Nación (que examinan de forma particular el Proyecto) destacan que: "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares, que prevenirlo para la generalidad".

"Por otra parte, la función accesoria de los DP sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria). Así, en los Fundamentos ya mencionados se explica que los DP "consisten en una sanción de multa"... (cfr. Irigoyen Testa, Matías

"Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos? Publicado en: RCyS 2009-X , 16)".

"Por ello es que tanto la doctrina como la legislación comparada, establecen como criterios para su procedencia: a) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; b) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y los daños compensatorios; c) el alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables (cfr. Trigo Represas, Félix – López Mesa, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil",

Ed. La Ley, 2004, T. I, pág. 560)".

"Desde esta perspectiva, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser de carácter excepcional y, por lo tanto, más allá de la obvia exigencia de que medie el "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", se requiere algo más, lo que tiene ver con la necesidad de que exista un grave reproche sobre la conducta del deudor, aun cuando la norma no lo mencione (cfr.



Rúa, María Isabel, “El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales”, JA – 2011-IV, fascículo n° 6, pág. 11/12)”. “De ello se sigue que su procedencia no puede ser determinada mecánicamente: ante el incumplimiento, la sanción; sino que requiere de un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido”.

“De otro modo, incluyendo la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, siempre correríamos 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”, (“DURAN DARIO LEONARDO C/ IRUÑA S.A. Y OTROS S/RESOLUCIÓN DE CONTRATO”, Expte. N° 472438/2012).

La demandada defiende su postura acreditando las medidas de seguridad que posee la planta de producción, alegando que no actuó con culpa grave, ni dolo, ni malicia, ni con desaprensión de los derechos de terceros, ni se ha enriquecido en forma indebida, ni ha obrado con consciente y flagrante indiferencia y que a partir de lo expuesto no se encuentran reunidos en autos los requisitos de procedencia del daño punitivo.

En el caso de autos, conforme lo sostuvo el perito a fs. 129/131: “Se trata de una botella de Coca Cola, envase retornable de vidrio de 1250cc. El código de la tapa es el siguiente: BB3070130954. Además, se observa la leyenda 06 de Julio 13, lo que corresponde a la fecha de consumo preferente. Los datos son legibles. El contenido es un líquido de una viscosidad aparentemente similar, advirtiendo un menor nivel que el evidenciado en las otras 3 botellas retiradas al azar de la línea”, (ver también cd. de fs. 129, archivo 2. Revisión de botella y lectura, 1,15’).

[...]3) No advierto que no fueren originales la tapa y el envase pero este perito oficial observa diferente coloración y la mayor curvatura de la parte superior de la tapa respecto a las extraídas al azar de la línea de producción”. (Ver cd., archivo 2. Revisión de botella y lectura, 4’).

“4) “Informe que: (i) No se observa separación anormal; (ii) No se observó ventada de luz; (iii) Se vislumbra hinchazón mayor en la parte superior a las que presentan las tapas de las otras botellas retiradas de la línea de producción; (iv) Tiene material más oscuro dando la impresión de que la tapa fue friccionada, en especial en las inferiores de ranura de fricción; (V) Si, se observan manchas oscuras y sombras que no se presentan en las tapas de otras botellas retiradas de la línea. Hay una diferencia visible”, (ver al respecto cd., archivo 2. Revisión de botella y lectura 1, 12’).

“5) A prima facie se observa menor volumen. Peso inicial bruto: 2269,4 grs. El envase vacío junto a su tapa arrojan un peso de 996,8 grs. El contenido líquido neto es de 1272,6 grs. Se corrobora que la botella tenía menos líquido que el que debería tener” (fs. 129 y 130); (ver también cd., archivo 3.1. Laboratorio, medición de peso).

“7) La demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia ni siquiera en el precinto de seguridad. Frente a todos los presentes, el Sr. Passamonte efectuó el procedimiento antes descripto. En consecuencia, retiró la tapa de la botella, introdujo un elemento extraño y la volvió a tapar sin haber roto el precinto de seguridad”. “(...) Se observó detenidamente el procedimiento desarrollado por el Sr. Passamonte, la tapa pudo ser extraída sin romper ni colapsar su precinto de seguridad y al ingresar un cuerpo extraño a la misma se derramó parte del líquido como consecuencia de la eferescencia del gas carbónico (el fenómeno ocurrido se denomina núcleo de desprendimiento de CO2). Este perito oficial estudió minuciosamente la tapa, la continuidad del precinto evidenciando su integridad y no pudieron advertir las diferencias entre la botella adulterada y las demás botellas extraídas de la línea de producción”. (fs. 129), (ver cd 4.2 post hackeo. Resultado y envuelto de botella, 00:07’).

Luego, los testigos propuestos por esa parte explicaron las medidas de seguridad existentes en el proceso de producción. Así, el Sr. Ganzero dijo: “En el primer proceso de selección se sacan botellas que no fueron sacadas las tapas, botellas con suciedad muy grande externa o interna, botellas mezcladas, por ej. Si están produciendo coca cola, sacan todas las botellas que no son coca cola, es decir, sprite, fanta, etc. Como así también botellas con objetos extraños y líquidos. En el inspector electrónico la selección se hace automáticamente a través de un rechazador. Luego de esto van a una mesa de clasificación manual” (fs. 294vta.).

Además, dicho testigo se refirió al sistema de inspección ALEXUS que rechaza automáticamente botellas que contengan derivados del amoníaco, cigarrillo, orina, y lo que son detergentes perfumados e hidrocarburos. Las botellas descartadas o rechazadas van a destrucción automáticamente. (cfr. fs. 294/295).

Dice, que luego de una limpieza se produce la acumulación de botellas, las mismas entran a un inspector electrónico llamado ASEBI, que cuenta con cámaras de visión para seleccionar y rechazar las botellas no conformes. Detecta botellas con picos rotos, suciedad en las paredes de la botella, líquidos residuales y objetos extraños. Agrega, que las botellas no conformes van a una cinta de rechazo y a una mesa de acumulación donde personal calificado hace una selección de las mismas y que luego cuando las botellas salen de la llenadora, nuevamente son evaluadas tanto electrónica como manualmente (cfr. fs. 295vta./296).

Por su parte, el testigo Nelson Enrique Martinefsky dijo: “La sala de llenado propiamente dicho, cuenta con restricción de ingreso, pudiendo hacerlo las personas capacitadas que trabajan en el sector que son el operario de la llenadora y el operario del inspector electrónico y el de control de calidad que toma las muestras para el control respectivo. La restricción de ingreso es a través de tarjeta magnética que abre la puerta tanto para



ingresar como para salir. Explica que esta sala está separada del resto, es una sala especial que tiene una presión positiva que garantiza renovaciones de aire que impide el ingreso de insectos si los hubiera es decir como si fuera una barrera o cortina de aire, que sopla hacia afuera. Es un sitio confinado, cerrado, donde esta el ASEBI la llenadora, la capsuladora, la codificadora y newton Optic, y luego se pasaría a la sala de empaque, con la botella cerrada, donde está la paletizadora y despaletizadora.” (fs. 292 y vta.). En el mismo sentido también declararon los testigos Guillermo Ariel Cutini a fs. 298/301vta. y Raúl Oscar

David a fs. 307/311vta.

Asimismo, obra en autos el certificado de calidad ISO 14001:2004, OHSAS 18001:2007 (fs. 234/235 e informe de fs. 236), cuya relevancia indicó el perito a fs. 254 y los testigos Nelson Enrique Martinefsky, Guillermo Ariel Cutini, Hugo Claudio Rosso agregaron que la planta cuenta con la certificación FSSC2200 que es de inocuidad alimentaria (fs. 292vta., fs. 300 y 304vta. respectivamente).

Además, en relación con lo expuesto respecto a que jamás se acreditó el porcentaje de falla de la línea de producción de la bebida y en su caso que no tenía falla (fs. 403vta.), cabe señalar que tampoco se ha podido determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o –eventualmente- podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas. En definitiva, no se advierte qué medida de control habría sido omitida por la empresa para poder imputarle una conducta negligente en el hecho (Cfr. TSJ, Sala civil y comercial, en autos T. (o) T., L. M. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado - otros - recurso de casación, 15/04/2014, La Ley On Line, AR/JUR/6030/2014).

Por lo tanto, no se reúnen los presupuestos requeridos para la procedencia del daño punitivo conforme el precedente citado al comienzo.

A mayor abundamiento, cabe señalar que no quedó acreditado el daño moral reclamado y no se reclamaron otros daños. En cuanto a ello, la Sentenciante expresó, “Este rubro no ha de prosperar, en tanto para que proceda la indemnización por daño moral, debe haber ocurrido una situación de grave afectación y no sólo las molestias y desagrado que puedan producir las alternativas de una relación contractual” (fs. 404). Además, la actora no reclamó daño material.

En punto a la responsabilidad, se sostuvo que “Resulta improcedente el pedido de indemnización por daño moral incoado contra el fabricante de bebidas gaseosas, un supermercado y la aseguradora del fabricante, por el adquirente de una botella en cuyo interior habría encontrado un cuerpo extraño similar a un sapo muerto. Ello así, pues el actor denunció que podría haber tenido consecuencias y daños irreparables si hubiera consumido el producto; sin embargo, no resulta suficiente el disgusto, la incomodidad y la aprensión sufrida como consumidor para generar una responsabilidad que justifique un resarcimiento económico. 2. Sin la existencia de daño cierto no existe responsabilidad civil; aunque ello justifique la posible existencia de otros tipos de responsabilidad (vgr. penal, administrativa, etc), que en la medida en que tiendan a sancionar y no a reparar un daño, pueden existir aún en ausencia de un resarcimiento concreto (CNCiv, Sala F, in re "Dube, Mario Daniel c/ Coca Cola de Argentina SA s/ daños y perjuicios", del 20/05/08)", (CNCCom., Sala B, en autos “ZARZA DANIEL C/ SERVICIOS Y PRODUCTOS PARA BEBIDAS REFRESCANTES SRL Y OTROS S/ ORDINARIO, 19/05/15”).

Además, cabe señalar que de la prueba rendida puede concluirse que se trata de un caso aislado, circunstancia que conduciría a descartar que concurra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social, como tampoco que la demandada haya pretendido abaratar costos o incrementar su ganancia y como consecuencia de ello se haya producido el hecho por el cual demanda la actora (cfr. fallo del TSJ de Córdoba citado).

A partir de la totalidad de las consideraciones expuestas, el recurso de la demandada resulta procedente.

2. En cuanto a las costas de grado, considerando la forma en que se resuelve, corresponde que sean impuestas a la actora en su condición de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) debiendo readecuarse los honorarios de primera instancia (art. 279) y deviene inoficioso el tratamiento de la apelación arancelaria del perito formulada a fs. 406/407vta.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 408/426 por la demandada, y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 398/405 y rechazar la demanda en todas sus partes e imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C.), debiendo readecuarse los honorarios de los letrados y del perito interviniente (art. 279 del C.P.C. y C. y 20 ley de la ley 1594).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Magistrada hace lugar a la demanda y condena a Coca Cola Polar Argentina S.A. a pagar a la actora la suma de \$40.000,00 en concepto de daño punitivo.

Fundamenta la responsabilidad de la demandada en los siguientes términos:

“...Cabe destacar que según el perito, en oportunidad de realizarse la pericia la demandada refirió que la tapa y el envase son susceptibles de ser hackeados en condiciones normales y lo demuestra mediante la actividad del Sr. Passamonte.

De lo que resulta que si bien se acreditó que la demandada realiza controles de calidad de acuerdo a normas preestablecidas, los testigos dan cuenta de que se encuentran objetos adentro, suciedades, picos rotos, etc. y a la luz de la demostración antes mencionada, queda claro que las





botellas pueden ser adulteradas. Lo que no se ha acreditado de modo alguno es que la botella objeto de autos hubiera estado violentada e introducidos los insectos encontrados, así como tampoco surge acreditada la circunstancia alegada de que la botella fuera violentada por un tercero. Ello trae como consecuencia la responsabilidad civil que proviene de la fabricación y comercialización de la bebida respecto del consumidor, en una clara relación de consumo...”

Y agrega más adelante:

“...De lo analizado surge la existencia de una relación de consumo y de la prueba rendida encuentro que la demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales descuidando su deber de seguridad. Se ha dicho que “...el contenido de la deuda del proveedor (persona física o jurídica pública o privada que desarrolla profesionalmente actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios destinados al consumo), está integrado por un deber primario de prestación (el suministro de un producto o servicio no defectuoso o en condiciones aptas de ser consumido o utilizado) y por un deber de seguridad (que garantice que la utilización o consumo de producto o servicio no ocasionará daños al consumidor o usuario)...”(Boragina, Juan Carlos en La obligación de seguridad en la ley de defensa del consumidor - Publicado en: RCyS2009-XII, 242 - Cita Online: AR/DOC/4235/2009). Ello con fundamento en el art. 5 de la ley 24.240 que dispone: "Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados 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".

En cuanto a la existencia de una relación de consumo refiere:

“...Al respecto la demandada cuestiona dicha relación de consumo porque la actora no alegó ni probó donde compró la Coca Cola, pero no niega que dicha bebida se comercializa y en tal circunstancia el adquirente y tenedor de la botella se torna en consumidor del bien fabricado y comercializado por la demandada, de acuerdo a la interpretación dispuesta por el art.1092 y 1093 del CCyC...”

Considero que estos fundamentos, que se constituyen en el eje central de la decisión, se derivan razonadamente de la normativa aplicable al caso y encuentran correlato en las constancias del expediente, por lo que el pronunciamiento debe ser confirmado.

2. En efecto, la queja relativa a que la cuestión no puede ser comprendida por la legislación de protección al consumidor, basada – fundamentalmente- en la falta de acreditación de la adquisición de la bebida no puede ser receptada.

Es que, como lo señalara la CSJN en el caso "Mosca, Hugo v. Provincia de Buenos Aires y otros", la relación de consumo “...abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales. Que no cabe interpretar que la protección de la seguridad —prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional— tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares”.

“Con esta afirmación, el Máximo Tribunal dispuso responsabilizar civilmente a la entidad organizadora del evento —la Asociación del Fútbol Argentino— y al club en cuya instalación efectivamente se disputó el espectáculo deportivo por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio estadio de fútbol. Debe notarse que la Corte Suprema no realizó distinción entre la persona-consumidor —que, por ejemplo, pudo haber abonado la entrada y encontrarse dentro del ámbito de resguardo (en donde cabrían, por ejemplo, las previsiones del artículo 1113 del Código Civil, ley 304)— de cualquier otro sujeto alcanzado por el ámbito de control específico del organizador del espectáculo, tal como resultaba ser el actor de autos. En esta inteligencia, el tribunal amplió el ámbito de influencia y resguardo de la "relación de consumo" hacia una persona que, sin revestir técnicamente la figura de usuario/consumidor de un espectáculo deportivo, resultaba injusto —y a la vez inconstitucional— que el derecho no lo tutele.

En segundo lugar, en la sentencia "Ferreyra, Víctor y otro v. VICOV S.A.", la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la fuente de la "relación de consumo" puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos. De esta manera, la normativa vincula al proveedor de bienes y servicios no sólo con el consumidor contratante, sino también con los demás usuarios que, sin haber celebrado un contrato regido por el Código Civil, ley 304, resultan beneficiarios del servicio prestado por el proveedor o, en términos de la denominación constitucional, consumen/usan el bien. En el caso jurisprudencial se trataba de acompañante que circulaba junto al conductor en el vehículo de quien efectivamente celebró el contrato de peaje. Nuevamente el tribunal amplió el ámbito de tutela y sus efectos de la relación de consumo a personas expuestas a tal vinculación jurídica.

En conclusión, los precedentes jurisprudenciales determinaron que el concepto "relación de consumo" es más abarcativo e inclusivo que el de "contrato de consumo" en términos de irradiación de los derechos fundamentales de los usuarios y consumidores. Notemos que el constituyente de 1994 buscó ampliar la tutela del consumidor, sin limitarla a aquéllos efectivamente vinculados contractualmente con el proveedor de bienes y





servicios, como pueden ser los sujetos que se encuentren consumiendo/usando el bien/servicio sin haber contratado, o se beneficien de aquéllos exponiéndose a esa relación.

La reforma introducida por la ley 26.361 definió los términos del concepto en estudio al establecer que "Relación de consumo es el vínculo jurídico entre proveedor y el consumidor o usuario" (artículo 3° de la ley 24.240). De esta manera, la relación de consumo reconoce diversas causas fuentes:

- a) El contrato de consumo (art. 1°, párr.1°).
- b) Hechos lícitos (artículo 1°, párrafo 2°).
- c) Declaraciones unilaterales de voluntad (artículos 7° y 8°).

Por su parte, esta reforma legislativa también modificó el artículo 1° de la originaria ley 24.240, el cual dispuso que "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...

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (el destacado es agregado).

En este orden de ideas, y desde el ámbito subjetivo de aplicación, quedaron comprendidos dentro de la tutela de este estatuto aquellos sujetos que encuadran dentro de la nueva noción de "consumidor" o "usuario" prevista en el artículo citado. Esquemáticamente:

- i) Consumidor contratante: aquella persona (física o jurídica) que celebra un contrato de consumo/uso con un proveedor (ya sea un contrato oneroso o gratuito).
- ii) Consumidor indirecto o usuario no contratante: es quien, sin haber celebrado el contrato de consumo/uso, utiliza el bien o se aprovecha del servicio como destinatario final.
- iii) Consumidor pasivo (bystander): es quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo, incluye entonces a quien, sin formar parte directa o indirectamente de la relación de consumo, sufre consecuencias a partir de una relación de consumo ajena...".

"...El Código Civil y Comercial, ley 26.994, incorporó en su articulado el concepto constitucional de "relación de consumo", introduciendo una regulación general del contrato de consumo en el título tercero de su Libro tercero (artículos 1092 a 1122), sin que ello implique la tipificación de un contrato más, sino una fragmentación o modalidad de la generalidad de los contratos que irradia sobre los modelos particulares. Recoge así los lineamientos jurisprudenciales vigentes —con algunas especificaciones— y la normativa especial que tutelaban los derechos del consumidor, adecuando el derecho secundario al paradigma constitucional y convencional vigente a la luz de un verdadero Código constitucional Civil y Comercial (artículos 1° y 2° del nuevo Código).

El nuevo articulado recepta la protección del consumidor, pero no limita su regulación ni deroga la ley 24.240, aunque modifica alguno de sus preceptos buscando una convivencia pacífica e integral entre normas. Además, adopta un concepto restringido o finalista de consumidor (elemento que califica al consumidor, es el "destino final"), continuando con la línea que hasta ahora había establecido la ley 24.240. La ley 26.994 sustituyó el artículo 1° de la ley 24.240 por el siguiente:

"Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". En igual sentido está redactado el artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994.

El nuevo concepto de relación de consumo y consumidor, en líneas generales, se mantiene igual que en el texto anterior, es decir:

- i) La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un usuario/consumidor.
- ii) El elemento característico del usuario/consumidor es la adquisición de bienes y servicios como destinatario final, o quien usa el bien o servicio adquirido por otro con el mismo fin.
- iii) Admite a las personas jurídicas como posibles consumidores.
- iv) La onerosidad no es un límite para considerar el carácter de una relación de consumo, subsistiendo la inclusión de los actos gratuitos..." (cfr., Cao, Christian Alberto, Gamarra, Gonzalo, "La relación de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 249).

Me he permitido transcribir esta extensa cita, en tanto da acabada respuesta y permite desestimar esta queja del recurrente.

3. Las quejas relativas a que no se verifican los presupuestos de la responsabilidad civil para dar fundamento a la condena, tampoco pueden prosperar.

3.1. El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, según modificación introducida por la ley 26.361, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del daño punitivo. Expresamente contempla que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el



consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Es que aquí, la cuestión se aleja del ámbito reparatorio, para centrarse, fundamentalmente, en la función preventiva de la responsabilidad civil (o, como prefieren otros señalar, del derecho de daños). Por ello, la ausencia de condena de un rubro reparatorio, no obsta a la aplicación del daño punitivo.

Así, “...el denominado daño punitivo es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave conducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración en el futuro” (cfr. Barreiro, Rafael F. “La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo”. El daño punitivo, Publicado en: RCCyC 2016 (junio), 185 RCyS 2016-XI, 199).

En efecto “...La función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad... De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas.

Irigoyen Testa señaló que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de los daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesorio es la sanción del dañador ya que toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria”.

“Chamatropolos cree que la finalidad primordial es la disuasión, y que el aspecto sancionatorio es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquélla. Esta visión presenta la cuestión desde una muy interesante perspectiva confiriendo prevalencia al aspecto preventivo — acorde con la novedosa regulación de la responsabilidad civil- en relación a la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa...” (cfr. Barreiro, ya citado).

3.2. Tampoco entiendo procedente la crítica efectuada en punto a la relación de causalidad.

Nótese que nada rebate el recurrente en punto a la obligación de seguridad a la que alude la magistrada y a la posibilidad de que, el que se supone que es un cierre de seguridad que garantiza la inviolabilidad, sea paradójicamente inseguro: Como señala la magistrada, el testigo Martinefsky, al ser preguntado sobre las medidas de seguridad que trae la botella de fábrica para evitar su violación, responde: “la medida de seguridad es la tapa que al querer abrirla se rompe el precinto”. En igual sentido, el testigo Rosso señala: “cada una de las botellas que salen de fábrica están debidamente capsuladas o tapadas, y las tapas tienen un precinto de seguridad, cuando una persona abre una botella ese precinto se rompe, en condiciones normales, lo que evidencia que la botella fue abierta.”

Sin embargo, es la propia demandada quien reconoce y prueba, mediante la demostración del Sr. Passamonte, que lejos de ser inviolable y seguro, en palabras del perito: “La demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeados en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado en que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia, ni siquiera en el precinto de seguridad.

Frente a todos los presentes, el Sr. Passamonte efectuó el procedimiento antes descripto... Este perito oficial estudió minuciosamente la tapa, la continuidad del precinto evidenciando su integridad y no pudieron advertir diferencias entre la botella adulterada y las demás botellas traídas al azar de la línea de producción” (ver hoja 130 y video adjunto por el perito). Luego al dar explicaciones, agrega: “...la botella que fue manipulada por el Sr. Passamonte en la medida fue solo una de las tres retiradas minutos antes previos de la línea, lo que consistió en retirar la tapa, ingresar un elemento extraño y volver a colocar la tapa, en un estado que no es posible advertir el procedimiento (sin rotura de anillo de seguridad, separación anormal, etc.)...”.

Remarco aquí también, que conforme surge del video adjuntado por el perito, al inspeccionarse la botella “de la actora” se señala que no presenta ningún tipo de anormalidad en la tapa, puntos de seguridad del precinto, ni en otro aspecto exterior, lo que no es refutado por los otros intervinientes, al ser preguntados por el perito.

Insisto entonces, en que el argumento utilizado por la magistrada no queda refutado siendo, en este punto, inocuos los esfuerzos argumentativos desarrollados sobre el proceso productivo:

“...Por el contrario, la posibilidad del hipotético sabotaje, o de la conjeturada adulteración de la botella por cualquier tercero, implica el incumplimiento por parte de la imputada a las normas de seguridad que debió cumplir para la elaboración de sus productos (cf. arts. 5 y 6 Ley 24.240)... La pericia técnica realizada en el expediente no pudo demostrar apodóticamente que la botella fue adulterada o manipulada para colocarle un cuerpo extraño en su interior y luego, vuelta a cerrar... Finalmente, no resulta un hecho menor la posibilidad de la apertura de la



botella sin romper su precinto de seguridad –mediante un proceso de calentamiento–, el que además podría ser vuelto a colocar, eventualidad reconocida por la propia imputada y sus dependientes (ver declaraciones de fs. 70/76, 1er. cuerpo). Dicha posibilidad implica, sin más, la introducción de un riesgo para la salud de la población por parte de quien elabora un producto de tipo alimenticio como el que motiva este expediente, destinado al consumo masivo de la población...”.

Y se agrega más adelante: “...Corresponde aclarar que para la configuración de las infracciones imputadas no es requisito el acaecimiento efectivo de un daño en la salud del denunciante, puesto que la exigencia legal radica en la no generación de “peligros” o “riesgos” para la salud e integridad física de los consumidores, debiendo los proveedores garantizar la seguridad de los mismos (cf. arts. 5 y 6, LDC). La existencia en el mercado de un producto alimenticio con un cuerpo extraño en su interior, aún sin detenerse en la naturaleza de dicho cuerpo, implica forzosamente la introducción de un riesgo ilegítimo para la salud de los consumidores, puesto que dicho acontecimiento –insisto, independientemente de la producción de un daño en la salud– demuestra un incumplimiento de las obligaciones legales relacionadas con la seguridad de tales productos. Lo mismo ocurre con la utilización de envases que no aseguran su inviolabilidad –circunstancia reconocida por la imputada y sus dependientes–, cuestión que resulta verdaderamente alarmante por tratarse de productos alimenticios de consumo masivo...”.

“...En particular, y por el tipo de productos de que se trata – bebida gaseosa marca “Coca Cola” de alto consumo en general, es de absoluta operatividad aquí la regla general de interpretación del artículo 902 del Código Civil para juzgar la conducta de la empresa. Es indiscutible que un comerciante profesional, debería obrar de conformidad a la prudencia y adoptando todas las previsiones que su actividad habitual indican, cumpliendo respecto de los bienes que comercializa todos los recaudos exigidos por la normativa especial.

A más de lo anterior, y por el parámetro general del “buen hombre de negocios” derivado del principio general de buena fe (art. 1198 y ccs. Cód. Civ.), debería cumplir con todos las exigencias que fueran razonablemente necesarias para garantizar la inocuidad y seguridad de sus productos y el respeto de los derechos de sus clientes. En simultáneo, también tengo en cuenta como factor determinante en la valoración del caso, la legítima confianza que genera en los consumidores la intermediación en el mercado de consumo de sujetos profesionales que conocen (o deberían conocer) los pormenores de la actividad comercial que desarrollan. Ello tendría que asegurar la satisfacción de las necesidades de los consumidores sin menoscabos o riesgos para su patrimonio y, mucho menos, para su salud e integridad física. Habiéndose elaborado y comercializado el producto cuestionado sin adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad, se introdujo en el mercado un riesgo ilícito a gran escala...” (cfr. Juzgado de Faltas Nro. 2, La Plata, 30/11/2012, “Zapata Paula S/ denuncia C/ Coca Cola-Reginald Lee”, Expte. OC 13700).

4. Ahora bien, retomando ideas anteriores, vinculadas ahora con el planteo de inconstitucionalidad efectuado, debemos decir con Brodsky, que “...La prevención es hoy un objetivo crucial del Derecho Civil. Han pasado ciento cuarenta años desde la entrada en vigor del Código de Vélez Sarsfield, y mucho ha cambiado desde entonces. Por ejemplo, ha cedido la noción liberal según la cual no hay responsabilidad civil sin culpa, frente a una noción más solidaria, centrada en el daño y en el perjudicado, acompañada de factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Pues bien, lo mismo debe abandonarse la idea de que el Derecho Civil existe únicamente para compensar un daño individual ya causado, puesto que en la sociedad actual, en su avanzado estadio de globalización y desarrollo tecnológico, es imprescindible prevenir al máximo la causación de futuras lesiones. Y especialmente debe procurarse desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo. En este orden de ideas, señalan Pizarro y Vallespinos que “la función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] un adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”.

Con igual criterio se ha indicado que “teniendo en vista ciertos daños particularmente graves [...], que son muchas veces irreversibles, ya no alcanza con tratar de repararlos a posteriori, sino que deben ponerse todos los medios para prevenir que ellos se produzcan. La idea de responsabilidad aparece como el telón de fondo de estos nuevos desafíos que le toca vivir a la sociedad moderna”. En el fallo dictado en la causa “Cañadas Pérez María c/ Bank Boston N.A.”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que el daño punitivo se impone ante “una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente” y que su función principal es la disuasión de daños conforme con dichos niveles...”.

Es que justamente, el punto central es la finalidad preventiva y disuasoria del daño punitivo, la que “...en definitiva, es la que da cuenta de la verdadera naturaleza de la figura. De acuerdo a la exposición desarrollada, sostenemos que el propósito de la institución bajo estudio es doble: prevenir futuros daños e impartir justicia en relación a perjuicios ya causados. Y como vimos, el Derecho Civil, independientemente de su tradicional corte resarcitorio, no es extraño en absoluto –más bien al contrario, debe perseguir también– a estas funciones...”

Y, desde allí, “... Habiendo establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en una materia no criminal. En efecto, “la Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitive damages no son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al



margen de las garantías propias del proceso penal...”.

“...Finalmente, daremos respuesta al argumento expuesto en la primera de las corrientes mentadas según el cual las penas privadas no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil. No controvertimos que, como regla general, la punición suele manifestarse en el ámbito criminal y no en el civil.

Sin embargo, este principio no es absoluto. Por ejemplo, pactando de antemano intereses punitivos, el deudor puede obligarse a responder en caso de mora a una tasa generalmente superior a la compensación por el uso del capital ajeno.

A su vez, aunque las astreintes que los jueces pueden imponer a quienes incumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial son definidas como condenaciones conminatorias, es posible observar en aquellas un costado punitivo. Y en cualquier caso, se trata de sumas atribuidas al damnificado que son independientes del perjuicio sufrido. Estos son casos de instituciones pacíficamente aplicadas en la órbita civil que combinan un aspecto ciertamente sancionatorio con otro u otros de diferente índole (disuasorio, compulsivo, estimulativo, etc.). Ello conduce a concluir que, aun si aceptáramos (aunque no lo hacemos) que los daños punitivos tienen como función primordial el castigo al infractor, ello por se no sería óbice para excluir su admisibilidad en el Derecho Privado...”.

Concluyéndose: “...A esta altura del desarrollo científico en la materia, es unánime el consenso en que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al proveedor. La relación de consumo no vincula a sujetos en pie de igualdad con absoluta libertad de negociación y contratación –como en el clásico esquema del codificador–, sino a personas que se hallan en planos desiguales. Por un lado, desde un punto de vista económico o material, el patrimonio del proveedor resulta por lo general mucho mayor que el del consumidor. En consecuencia, aquél suele contar con asesoramiento profesional en áreas contables, jurídicas y técnicas a las que el consumidor difícilmente tiene acceso, por carecer de los recursos necesarios para ello.

Por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, el consumidor no puede –sin sufrir un importante menoscabo– dejar de consumir bienes y servicios: debe alimentarse, vestirse, trasladarse, adquirir medicamentos; puede necesitar un teléfono, una computadora o de acceso a Internet para desarrollar su actividad laboral, etc. Los ejemplos son incontables... Es por ello que, antes de abordar en detalle el tratamiento legal de los daños punitivos, nos parece apropiado finalizar esta parte del trabajo señalando un hecho fundamental: debido a las características propias de la relación de consumo, la vigencia de instituciones preventivas y aptas para dismantelar los efectos de las conductas dañosas es indispensable. Desde luego, en todo el ámbito civil aquéllos son propósitos deseables y necesarios; pero en el Derecho del Consumo, dado que los sujetos se hallan genéticamente en una situación muy desemejante y que las conductas lesivas de los proveedores pueden afectar a toda la sociedad o a una gran masa de personas, los daños punitivos resultan verdaderamente imprescindibles...” (cfr. Brodsky Jonathan M., Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012, ps. 277-298, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf>).

5. Ahora bien, tal como lo hemos indicado en otras oportunidades, para que proceda el daño punitivo es necesario que exista un factor de atribución calificado.

Así, Pizarro habla de “graves inconductas”; Kemelmajer de Carlucci, de “un hecho particularmente grave y reprochable”; en el precedente citado, tal como refiere mi colega, aludimos a un grave reproche sobre la conducta del deudor, siendo necesario un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar, por ejemplo, si ha mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros. En suma, se trata de un serio reproche subjetivo al autor, ya sea a título de dolo o de culpa grave.

En este caso, tal como se señalara al citar el precedente sancionatorio administrativo del Tribunal de La Plata, es relevante la circunstancia de que nos encontramos ante un producto alimenticio de consumo masivo. Las consideraciones que se vierten en dicho resolutorio y a las que me remito, dan cuenta de la gravedad de la conducta.

Tal como surge del video de la pericia llevada a cabo y del informe del experto, la demandada tenía pleno conocimiento acerca de la posibilidad de que la tapa y el envase del producto sean –en sus propios términos– “hackeada”, sin que queden signos visibles (nótese que, si no lo fueron para los expertos y pese al minucioso análisis bajo una lupa de aumento, menos lo serán para un consumidor del producto).

Pese a no haberse videograbado la maniobra llevada a cabo por Passamonte, fue llevada a cabo frente a todos los presentes, en la sala y sobre la mesa sobre la que se hicieron las inspecciones. El perito, alude en el video (vagamente a fin de preservar la reserva por el “secreto industrial”, tal como se indica para justificar la no grabación), a que lo hizo manualmente y con ayuda de algún elemento, lo que demuestra la posible no sofisticación de la maniobra.

Esto determina que el elemento que debe asegurar la inviolabilidad del contenido, sea altamente vulnerable, y que el mecanismo de seguridad (tal como lo refiriéramos más arriba) sea claramente inseguro y, dudosamente, cumpla su finalidad. Y todo esto, era conocido por la demandada, a punto tal que, insisto, expone el perito que es la propia demandada la que refiere “que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales”, dando cuenta del conocimiento de los procedimientos.

Esto demuestra –si se me permite el juego de palabras– la inseguridad del dispositivo de seguridad utilizado para asegurar –en los términos de los propios técnicos de la demandada– la no violación o adulteración del contenido.



Y esto, el conocimiento de la demandada acerca de la posibilidad cierta de que sea adulterado el contenido del envase, sin que sea efectivo el dispositivo, al poder ser violentado sin signos visibles para quien lo adquiere y la inactividad consecuente –aún frente a este conocimiento cierto–... implica una conducta absolutamente negligente por parte de la embotelladora, que potencia la posibilidad de producir un daño al no existir un control estricto de lo que lleva dentro el producto que se introduce en el mercado de consumo. De tal forma, se permite o posibilita la existencia – como en el caso que nos ocupa– de elementos extraños que podrían ser eventualmente nocivos para la salud del consumidor... Si bien no puede hablarse de malicia ni fraude, existió una negligencia culpable demostrativa de indiferencia por los intereses ajenos que puede ser calificada de grosera... Ello así, pues al tratarse de botellas contenedoras de un líquido destinado a ser ingerido, debían extremarse los recaudos destinados a evitar defectos potencialmente nocivos para la salud de los consumidores. En este contexto, la ausencia de explicación racional alguna por parte de la demandada, que se imponía ante la evidencia del producto defectuoso, equivalía en el caso a la adopción de una postura de indiferencia o desinterés por el derecho de los terceros consumidores o usuarios de los productos introducidos en el mercado. Esta indiferencia, sumada a la prueba terminante de que la actividad de la empresa en el proceso de elaboración y embotellamiento de la gaseosa contenía fallas... ameritan calificar la conducta de la demandada como de una "negligencia grosera, desaprensiva y culposa..." (cfr. Nallar, Florencia "Procedencia y cuantificación de los daños punitivos", Publicado en: LA LEY 31/05/2012, 6 • LA LEY 2012-C, 432). Y aclaro aquí, que el proceso de embotellamiento encierra la colocación de la tapa y el dispositivo de seguridad escogido.

Es que, "...estando en juego la salud, la obligación de seguridad debe interpretarse de manera más que estricta y a raíz de esa "tolerancia cero" que proponemos, muchos de los incumplimientos deberán caracterizarse como negligencias graves, transformándose en un reproche subjetivo. Esto porque en ciertas actividades, "no hay margen para la falla"; el hecho de que un empresario decida incursionar en una industria determinada lo obliga a asumir esas obligaciones, entre las cuales está "la de no equivocarse"... Es que en determinadas actividades (como lo es sin dudas la provisión de alimentos y bebidas) la función que cumplen las empresas es de una importancia tal que su conducta debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada, distinta de la que le cabría a un simple proveedor de otro rubro. Su diligencia deberá ser apreciada, por lo tanto, sobre la base de la interpretación conjunta de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil y que puede resumirse en la expresión: "a mayor responsabilidad, mayor diligencia".

Por lo demás, hay obligaciones en las cuales el nivel de diligencia que debe exhibirse es mayor que en otras, sea por la entidad del bien jurídico protegido, sea por las personas intervinientes en el acto, etc. A contrario sensu, la apreciación del incumplimiento de dichos deberes se analizará con mayor estrictez.

Hoy en día, garantizar la seguridad en los alimentos y bebidas que se comercializan ocupa un lugar de privilegio entre las preocupaciones sociales.

Correlativamente, el umbral de "benevolencia" con que deben ser apreciadas las fallas o incumplimientos se reduce dramáticamente (casi al punto de un nivel de "tolerancia cero" como antes decíamos).

En ciertas cuestiones no puede haber margen de error, pues si el mismo acaece, los daños que se producen pueden ser gravísimos..." (cfr. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, "Daños punitivos sí, daños punitivos no...", • LA LEY 2012-C, 63).

5.1. Más allá de las críticas que pudieran efectuarse al sistema, en punto al beneficiario del daño punitivo, o de las preferencias personales acerca de un sistema diferente (por caso, el previsto en el anteproyecto de Código Civil y Comercial. Me remito a las consideraciones efectuadas, entre otros por Picasso o el ya citado Brodsky), lo cierto es que estando al sistema legal vigente, en el contexto de autos, el daño punitivo es procedente.

Y en cuanto a su valuación, teniendo en consideración la reprochabilidad de la conducta, dado el contexto y la gravedad de los riesgos sociales derivados de tratarse de un producto alimenticio de consumo masivo, el posicionamiento de la demandada en el mercado, entiendo que el importe fijado por la magistrada, se encuentra dentro del amplio margen de discrecionalidad que la legislación atribuye a los magistrados, no presentándose, en modo alguno, como exorbitante, debiendo ser confirmado.

6. Por último, con relación al cuestionamiento de los intereses y la imposición de costas, entiendo que el agravio prosperará sólo con relación al primer punto.

En efecto, dada la naturaleza no resarcitoria a la que he aludido, entiendo que la obligación de su pago, surge a partir de su imposición, por lo que recién, en el supuesto de no ser abonada en el plazo establecido para el cumplimiento de la sentencia, devengará intereses, los que en este caso, se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

Con relación a las costas y tal como lo hemos referido en varias oportunidades, el razonamiento no puede ser simplemente aritmético, máxime cuanto se trata de rubros que están sujetos a la apreciación judicial.

Esta circunstancia, unida a la complejidad de la materia y a la divergencia de criterios existentes, determina que las costas de la primera instancia, por estos argumentos y por los expuestos por la magistrada deban ser soportados por la demandada. Las de la Alzada, se impondrán en el orden causado.

En cuanto a la apelación arancelaria deducida por el perito, entiendo que no puede prosperar. Más allá de que el monto al que alude no encuentra





correlato en las constancias del expediente, reitero aquí que el reclamo –en punto a su cuantificación- estaba sometido a la consideración judicial. Más allá de ello, rige en el caso la regla de la proporcionalidad que debe mediar con los honorarios regulados a los restantes profesionales.

En definitiva y, conforme a las razones que he expuesto, he de disentir con la solución propuesta por mi colega, proponiendo al Acuerdo se confirme el pronunciamiento de grado, excepción hecha del tópico de los intereses. MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:

Que en reiterados pronunciamientos me he expedido señalando que en materia de daño punitivo impera un criterio restrictivo, que requiere la imputación subjetiva de haber incurrido en un obrar doloso o con culpa grave (“LEFIN MIRTA BEATRIZ C/ HUMBERTO LUCAIOLI S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO - SUMARISIMO”, (Expte. N° 472930/2012 – Sent. 05.06.2014, entre otras) y he adherido al voto del Dr. Fernando Ghisini, en semejante línea interpretativa del art. 52 bis de la LDC, quien ha sostenido que “...al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente “sancionatoria” su interpretación debe ser restrictiva, por lo que su aplicación solo resultará procedente -como ya lo adelantara- cuando 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” (“SANTOME NORMA EDITH C/ BRENS S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES”, Expte. N° 415912/10 - Sent. 24.04.2014, y “HUECKE KARINA ALEJANDRA C/ IMAGENES S.A. S/ SUMARISIMO LEY 2268”, Expte. N° 419105/10 - Sent. 09.04.2013).

Que a tenor de lo expuesto, habré de adherir al voto que como parte de sus argumentos cita el antecedente: “TEJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)” de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que, ante un caso semejante en que fue hallado un cuerpo extraño en la botella que contenía una bebida gaseosa, y con prueba que se equipara a la desarrollada en los presentes, consideró acertada la hermenéutica legal en que el inferior se fundó para revocar la condena de daño punitivo, por ubicarse dentro del marco de las opiniones que admite el art. 52 bis de la LDC, luego de haber concretado el siguiente análisis del marco fáctico y jurídico, para concluir en el mismo sentido:

“a) En primer lugar, destacó que al daño punitivo no le eran aplicables las reglas del resarcimiento del perjuicio derivado del incumplimiento. Ello así, desde que en este supuesto -multa civil- el juzgador debe analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos, no bastando la mera constatación del incumplimiento contractual (vide fs. 813 vta./814).-

“Precisó que para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis, L.D.C., “...no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concorra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose” (sic., fs. 814; el destacado me pertenece);

“b) Enfatizó que si bien conocía la existencia de doctrina que defiende la tesis según la cual bastaba -para la aplicación del instituto analizado- la responsabilidad objetiva del art. 40, L.D.C., reconociendo que la norma del art. 52 bis únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor, de sus obligaciones legales o contractuales, también era cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, como facultad del juez, que “podrá” aplicarla a pedido de parte (vide fs. 814/814 vta.).- En tal sentido, refirió que la redacción de la norma dejaba mucho que desear por su amplitud e imprecisión, no obstante lo cual entendiera claro que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la sanción pecuniaria. Destacó que un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia (vide fs. 814 vta.).- Citando jurisprudencia anglosajona y local, puso de resalto que para aplicar la multa en cuestión es preciso que el proveedor evidencie un menosprecio grave hacia los derechos individuales y de incidencia colectiva, una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte del profesional;

“c) Expresó, además, que lo más importante y dirimente era que la multa civil “...tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio [...] y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad [...] sea que se trate de ‘penas’ penales, administrativas o civiles” (sic., 815 vta.);

d) En función de esas razones, entendió que para la procedencia de los llamados daños punitivos, es necesario que concurren los siguientes



requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; y 2) el elemento objetivo, esto es, una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad (vide fs. 815 vta./816);

“e) Luego de fijar estas pautas teóricas, destacó que en el sublite, el solo hecho objetivo y comprobado de que la botella de Pepsi que adquiriera el actor tuviese un vicio que la hacía impropia para su destino y que la demandada no hubiera acreditado culpa ajena como eximente de su responsabilidad, no configuraban suficientes motivos para que se tornara aplicable la multa civil peticionada.-

“Al respecto precisó que la empresa demandada había demostrado que en el proceso de producción y embotellamiento de la bebida gaseosa en cuestión, adoptaba las medidas de precaución para preservar la higiene y calidad del producto que se requieren conforme los parámetros internacionales (vide fs. 816).-

“Luego señaló que el sistema de gestión de calidad, por avanzado y completo que sea, no es infalible, considerando que en el caso de marras no se configuraba lo que la doctrina denomina daño lucrativo, entendiendo por tal aquel que se produce por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia (vide fs. 816/816 vta).-

“En relación a la falta de cuidado en la elaboración del mentado alimento, destacó que no surgía de la prueba ni había sido invocado por la parte actora, qué medida de precaución o control concreta podía adoptarse para optimizar el resultado (fs. 816);

“f) Explicitó, asimismo, que se trataba de un caso aislado, desde que de la prueba surgía que no era un defecto generalizado, ni reiterado en algún número significativo de casos, circunstancia esta que conducía a descartar otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, cual es la finalidad de tutelar preventivamente el interés social (vide fs. 816 vta.);

“g) Por último, destacó que no existía ningún elemento de juicio que permitiera concluir que el defecto que contiene la botella tenga una real y efectiva potencialidad dañosa para la salud (vide fs. 816vta./817)...”.-

Que conforme los recaudos que se citan a los fines de la procedencia del daño punitivo, coincidirá con el Dr. Jorge D. Pascuarelli en su voto para que se revoque la condena por dicho rubro, con costas a cargo de la perdedora en ambas instancias (art. 68 del CPCyC).

Por ello esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 408/426 por la demandada y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 398/405, rechazando la demanda en todas sus partes.
2. Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).
3. Readecuar los honorarios de primera instancia (art. 279 del C.P.C. y C.): para el Dr. .... .., por su intervención en doble carácter por la demandada, en el 22,4%; para los Dres. ... .. y ... .., patrocinantes de la actora, en un 7% en conjunto; para la Dra. ... .., letrada patrocinante de la actora desde fs. 332, en el 4,2% y para el perito ... .. en el 4% -incluidos los honorarios provisorios regulados el 02/07/15 (fs. 358)-, todos sobre la base del art. 20 de la ley 1594 que se determine en primera instancia (arts. 6, 7, 10, 11, 20, 39 de la ley 1594).
4. 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).
5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Marcelo MEDORI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"SCHNEIDER NESTOR FABIAN C/ RETAMAL MARTINEZ LAURA M. 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.: 454249/2011) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.



ACCIDENTE DE TRANSITO. CULPA CONCURRENTENTE. INDEMNIZACION POR DAÑO. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION.

1.- Corresponde endilgarle responsabilidad en un cincuenta por ciento para cada uno de los protagonistas de un accidente de tránsito –conductor de la motocicleta y del automóvil respectivamente-, pues hay que tener en cuenta que el automotor no indicó el giro con la luz, -y- esto podría haber creado dudas en el conductor de la motocicleta, con respecto a la maniobra que pretendía realizar, pero “no habilita al conductor que circula por detrás a adelantarse en ese punto, ya que no está permitido por tratarse de un solo carril con una división física (como lo es el islote de hormigón implantado), con lo cual no puede modificar su trayectoria transitoriamente para adelantarse al vehículo” (...)

2.- Debe incrementarse la indemnización otorgada en concepto de daño moral, ya que en el caso del actor –conductor de la motocicleta-, se ha acreditado la existencia de secuelas permanentes. Los elementos a partir de los cuales pueda inferirse que sufrió algún padecimiento se encuentran presentes en autos: el actor atravesó un período de convalecencia de tres meses, en el que debió guardar reposo y realizar tratamiento de fisiokinesioterapia, surgiendo elementos precisos de la prueba pericial psicológica, los que son compatibles con las características del accidente y las secuelas padecidas. Por ello, traídas todas estas consideraciones al caso analizado y teniendo en cuenta los valores que se han reconocido en otros casos, entiendo que el importe acordado por la magistrada debe elevarse a la suma de \$10.000,00.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “SCHNEIDER NESTOR FABIAN C/ RETAMAL MARTINEZ LAURA M. Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE” (EXP N° 454249/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Ambas partes apelan la sentencia que acoge parcialmente la demanda.

El actor, en el entendimiento que el monto reconocido en concepto de daño moral resulta reducido. Esgrime que fue víctima de un tremendo accidente, que ocasionó graves secuelas y un vuelco drástico en su vida. Alude a la pericia psicológica y cita jurisprudencia.

Los demandados, en tanto consideran que ha existido una errónea valoración de la prueba con respecto a la mecánica del accidente. En tal sentido, señalan que el actor fue el sujeto embistente y realiza un sobrepaso ilegal en un área que fue definida como rotonda.

También los agravia el apartamiento del informe pericial sin fundamento.

Indican que el perito describió las reglas de tránsito imperantes en el lugar, y luego de colocar al actor circulando por detrás del automotor, concluye que éste debió respetar la distancia de seguridad y no adelantarse.

En otro acápite, plantean la inexistencia de daños físicos y moral, así como la innecesariedad de tratamientos. Aseveran que el actor fue dado de alta por la ART, sin incapacidad y que los hallazgos del perito médico y psicológico no guardan relación causal con el accidente.

Consideran excesiva la suma otorgada por daño moral, a tenor de la levedad de las afecciones.

Por último, solicitan se haga lugar a la reconvencción.

La letrada patrocinante del actor, apela sus honorarios por bajos (hoja 369).

2.- Así planteados los agravios, comenzaré por el análisis de la mecánica del accidente, cuya revisión solicita la parte demandada.

A mi criterio, se encuentra probado que la demandada intentó realizar una maniobra de giro hacia la izquierda sin advertir la maniobra activando la luz de giro. Esto surge de lo manifestado por dos testigos presenciales: Sres. Sosa y Quiroga (hojas 132 y vta. y 337/8, respectivamente), quienes señalaron que a la altura del cantero, el auto gira repentinamente o en forma errática.

En forma concordante, el perito accidentológico dictaminó que “por la posición final informada por la policía, es lógico concluir que el automóvil estaba girando, queda descartado que siguiera la trayectoria este-este que traía” (hoja 234).

Ahora bien, el perito también informó que, a su entender, la motocicleta no guardaba la correspondiente distancia exigida por la Ley de Tránsito



para el vehículo que circula por detrás (art. 48, inc. g), ver hoja 219).

Concretamente señaló que si el automotor no indicó el giro con la luz, esto podría haber creado dudas en el conductor de la motocicleta, con respecto a la maniobra que pretendía realizar, pero “no habilita al conductor que circula por detrás a adelantarse en ese punto, ya que no está permitido por tratarse de un solo carril con una división física (como lo es el islote de hormigón implantado), con lo cual no puede modificar su trayectoria transitoriamente para adelantarse al vehículo” (hoja 222). Y al responder las explicaciones solicitadas, aclaró: “se trata de una calle de un solo carril por mano y en esa posición en particular, divididas por un islote. No es menester que se detenga, señalice y gire, ya que ningún vehículo debe adelantarse en esa posición. En esta circunstancia, la motocicleta no debe estar en posición de ser colisionada, debiendo guardar la correspondiente distancia indicada en la ley de Tránsito. Esta es de la que recorra en dos segundos. ... De haber mantenido esta distancia la motocicleta, pudo haber anticipado la maniobra del automóvil” (hoja 235).

En su demanda el actor señaló que el automotor circulaba delante de él (“me precedía unos metros”), mientras que los testigos antes mencionados, afirmaron que el auto y la moto circulaban casi paralelamente, lo cual, a mi entender, corrobora las conclusiones del perito, en orden a la falta de distancia prudencial que mantenía la moto.

Estas circunstancias determinan que ambos protagonistas hayan incidido causalmente en la producción del siniestro, en partes iguales, debiendo soportar en un 50% la responsabilidad por su acaecimiento.

Propongo, entonces, la consecuente modificación del decisorio apelado, fijando la culpa concurrente de ambas partes en la producción del siniestro.

3.- El agravio relativo a la valoración de la prueba pericial y la consiguiente determinación de incapacidad, tampoco puede prosperar.

Para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

En este punto, debe señalarse que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de 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 la prueba pericial, que persuadan que las conclusiones del experto hubieran debido ser dejadas de lado por la magistrado (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial” publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

Sin desconocer que el actor fue atendido por la A.R.T., lo cierto es que la historia clínica remitida por la Clínica Modelo de Cipolletti da cuenta de un “esguince de tobillo izquierdo con mala evolución al tratamiento médico, la RMN muestra lesión osteocondral astragalina de 5 mm, distensión de lig colateral interno, edema oseó y tenosinovitis del extensor, explico necesidad de fkt, control evolutivo” (24/10/10, hoja 106).

Posteriormente, el 17/05/10 se indica alta médica, luego de 50 sesiones de kinesiología, pero en el informe médico se lee: “...refiere que el tobillo se le hincha, lo cual no objetivo al examen” (hoja 123).

Cuando el perito médico revisa al accionante, teniendo en cuenta la goniometría de la articulación, observa limitación funcional en tobillo, especificando los valores del arco del movimiento de la articulación (hojas 247/8 y 260).

En este contexto, la crítica efectuada sólo traduce la disconformidad con lo decidido pero no se aportan razones suficientes para desechar la decisión jurisdiccional de no apartarse de lo dictaminado por el perito.

Por estas consideraciones, propongo al Acuerdo el rechazo del agravio. El cuestionamiento por los gastos de traslado y tratamiento médico, así como el referente a la procedencia de la reconvencción, no se ajusta a las constancias de la causa: en el primer caso, puesto que la sentencia no acoge dicho rubro, y en el segundo, toda vez que las accionadas no reconvinieron.

En cuanto al tratamiento psicológico, éste se halla justificado en función de lo dictaminado por la perito en dicha especialidad (hoja 194/197 y 229). No logra el apelante demostrar la falta de relación causal que esgrime, cuando la pericia hace constante referencia a las secuelas puntuales del accidente de tránsito que da origen a los presentes.

4.- Resta analizar los agravios de ambas partes en punto al monto reconocido en concepto de daño moral. Y en este aspecto, entiendo que le asiste razón al actor, toda vez que la suma fijada en la anterior instancia resulta insuficiente para reparar los sufrimientos y molestias que presumiblemente padeció el Sr. Schneider.

Cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa



o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicosfísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

Como ha quedado señalado, en el caso del actor, se ha acreditado la existencia de secuelas permanentes. Los elementos a partir de los cuales pueda inferirse que sufrió algún padecimiento se encuentran presentes en autos: el actor atravesó un período de convalecencia de tres meses, en el que debió guardar reposo y realizar tratamiento de fisioterapia, surgiendo elementos precisos de la prueba pericial psicológica, los que son compatibles con las características del accidente y las secuelas padecidas.

Por ello, traídas todas estas consideraciones al caso analizado y teniendo en cuenta los valores que se han reconocido en otros casos, entiendo que el importe acordado por la magistrada debe elevarse a la suma de \$10.000,00.

En resumidas cuentas, el daño total padecido se fija en la suma de \$54.556,00, debiendo ser soportado por el actor en un 50%, por lo cual, la condena prosperará por la suma de \$27.278,00.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, atento el éxito de los recursos (art. 71, CPCC), siguiéndose igual regla con relación a las de la instancia de grado.

5.- En punto a la apelación arancelaria de la hoja 369, realizados los cálculos pertinentes, teniendo en cuenta las labores realizadas y las etapas cumplidas, el porcentual fijado se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10 y 39), por lo que corresponde su desestimación. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Modificar la sentencia de grado, en cuanto a la imputación de responsabilidad, que se determina en un 50% a cada una de las partes, elevar la indemnización por daño moral conforme lo dispuesto en los considerandos y reducir el monto total de condena a la suma de PESOS VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO (\$ 27.278,00), confirmándola en lo demás y que ha sido materia de agravios.
2. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.
3. Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado, las que deberán readecuarse a lo aquí decidido una vez que se cuente con pautas para ello (art. 20, LA).
4. 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).
5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"ROMERO VICTORIA Y OTRA S/ INCIDENTE DE ELEVACION (INC 43370/2015 "ROMERO VICTORIA Y OTRA C/ ORTEGA MABEL ELISABETH S/ EJECUCION DE HONORARIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 43477/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fechas: 14/02/2017**

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.





HONORARIOS. EJECUCION DE SENTENCIAS. DILIGENCIAS PARA LA EJECUCION DE LA SENTENCIA. RECURSOS. REVOCATORIA. RESOLUCION DICTADA SIN PREVIA SUSTANCIACION. ADMISIBILIDAD. RECURSO DE APELACION. EFECTO DIFERIDO. EMBARGO EJECUTORIO. BIENES INEMBARGABLES. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. INDEMNIZACION. LESION A LA INTEGRIDAD PSICOFISICA.

1.- [...] conforme el art. 509 del C.P.C. y C., los recursos de apelación deducidos contra las decisiones dictadas antes de la resolución del art. 508 deben concederse con efecto diferido. Sin embargo, teniendo en cuenta que se discute la inembargabilidad de indemnizaciones derivadas de lesiones a la integridad física y que no se trató la revocatoria, resulta conveniente el tratamiento de la apelación para evitar mayores perjuicios a las partes y por economía procesal (art. 34 inc. 5 del C.P.C. y C.).

2.- [...] el recurso de revocatoria es admisible contra las resoluciones como la impugnada en autos - decreta el embargo ejecutorio-. Ello, debido a que se trata de una resolución que fue dictada sin sustanciación previa (requisito de las resoluciones interlocutorias, arts. 160 y 161 del C.P.C. y C.) por lo cual es admisible la revocatoria conforme el art. 238.

3.- Corresponde revocar la resolución dictada en el marco de un proceso de ejecución de honorarios que hace lugar al embargo ejecutorio de las sumas que la aquí ejecutada tenga a percibir de un juicio por daños y perjuicios donde se reclamaron daños derivados de lesiones a la integridad física, debido a que el artículo 744 del CCyC establece: “Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743: [...] f. las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica [...]”.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 14 de Febrero del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "ROMERO VICTORIA Y OTRA S/ INCIDENTE DE ELEVACION (INC 43370/2015 "ROMERO VICTORIA Y OTRA C/ ORTEGA MABEL ELISABETH S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (INC N° 43477/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 4 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 13/14, el 16/06/16, la demandada deduce recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fecha 10/06/16, fs. 10, por la cual se decreta embargo ejecutorio sobre las sumas que la ejecutada Ortega Mabel Elisabeth tenga a percibir en autos: “ORTEGA MABEL ELISABETH C/ SINDICATO DE PETROLEO Y GAS PRIVADO DE RIO NEGRO Y NEUQUEN Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES”, Expte. N° 504236/14.

Alega, que se viola lo dispuesto en los artículos 743 y 744 del CCyC que establecen la inembargabilidad de las indemnizaciones por daño moral y por daño material derivadas de lesiones a la integridad física como la que la recurrente tiene a percibir en esos autos.

A fs. 15, el 22/06/16, se concede traslado de la revocatoria con apelación en subsidio.

A fs. 22/25 vta. la contraria contesta el traslado. Solicitan su rechazo con costas y además peticionan la quiebra de la deudora.

El 6/10/16, se revocan los autos del 22/06/16 y el del 23/08/16, por no ser el auto del 10/06/16 susceptible de revocatoria, concede el recurso de apelación y ordena formar incidente.

II. 1. Preliminarmente corresponde señalar que, conforme el art. 509 del C.P.C. y C., los recursos de apelación deducidos contra las decisiones dictadas antes de la resolución del art. 508 deben concederse con efecto diferido.

Sin embargo, teniendo en cuenta que se discute la inembargabilidad de indemnizaciones derivadas de lesiones a la integridad física y que no se trató la revocatoria, resulta conveniente el tratamiento de la apelación para evitar mayores perjuicios a las partes y por economía procesal (art. 34 inc. 5 del C.P.C. y C.).

Además, previo a ingresar al análisis de los agravios entiendo conveniente señalar que el recurso de revocatoria es admisible contra las resoluciones como la impugnada en autos. Ello, debido a que se trata de una resolución que fue dictada sin sustanciación previa (requisito de las



resoluciones interlocutorias, arts. 160 y 161 del C.P.C. y C.) por lo cual es admisible la revocatoria conforme el art. 238.

Es que el supuesto precedente de la revocatoria “[...] siempre es una resolución judicial (no importando al efecto si se trata de auto, decreto o providencia de trámite, etc.), que ha sido dictada sin sustanciación previa, es decir sin haber oído el juez a las dos partes antes de emitir la respectiva resolución (CPC, 160 y 238). Este supuesto es de antiquísima data y desde siempre ha sido utilizado como medio impugnativo basal para evitar en lo posible la apertura de una alzada”, (Alvarado Velloso – Pascuarelli – Repetto, Lecciones de Derecho Procesal, pág. 865, Fundación para el desarrollo de la Ciencia Jurídica, Rosario, 2012).

Además, de asimilarse la presente al supuesto contemplado en el artículo 198 del C.P.C. y C., como en la providencia de fs. 28, Palacio y Alvarado Velloso señalan que: “Pero al margen de la circunstancia de que las resoluciones mencionadas se dictan sin previa sustanciación y encuadran, por lo tanto, en el ámbito del CPCN, 160 y 238 y normas provinciales concordantes, corresponde observar que, careciendo de virtualidad para detener el cumplimiento de las medidas cautelares, según se ha visto, cualquier incidente promovido por elafectado, no alcanza a percibirse el perjuicio que pueda ocasionar a la parte beneficiaria la interposición o ulterior trámite del recurso de reposición”, (Palacio – Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo Quinto, pág. 62, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1990).

Cabe agregar que este fue el sentido desarrollado por la jurisprudencia respecto a la redacción original del CPCN (ley 17454, texto aún vigente en el ámbito local) que llevó a la modificación del art. 198 por ley 22434, aclarando que procede la revocatoria y la apelación directa o subsidiaria.

Incluso, Palacio expresa que procedía con la redacción del CPCyCN anterior a la ley 22434 (similar a la local) (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. V, pág. 51, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005)

Entonces, teniendo en cuenta que esto hace a la eficiencia del desarrollo del proceso, al permitir que el control por el mismo juez que dictó la medida y evitar el dispendio de recursos cuando se puede revisar en la primera instancia (en el presente se formó un incidente de apelación dentro de una ejecución de honorarios y se dejó sin efecto providencias firmes que admitían la revocatoria varios meses después de su dictado, así como también una resolución que resolvía la revocatoria firmada y notificada a las partes, fs. 28), conforme el art. 34 inc. 5° del C.P.C. y C., corresponde señalar que resulta admisible el recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas sin sustanciación como la de autos.

2. Luego, en relación con los agravios de la parte demandada, resultan procedentes porque se dispone el embargo de las sumas que la ejecutada Ortega Mabel Elisabeth tenga a percibir en autos: “ORTEGA MABEL ELISABETH C/ SINDICATO DE PETROLEO Y GAS PRIVADO DE RIO NEGRO Y NEUQUEN Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES”, Expte. N° 504236/14, donde se reclamaron daños derivados de lesiones a la integridad física. Ello, debido a que el artículo 744 del CCyC establece: “Bienes excluidos de la garantía común. Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743:

[...] f. las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica [...]”.

En punto al pedido de quiebra formulado por las ejecutantes al momento de contestar los agravios, resulta improcedente atento al objeto de estos autos debiendo proceder por la vía y modo que corresponda (ley 24522).

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por la demandada a fs. 13/14, en consecuencia, revocar la resolución de fecha 10/06/16, cuya copia se encuentra a fs. 10, dejando sin efecto el embargo ejecutorio sobre las sumas que la ejecutada Ortega Mabel Elisabeth tenga a percibir en autos: “ORTEGA MABEL ELISABETH C/ SINDICATO DE PETROLEO Y GAS PRIVADO DE RIO NEGRO Y NEUQUEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES”, Expte N° 504236/14.

Imponer las costas de este incidente a la parte actora por su condición de vencida (arts. 68 y 69 del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Asimismo, conforme el art. 34 inc. 5° del C.P.C. y C., corresponde señalar que resulta admisible el recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas sin sustanciación como la de autos.

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 esta Sala I:

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por la demandada a fs. 13/14, en consecuencia, revocar la resolución de fecha 10/06/16, cuya copia se encuentra a fs. 10, dejando sin efecto el embargo ejecutorio.
2. Imponer las costas de este incidente a la parte actora por su condición de vencida (arts. 68 y 69 del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.
3. Señalar que resulta admisible el recurso de revocatoria contra las resoluciones dictadas sin sustanciación como la de autos.
4. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.



Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"NEUQUEN PETRO OESTE S.R.L. C/ MEIRELLES PILQUIÑAN WALTER LUIS S/ ACCION MERAMENTE DECLARATIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509077/2016) – Interlocutoria: 06/17 – Fecha: 14/02/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de conocimiento.

ACCION MERAMENTE DECLARATIVA. ESTADO DE SALUD DEL TRABAJADOR. LICENCIA. CERTIFICADOS MEDICOS. JUNTA MÉDICA. DISCREPANCIA.

Deberá dársele tramite a la acción meramente declarativa deducida a fin de obtener un pronunciamiento que declare si existe un estado de incertidumbre respecto a si el trabajador se encuentra en condiciones psiquiátricas de cumplir o no el débito laboral, ya que se acompañan certificados médicos del actor firmados por su médico tratante que discrepan con el informe de la junta médica (...) en el cual se deja constancia que el demandado se encuentra patológicamente compensado y no reúne criterios psiquiátricos que justifiquen la licencia laboral.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 14 de Febrero del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "NEUQUEN PETRO OESTE S.R.L. C/ MEIRELLES PILQUIÑAN WALTER LUIS S/ ACCION MERAMENTE DECLARATIVA" (EXP N° 509077/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 6 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. Que a fs. 30/33 la actora deduce recurso de apelación contra la resolución de fs. 27/28 por la cual se rechazó in limine la acción.

Dice, que en la resolución se afirma que no existe un estado de incertidumbre sino un conflicto entre las partes pero es evidente que ante diagnósticos médicos contradictorios existe un estado de incertidumbre respecto a si el trabajador se encuentra en condiciones psiquiátricas de cumplir o no el débito laboral.

Agrega, que el proceso sumarísimo por el cual tramita la acción declarativa de certeza respeta el debido proceso, que es necesario un pronunciamiento judicial urgente que elimine el estado de incertidumbre ante la reiteración de los certificados médicos. Sostiene, que la LCT no tiene previsto un procedimiento determinado ante la discrepancia en los diagnósticos médicos, que la jurisprudencia ha admitido la acción meramente declarativa y que se necesita una respuesta judicial frente a la disyuntiva de continuar abonando los salarios por enfermedad o intimar al trabajador a que se reincorpore bajo apercibimiento de despido por abandono de trabajo.

II. Ingresando al análisis del recurso cabe partir de considerar que a fs. 4/7 se acompañan certificados médicos del actor firmados por el Dr. Hugo Rosen que discrepan con el informe de la junta médica agregado a fs. 8/9 en el cual se deja constancia que el demandado se encuentra patológicamente compensado y no reúne criterios psiquiátricos que justifiquen la licencia laboral.

En ese contexto resulta aplicable la jurisprudencia que sostiene: "Que el Juez a quo rechaza "in limine" la acción porque entiende que "no hay aptitud jurisdiccional y que la cuestión que se pretende traer (...) en exceso de judicialización de circunstancias no adversariales, puede ser dirimida por el empleador en uso de las facultades que le son exclusivas y de las que se tiene que hacer cargo sin perjuicio de los efectos que causen (...) no se puede pretender que la jurisdicción se transforme en tribunal arbitral entre profesionales de la salud, para eso existen los Colegios que nuclean a psicólogos o médicos, las Universidades Nacionales y la Academia Nacional de Medicina". Ello origina la queja de la



parte actora en la que hace hincapié en que la solución que se propicia en primera instancia es la figura del despido, contrariando los principios del derecho del trabajo y cita doctrina y jurisprudencia.”

“Que desde ya se señala que el Tribunal no comparte la solución adoptada en primera instancia. Ello así pues, sabido es que, a partir de la reforma a la ley de contrato de trabajo de 1976 —por medio de la ley 21.297— no existe en nuestra legislación solución alguna respecto de aquellos supuestos en que existe controversia entre el médico del empleador y el del trabajador. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que “al derogar la ley 21.297 el texto del art. 277 originario de la LCT ha quedado sin prever el modo de resolver contiendas como las de autos y que, frente a ello las partes del contrato no pueden decidir sobre el modo en que corresponde proceder sin antes acudir a una junta médica oficial o a la búsqueda de una decisión administrativa o judicial que dirima el conflicto” (CNAT Sala VIII, 30/06/1986, “Lombardini, Miguel c/ Microómnibus Cuarenta y Cinco SA”; Sala I 11/09/1987 “Medina, Ofelia c/ Club Gimnasia y Esgrima de Bs. As.”; Sala II, sentencia 94877 del 27/03/2007 in re “Cereda Valeria Verónica c/ ESSO Petrolera Argentina SRL”; SI 59892 del 06/10/2010 en autos “Empresa Tandilense SA c/ Reyes, Gabriel Reynaldo”, etc.).

Que, además no existe en el ámbito del Ministerio de Trabajo el Tribunal Médico previsto en el decreto 825/74.”

“Que, desde tal perspectiva, no puede sostenerse que la Justicia Nacional del Trabajo carece de aptitud jurisdiccional en estas actuaciones y que es el empleador el que debe ejercer sus facultades y asumir los efectos que causen, ya que no puede soslayarse que la ley de contrato de trabajo intenta, a lo largo de su articulado, no sólo favorecer el contrato por tiempo indeterminado —art. 90 y 91 LCT— sino también mantener la vigencia del contrato a pesar de diversas contingencias que pueden ocurrir a lo largo del vínculo (para ello no sólo admite cambios de condiciones —con los límites del art. 66 LCT— sino también del sujeto empleador —arts. 225/228— entre otros) y de hecho, el art. 10 es muy claro al establecer que en caso de duda las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato. Además, se exige a las partes en todo momento del contrato, que actúen conforme las exigencias de buena fe y colaboración y solidaridad previstas en el art. 62 y en el 63 LCT. En este contexto, antes de tomar la decisión extrema de extinguir el contrato de trabajo, frente a una situación en que existe discrepancia acerca de la capacidad de la trabajadora para reintegrarse a su puesto de labor en jornadas completas, resulta lógico que la empresa agote los medios que tiene a su alcance para mantener la continuidad del vínculo.”

“Que, por ello, y como lo ha sostenido el Sr. Fiscal General ante esta Cámara en el dictamen N° 51317 del 30/09/2010 en autos “Empresa Tandilense SA c/Reyes, Gabriel Reynaldo” del registro de la Sala II, no puede considerarse que la labor jurisdiccional se encuentra circunscripta al examen de situaciones jurídicamente consolidadas, como se aduce en definitiva en la resolución de grado, cuando como en la especie lo que se pretende es una actuación judicial de índole preventiva que válidamente puede encauzarse a través del art. 322 CPCC. Repárese en que se pretende hacer cesar un estado de incertidumbre que puede originar un perjuicio para alguna de las partes y no hay una solución en la legislación actual.”

“Que, en definitiva, en atención a que tal como lo señala la demandada, no se ha podido llegar a un acuerdo entre las partes y de hecho tampoco en la instancia administrativa del SECCO, ante el estado de incertidumbre existente, no existe impedimento alguno para que se habilite la vía judicial intentada”, (CNTrab., SalaIV, 30/05/2012, “Zara Argentina S.A. c. Riva Lanzani, María Florencia s/ acción declarativa”, IMP2012-10, 264, AR/JUR/29778/2012).

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 30/33, revocar la resolución de fs. 27/28 y ordenar que la acción tramite conforme lo dispuesto en el art. 322 del CPCyC; e imponer las costas en el orden causado ante la naturaleza de la cuestión debatida y la inexistencia de réplica (art. 68 CPCyC).

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 30/33, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 27/28 y ordenar que la acción tramite conforme lo dispuesto en el art. 322 del CPCyC.
2. Imponer las costas en el orden causado ante la naturaleza de la cuestión debatida y la inexistencia de réplica (art. 68 CPCyC).
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



**"QUEVEDO EDITH LILIANA C/ METALURGICA PESADA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 507984/2016) – Interlocutoria: 23/17 – Fecha: 14/02/2017

DERECHO PROCESAL: Representación procesal.

PROCEDIMIENTO LABORAL. GESTOR PROCESAL. FALTA DE RATIFICACION. PLAZO.

Cabe confirmar la resolución que dio por decaído el derecho a contestar demanda y ofrecer prueba, ordenando por lo tanto el desglose de las presentaciones, debido a la falta de ratificación de la gestión invocada dentro del plazo conforme el art. 26 de la ley 921. En ese contexto resulta aplicable lo resuelto por esta Sala en un supuesto similar donde sostuvo: “El plazo estipulado por el art. 9 de la ley 921 -10 días- es perentorio y, por lo tanto fatal, comienza a correr desde la fecha en que se invocó la franquicia, no correspondiendo a los efectos del cumplimiento del mismo, información previa ni providencia alguna” (PI.1993-II-298/299, Sala II). Así también que “El art. 9 de la Ley 921 dispone con absoluta precisión la obligación del gestor de acreditar la personería que invoca, o hacer ratificar la gestión en un plazo perentorio, que en el caso que nos ocupa es de diez días, del mismo modo que determina la sanción para su incumplimiento: la nulidad de todo lo actuado por el gestor” (Exptes. N° 471322/12 y 451681/11, entre otros). (“RUIZ ALFONSO F C/ SMG ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (Expte. N° 504588/2014)”

**Texto completo:**

NEUQUEN, 14 de Febrero del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "QUEVEDO EDITH LILIANA C/ METALURGICA PESADA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES" (EXP N° 507984/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 228/229 la demandada interpone recurso de reposición con apelación en subsidio contra la resolución de fs. 227 por la cual se le dio por decaído el derecho a contestar demanda y ofrecer prueba, ordenando el desglose de las presentaciones de fs. 165/221 y 221/226, debido a la falta de ratificación de la gestión invocada dentro del plazo conforme el art. 26 de la ley 921.

Se queja porque no se requirió subsanación alguna, aún cuando antes del dictado del auto cuestionado se ratificó la gestión. Dice, que se trata de un excesivo rigor formal, no se tuvo en cuenta la ratificación de la gestión, que el plazo operó cuando el expediente estaba a despacho, un día después del vencimiento del plazo y antes de que se dicte providencia alguna. Además, cita jurisprudencia respecto a que no se puede postular el carácter automático y absoluto de la nulidad y que no hubo cuestionamiento de la contraria.

A fs. 230 se rechaza la revocatoria y concede la apelación.

A fs. 236/237 el actor contesta el traslado del recurso. En primer lugar dice que no se observan motivos que justifiquen esa sustanciación no obstante lo cual lo contesta, cita jurisprudencia respecto al carácter fatal del plazo y expresa que la petición de la contraria no puede ser acogida correspondiendo rechazar el recurso.

II. Ingresando al análisis del recurso se entiende que resulta improcedente por las siguientes razones.

En autos, al contestar demandada se invocó la calidad de gestor procesal, fs. 215, el 25/07/2016, y se ratificó la gestión el 10/08/2016 cuando ya había vencido el plazo de diez días del art. 9 de la ley 921. A lo que cabe agregar que la parte actora se opuso a esta ratificación conforme surge de su contestación de fs. 236/237.

En ese contexto resulta aplicable lo resuelto por esta Sala en un supuesto similar donde sostuvo: “El plazo estipulado por el art. 9 de la ley 921 es perentorio y, por lo tanto fatal, comienza a correr desde la fecha en que se invocó la franquicia, no correspondiendo a los efectos del





cumplimiento del mismo, información previa ni providencia alguna” (PI.1993-II-298/299, Sala II).

Así también que “El art. 9 de la Ley 921 dispone con absoluta precisión la obligación del gestor de acreditar la personería que invoca, o hacer ratificar la gestión en un plazo perentorio, que en el caso que nos ocupa es de diez días, del mismo modo que determina la sanción para su incumplimiento: la nulidad de todo lo actuado por el gestor” (Exptes. N° 471322/12 y 451681/11, entre otros).”

“En autos los letrados se presentaron como gestores de la demandada y contestaron la acción –fs. 80/91- el 30 de abril de 2015. A fs. 98 -22 de mayo de 2015- y cuando ya había vencido el plazo de 10 días que confiere el art. 9 de la ley 921 acompañan poder general para juicios y ratifican la gestión.”

“La actora solicitó que se tuviera por incontestada la demanda a fs. 100 aunque desconocía la actividad del gestor.”

“Entonces, toda vez que a la fecha de acreditación de la personería y ratificación por parte de la demandada, el plazo del art. 9 de la ley 921 se encontraba vencido, resulta ajustado a derecho el proveído cuestionado”, (“RUIZ ALFONSO F C/ SMG ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (Expte. N° 504588/2014).

En consecuencia, corresponde desestimar la apelación y confirmar la resolución de fs. 227 en lo que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de la Alzada a la recurrente vencida (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

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 esta SALA I:

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por la demandada a fs. 228/229 y confirmar la resolución de fs. 227 en lo que fue materia de recurso y agravios.
2. Imponer las costas de la Alzada a la recurrente vencida (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

**"GONZALEZ MARIO ALBERTO C/ ROMANO DANIEL ALBERTO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 513714/2016) – Interlocutoria: 02/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PROVIDENCIA. REVOCACION DE OFICIO. EXCEPCIONES PREVIAS. EXCEPCION DE PRESCRIPCION. OPORTUNIDAD PARA SU TRATAMIENTO. CALIFICACIÓN DE LOS TERMINOS DE LA LITIS. DIFERIMIENTO.

- 1.- En lo concerniente a la facultad del juez de revocar de oficio una providencia -en el caso bajo análisis fue suscripta por la actuario-, nuestro Código de Procedimientos, sin perjuicio de no contener una disposición expresa al respecto, permite interpretar que el juez puede dejar sin efecto providencias que no están notificadas, y aún estándolo, cuando concurren situaciones de excepción como evidentes errores de hecho.



2.- En cuanto a la excepción de prescripción –la misma- se puede resolver como de previo y especial pronunciamiento cuando se opone junto con otras excepciones o sola, siempre que pueda tramitar y resolverse como de puro derecho, siendo tal determinación una facultad discrecional del juez. No obstante, si la apreciación de la cuestión requiriera de una cuestión de hecho, susceptible de comprobación, debe ser diferida su consideración para la oportunidad de la sentencia definitiva, ya que el periodo instructorio tramitaría con las restantes cuestiones de fondo.

3.- Corresponde revocar la resolución en donde se hace lugar a la excepción de prescripción interpuesta como de previo y especial pronunciamiento, toda vez que en autos se encuentra debatido el encuadre jurídico aplicable, el que resulta por lo menos dudoso en esta etapa del trámite, recayendo sobre el apelante la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión indemnizatoria, tanto sea materia contractual o extracontractual, a fin de la correcta atribución de responsabilidad. Consiguientemente, creemos que la mejor solución a fin de posibilitarle a las partes su derecho de defensa, y puntualmente al actor, la comprobación de las distintas circunstancias que alega, será mantener el diferimiento de la excepción de prescripción para el momento de dictar sentencia.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GONZALEZ MARIO ALBERTO C/ ROMANO DANIEL ALBERTO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES", (Expte. N° 513714/2016), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Mediante el resolutorio de fs. 102/103 vta. se revoca el auto de fs. 100 que difirió la excepción de prescripción, se declara prescripta la pretensión y se imponen costas al actor vencido, con determinación de honorarios profesionales.

Contra esa decisión, los abogados de la parte demandada apelan por baja la regulación, por no haberse realizado sobre el capital debidamente actualizado.

Asimismo, la parte actora apela el fondo de la cuestión, por violarse el principio dispositivo al dejarse sin efecto de oficio la providencia de fs. 100, cuando estaba consentida por las partes y dado que la misma demandada pidió la apertura a prueba del proceso, existiendo una extralimitación de la juzgadora en tal sentido.

Señala que lo decidido fulmina el principio de preclusión, cuyo contenido es de orden público y afecta garantías constitucionales, como así también, del debido proceso y derecho de defensa, en virtud de que se desvió el estado de la litis hacia aspectos definitivos no pretendidos por las partes y una vez que se encontraba firme y consentida la resolución anterior.

Por otra parte, ataca los fundamentos de la prescripción de la acción, los que considera dogmáticos. Así, niega haber alegado que la responsabilidad del demandado se subsumiera en el ámbito extracontractual, toda vez que en el caso existe un marco normativo particular que debía ser ponderado, esto es, el Estatuto del Consorcio de Riego.

Considera falaz el argumento de la jueza en el sentido que debió demandar al Consorcio para encuadrar la acción en el ámbito contractual, lo que se vincula a su estrategia procesal y resulta inabordable a su competencia, a más de que no objeta que el demandado tampoco lo citó como tercero.

Luego de citar doctrina, entiende que la decisión de la aquo de reeditar su propio acto resultó apresurada e inmotivada, toda vez que no sólo omitió valorar la prueba documental agregada, sino que en forma contraria a la voluntad de las partes, impidió cualquier posibilidad de probar su posición jurídica.

Finalmente, recusa con causa a la titular del Juzgado Civil n° 5 en los términos del art. 17 inc. 7 del CPCyC.

Corrido el traslado de rito, la parte demandada lo contestó a fs. 120/121 vta. y solicitó la declaración de su deserción. No obstante, y en forma subsidiaria contesta, pero únicamente en lo que respecta al tercer agravio.

II.- Preliminarmente, y en cuanto a la declaración de deserción del recurso que efectúa la accionante, observamos que el escrito recursivo



establece un mínimo de queja para el tratamiento de la apelación, por lo cual, no resulta procedente tal planteo.

Ingresando ahora al análisis de la cuestión, en primer lugar trataremos el recurso interpuesto por la parte actora, para luego observar la apelación arancelaria de los letrados del accionado, y de corresponder.

Tal como surge del relato de los antecedentes, en el auto a fs. 100 (4/10/2016) firmado por la Actuaría se dirigió el tratamiento de la excepción de prescripción para el momento del dictado de la sentencia definitiva. Luego, la parte demandada solicita a fs. 101 (6/10/2016) que se abra la causa a prueba, y finalmente, mediante la resolución de fs. 102/103 vta. (20/10/2016) la magistrada deja sin efecto el auto de fs. 100 y hace lugar a la excepción de prescripción interpuesta como de previo y especial pronunciamiento.

Como vemos, y de acuerdo a los términos de los agravios vertidos, el primer punto a dilucidar es la revocación oficiosa del auto de fs. 100.

Sentado ello, y en relación al tema, se ha dicho que:

El recurso de reposición, también conocido con el nombre de revocatoria o reconsideración, constituye un medio impugnativo que tiene por objeto que el mismo órgano que dictó una providencia la revoque por contrario imperio.

2. Este recurso aparece regulado en forma más o menos similar en todos los códigos procesales civiles. No obstante, aparecen diferencias en cuanto a la potestad del tribunal de revocar de oficio las providencias que son susceptibles de ser modificadas por este remedio. En nuestro país, son escasas las legislaciones que autorizan expresamente la reposición de oficio; como consecuencia de este silencio, la labor jurisprudencial y doctrinal ha consistido, en general, en reconocer esta facultad (fundada en el art. 36 del Cód. Procesal y concs. de los ordenamientos provinciales) y en fijar sus límites (Para el fundamento normativo ver Fenochietto y Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, p. 761, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983).

3. Puede afirmarse que, en definitiva, los ordenamientos que la regulan expresamente y los que no lo hacen, coinciden, pues la doctrina interpretativa coloca --con variantes-- los mismos límites.

4. Hay acuerdo en que, en principio, la revocación oficiosa se autoriza con un solo requisito: que la resolución que se pretende revocar "no se encuentre notificada a las partes". Adviértase que el valladar no lo pone el "consentimiento", sino la "notificación".

5. La doctrina ha fundado esta barrera con diversos fundamentos que paso a sintetizar (Ver, entre muchos, Alvarado Velloso, Adolfo, "Recurso de reposición", Rev. de Estudios Procesales, p. 16 núm. 1, 1969; Turconi, Norma B., "Recurso de reposición", en Recursos judiciales, p. 19, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988; Hitters, Juan C., "Técnica de los recursos ordinarios", p. 246, Ed. Platense, La Plata, 1985; Ibañez Frocham, Manuel, "Tratado de los recursos en el proceso civil", p. 167, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1963; Podetti, Ramiro, "Tratado de los recursos", núms. 35, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958):

a) Mientras la parte no haya recibido la notificación, la resolución no ha entrado en la esfera del conocimiento y el juez puede modificar a su arbitrio; hasta la notificación no es un acto procesal acabado, sino un proyecto de acto que puede modificarse y substituirse.

b) Permitir la revocatoria por contrario imperio después de la notificación violenta principios básicos del proceso: el litigante necesita seguridad jurídica respecto de la situación en que va quedando en el pleito.

c) Los actos judiciales deben revestir lógica seriedad para merecer el debido respeto. La revocatoria "ex officio" después de la notificación implicaría retrogradar la marcha de un juicio a voluntad del tribunal; nada habría firme en un pleito lo cual es sencillamente un absurdo.

d) Normalmente, permitir la revocatoria de oficio después de la notificación violará el principio de preclusión. Por eso, si la resolución dictada clausura en forma definitiva una etapa y el juzgador pretende regresar a otra ya consumada, la revocatoria será improcedente.

e) En el ordenamiento procesal mendocino ésta es la solución expresamente prevista para el recurso de aclaratoria (art. 132, inc. III), no existiendo razón alguna que vede su aplicación analógica.

6. Algunos autores dan mayor extensión a la facultad judicial; entienden que aun después de notificada, procede la revocatoria de oficio si se ha cometido un manifiesto error de hecho o se han violado las formas esenciales que afecten el derecho de defensa en juicio (Fassi, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial", t. I, núm. 823, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1971; Palacio, Lino, E., "Derecho procesal civil", t. V, p. 57, núm. 532, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1979; Vescovi, Enrique, "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica", p. 93, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988), solución que ha sido severamente cuestionada por Rosas Lichtschein (su nota a fallo publicado en Juris, t. 10, p. 287 cit. por Alvarado Velloso, ob. cit., Rev. de Estudios Procesales, p. 17, núm. 1) y los autores que mantienen una posición muy restrictiva en torno a la facultad de revocar de oficio (En esta línea ver Cifuentes, Santos, Voz: "Recurso de reposición en el proceso civil", Enc. Juríd. Omeba, t. XXIV, p. 115; Sentís Melendo, Santiago, "Revocatoria de oficio de resoluciones firmes", Rev. LA LEY, t. 84, p. 455).

7. ¿Qué consecuencia produce la revocación de oficio después de la notificación en violación al principio de preclusión?

La doctrina coincide en que la providencia que revoca de oficio otra anterior notificada es nula (compulsar doctrina previamente citada y, especialmente, Alsina, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", t. IV, p. 195, 2ª ed., Buenos Aires).

(...) Couture, partidario de una concepción amplia en materia de revocatoria de oficio de las providencias interlocutorias, enseña que estos problemas no pueden ser resueltos de una manera uniforme, abarcando en una misma conclusión a todo tipo de providencias de mero trámite. El juez, dice, tiene indudablemente poderes de dirección del proceso que le permiten rectificar un error; esa rectificación, tendiente a restaurar la



marcha del juicio por el camino trazado en la ley, forma parte de sus facultades propias; ninguna disposición obsta a que el juez rectifique su error, una vez que lo haya advertido. "Pero la verdad es que este poder de dirección debe tener una limitación específica en un tipo de juicio que no es secuencia discrecional, sino articulado o dividido en etapas. Dentro de este tipo de juicio, el advenimiento de una etapa procesal opera la preclusión de la anterior sin que sea posible el regreso a instantes o estadios ya concluidos"; y concluye: "la respuesta al problema consiste, pues, en reconocer al juez poderes de rectificación sobre las mere interlocutorias dictadas errónea o imperfectamente, pero con la salvedad expresa de que esa rectificación no altere la naturaleza propia del juicio, desnaturalizando a éste y transformándolo en proceso de desenvolvimiento discrecional. Una solución de esa índole, que condujera a la alteración del tipo de proceso vigente, debe ser rechazada en nombre de los principios generales que constituyen la base misma de la legislación procesal vigente" (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal civil", núm. 132, Ed. López, Buenos Aires, 1942). (conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (SCMendoza), Fecha: 10/09/1990, Partes: Palmieri, Octouhar V., Publicado en: LA LEY1990-E, 475 - DJ1991-1, 761 Cita Online: AR/JUR/1214/1990, la negrita nos pertenece).

Nuestro Código de Procedimientos, sin perjuicio de no contener una disposición expresa al respecto, permite interpretar que el juez puede dejar sin efecto providencias que no están notificadas, y aún estándolo, cuando concurren situaciones de excepción como evidentes errores de hecho.

Si bien, esta facultad no puede ni debe extenderse en forma discrecional, operando como freno el hecho de que las providencias dictadas por error no hayan sido efectivizadas, lo cierto es que la Actuaría suscribió el auto de fs. 100 en exceso de sus facultades, dado que el análisis de diferir el tratamiento de una excepción le correspondió a la juzgadora.

Ello, sin dejar de señalar que la prescripción sí fue interpuesta como de previo y especial pronunciamiento, y así se interpreta del escrito de contestación de demandada, toda vez que se contesta en subsidio para el caso de que no se haga lugar a la excepción (ver fs. 87/vta.).

Retomando, la excepción de prescripción se puede resolver como de previo y especial pronunciamiento cuando se opone junto con otras excepciones o sola, siempre que pueda tramitar y resolverse como de puro derecho, siendo tal determinación una facultad discrecional del juez.

No obstante, si la apreciación de la cuestión requiriera de una cuestión de hecho, susceptible de comprobación, debe ser diferida su consideración para la oportunidad de la sentencia definitiva, ya que el periodo instructorio tramitaría con las restantes cuestiones de fondo.

Esto, sin perjuicio de haberse opuesto como de previo y especial pronunciamiento o como defensa de fondo, dado que el juez se encuentra facultado a determinar si la prescripción puede ser considerada como previa por razones de economía procesal y en el caso de que resulte procedente, y más allá de la voluntad de las partes.

Por estas razones, resulta aceptable que la jueza no haya hecho propia la providencia en cuestión, allende que las partes no hayan interpuesto la revisión del art. 38 del CPCyC contra la providencia en análisis y que se encontró firme al momento de la resolución que posteriormente dictó, en razón del evidente error, y fundamentalmente, por no implicar retrotraer el proceso a una etapa anterior.

Sin embargo, la pregunta que ahora nos formulamos es si se encontraron reunidas las condiciones necesarias que permitieran a la juzgadora admitir el planteo de la accionada y declarar prescripta la acción articulada.

Así, confrontando los escritos de demanda, excepciones y contestaciones pertinentes, advertimos que el análisis de su procedencia está sujeto al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de la obligación.

En efecto, se encuentra debatido el encuadre jurídico aplicable, el que resulta por lo menos dudoso en esta etapa del trámite, recayendo sobre el apelante la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión indemnizatoria, tanto sea materia contractual o extracontractual, a fin de la correcta atribución de responsabilidad.

Por lo cual, creemos que la mejor solución a fin de posibilitarle a las partes su derecho de defensa, y puntualmente al actor, la comprobación de las distintas circunstancias que alega, será mantener el diferimiento de la excepción de prescripción para el momento de dictar sentencia.

III.- Consecuentemente, propiciaremos la revocación del resolutorio en cuestión, resultando los argumentos aquí dados suficientes a tal fin, y sin que resulte necesario analizar los restantes agravios; deviniendo a su vez abstracto el tratamiento del recurso arancelario interpuesto por los letrados intervinientes por la parte accionada.

Asimismo, y habiendo la aquo adelantado su opinión, la causa deberá continuar su tramitación en el Juzgado Civil que siga el orden de turno, y disponerse su apertura a prueba.

Las costas de Alzada se impondrán en el orden causado, atento la forma en que se resuelve y la falta de contradicción en punto al agravio acogido.

La regulación de honorarios se diferirá para el momento oportuno.

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs. 102/103 vta., de acuerdo a lo expuesto en los Considerandos.

II.- Disponer que la causa deberá continuar su tramitación en el Juzgado Civil que siga en el orden de turno.

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por los motivos explicitados precedentemente (art. 69, CPCyC).



IV.- Diferir la regulación de honorarios para el momento oportuno (art. 15, ley 1594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"PEDRAZA MASSO FRAVEGA AGUSTIN PABLO Y OTRO C/ ASOCIACION MUTUAL 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 515680/2016) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDAS CAUTELARES. EXCENCION DE CONTRACAUTELA. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS PROVISIONAL. CAUCION JURATORIA. PLAZO. CADUCIDAD.

Al contar la parte actora con el beneficio de litigar sin gastos (provisional) las medidas cautelares que solicite se deben despachar previa caución juratoria, con carácter provisional y por un plazo prudencial de noventa (90) días hábiles, transcurrido el cual la misma caducará de no haberse obtenido el beneficio de litigar sin gastos.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PEDRAZA MASSO FRAVEGA AGUSTIN PABLO Y OTRO C/ ASOCIACION MUTUAL 3 DE DICIEMBRE DEL COMAHUE S/ RESOLUCION / RESCISION DE CONTRATO", (Expte. N° 515680/2016), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- El gestor procesal de los actores apeló en subsidio el auto de fs. 57/vta. en cuanto hace saber que el beneficio de litigar sin gastos (provisional) no los eximiría del recaudo de caución ante el dictado de una medida cautelar, sino únicamente del pago de los gastos de justicia.

Expresa sus agravios a fs. 58/60 y señala que tal decisión estaría afectando el principio de tutela efectiva.

II.- Ingresando al análisis del recurso, y más allá que en el proveído en cuestión la jueza hizo saber el criterio que sigue en relación al alcance del beneficio provisional, se encuentra claramente descripto el gravamen que le causa al recurrente.

En efecto, y en primer lugar, observamos que la firmeza de la providencia recurrida le provocaría al apelante un estado de indefensión, pues en la hipótesis de hacerse efectivo tal razonamiento al trabarse las medidas cautelares que a su turno solicita y graduarse la correspondiente caución -lo que ocurrió posteriormente a fs. 61/vta. y en ocasión de elevarse esta causa-, la providencia que así lo decidiera resultaría inapelable toda vez que -tal como lo ha señalado anteriormente esta Cámara- no son apelables las resoluciones que son consecuencia de otra que fue consentida.

En segundo término, señalamos que la interpretación que sigue la aquo no se compadece con los precedentes dictados en esta instancia en relación a la flexibilización del art. 200 del Código Procesal.

Así, esta Sala II tiene dicho que:

“(…) el art. 200 del CPCyC determina que se eximirá de prestar caución si quién obtuvo la medida actuare con beneficio de litigar sin gastos. Esta norma se refiere al justiciable que ha obtenido sentencia que le concede el beneficio, no siendo procedente, en principio, eximir del cumplimiento de la contracautela con la sola iniciación del trámite para la obtención del beneficio, conforme lo ha resuelto la a-quo. Ello así,





desde que el beneficio provisional del art. 83 del CPCyC, que se acuerda “ope legis” sólo tiene por efecto eximir al solicitante del pago de los gastos judiciales y las costas, hasta que se resuelva sobre su concesión o denegación.

“Sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia han flexibilizado el alcance del ya citado art. 83 del CPCyC. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha señalado que es procedente admitir los efectos del beneficio provisional contemplado en el art. 83 del CPCyC, cuando de las circunstancias del caso resulta que no es posible esperar el dictado de la resolución que conceda el beneficio de litigar sin gastos sin grave peligro para la efectividad de la defensa (cfr. “Grichner c/ Pérez”, 7/3/2006, Fallos 329:431; “Figueiredo do Nascimento c/ Malagoli”, 13/6/2006, Fallos 329:2221; “Biaggi c/ Hassan”, 24/12/2006, Fallos 329:5973; “Sociedad Militar Seguro de Vida c/ Covino”, 4/3/2008, LL on line AR/JUR/1541/2008; “Caia c/ Ghioldi”, 6/5/2008, LL on line AR/JUR/2558/2008; “Svoboda c/ Rodríguez”, 16/2/2010, LL on line AR/JUR/3733/2010).

“Y con específica alusión a las medidas cautelares se ha resuelto que en los casos en que no surjan presunciones de que el beneficio sea denegado, el relevo de la contracautela debe otorgarse transitoriamente antes de que se resuelva sobre la procedencia de aquél (cfr. Cám. Nac. Civ., Sala D, 15/6/1978, ED 80, pág. 637). En igual sentido se han expresado autores como Lino Palacio (“Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo-Perrot, 1992, T. VIII, pág. 41) y Roland Arazi (“Medidas Cautelares”, Ed. Astrea, 1995, pág. 10).

“Esta posición también ha sido sostenida por esta Sala II in re “Ocaña c/ Taranda” (expte. n° 60.681/4) y “Burgos c/ Gorena” (P.I. 2010-II, f° 362/364) y recientemente in re: “Hergenrether Nancy B. c/García Luciano y otro s/ daños y perjuicios” (expte. n° 446603/11).

“La doctrina y jurisprudencia citadas resultan de aplicación al supuesto de autos toda vez que el inicio del pedido del beneficio de litigar sin gastos ha sido concomitante con la demanda del principal, encontrándose activo aquél trámite, en etapa de cumplimiento de las medidas ordenadas por el Juzgado (...) (cfr. precedentes ya citados de esta Sala II, autos “Candía, César Daniel y otro c/ Molina, Osvaldo”, P.I. 2011-IV, n° 315) (La negrita nos pertenece).

Bajo tales premisas, de las constancias del sistema informático Dextra observamos que se encuentra tramitando el beneficio de litigar sin gastos solicitado por la parte accionante –“Pedraza Masso Fravega Agustín Pablo y Otro s/Beneficio de litigar sin gastos”, expte. n° 515681/2016- y que mediante el auto del 14 de diciembre de 2016 la aquo le ha concedido el beneficio provisional del art. 83 del Código Procesal (v. cuarto párrafo). Teniendo en cuenta esta circunstancia, las razones explicitadas en el precedente parcialmente transcrito y la naturaleza de cautelar, se impone la revocación de la resolución en crisis, disponiéndose que la medida ordenada a fs. 61/vta. se despache previa caución juratoria de la parte actora, con carácter provisional y por un plazo prudencial de noventa (90) días hábiles, transcurrido el cual la misma caducará de no haberse obtenido el beneficio de litigar sin gastos.

Sin costas en la Alzada, atento tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado (art. 68, 2do. párrafo, CPCyC).

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Revocar el sexto párrafo de la providencia de fs. 13/vta., y en consecuencia, disponer que la medida cautelar ordenada a fs. 61/vta. se despache previa caución juratoria de la parte actora, con carácter provisional y por un plazo prudencial de noventa (90) días hábiles, de conformidad con lo explicitado en los considerandos pertinentes que integran el presente.

II.- Sin costas en la Alzada atento tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado (art. 68, 2do. párrafo, CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"SUAREZ ELVIO ORLANDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 514551/2016"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53384/2016) – Inteerlocutoria: 13/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.



MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD. PELIGRO EN LA DEMORA. IRREPARABILIDAD DEL PERJUICIO. INAUDITA PARTE. TUTELA EFECTIVA. SERVICIO DE AGUA POTABLE. PROVISIÓN DE AGUA POTABLE. TRATADOS INTERNACIONALES. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. EXTENSION DEL DESPACHO CAUTELAR. DERECHO GARANTIZADO. EXCLUSION DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN.

1.- Debe ser confirmada en lo principal la medida cautelar innovativa en donde se le ordena a las codemandadas, Ente Provincial de Agua y Saneamiento -E.P.A.S- y Municipalidad de Neuquén brindar el servicio de distribución de agua potable a todos los habitantes del sector “Puesto Guzmán” correspondiente a la Asociación de Fomento Rural Las Baterías, con la frecuencia y volúmenes que resulten necesarios para la subsistencia de los residentes en la zona, pues, encontrándonos ante el resguardo de un derecho humano fundamental o básico, en tanto es presupuesto esencial de otros derechos tales como el derecho a la vida y a la salud, debe el Estado garantizarlo más allá de las objeciones formales, financieras, de conveniencia y/o de cualquier otra índole.

2.- Advierto que ninguno de los apelantes cuestiona la base fáctica considerada por la a quo, y que es la que determina la existencia de la verosimilitud del derecho invocado: quién venía proveyendo de agua potable a los habitantes de la zona denominada Puesto Guzmán –la Municipalidad de Neuquén- anunció el cese de la prestación, en tanto ese sector se encuentra fuera del ejido municipal de la comuna referida, y por entender agotados los recursos presupuestarios destinados a tal fin. En otras palabras, los habitantes de la zona denominada Puesto Guzmán iban a encontrarse privados del acceso al agua potable. Tal situación, por si misma, demuestra no sólo la existencia de la verosimilitud del derecho invocado, como ya lo señalé, sino también el peligro en la demora toda vez que se trata de la privación del acceso al agua potable, aspecto comprendido dentro del derecho humano fundamental al agua.

3.- [...] si bien es cierto que esta Sala II sostiene que, en principio, cuando se trata de una medida cautelar innovativa –tal el supuesto de autos respecto de los apelantes- corresponde la sustanciación previa de la petición, abreviando los términos de acuerdo con la urgencia de la situación, lo cierto es que el derecho comprometido en autos y la irreparabilidad del daño que se puede ocasionar a la parte actora justifica la adopción de la medida cautelar inaudita parte, y sin perjuicio, claro está, del cuestionamiento posterior, conforme sucede ahora. Esta posición coincide con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la procedencia de medidas cautelares como medio de evitar la inminente privación de un recurso natural que deviene ineludible para garantizar el derecho a la vida, primero de los derechos de rango constitucional (cfr. Fallos 331:453; 329: 4.918; 329:2.552, entre otros).

4.- No paso por alto que la medida adoptada por la a quo constituye un adelanto de jurisdicción y que se confunde con el objeto de la pretensión principal, pero conforme lo hemos señalado en el mismo precedente que cita la codemandada Ente Provincial de Agua y Saneamiento (“Soto Hermosilla c/ Ente Provincial de Agua y Saneamiento”, inc. 1.727/2016, P.I. 2016-I, n° 63), “Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser tachada de prematura (lo que es el basamento del prejuzgamiento). Y provocada la obligación de la respuesta judicial, ante la concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento) (conf. Fallo antes citado de la Sala I).

5.- El hecho que la zona denominada Puesto Guzmán no sea un área servida por el organismo apelante, y



la lejanía de la red más cercana al lugar tampoco son cuestiones que justifiquen eximir al E.P.A.S. del cumplimiento de la medida cautelar dispuesta en estas actuaciones. En primer lugar, porque sería muy fácil para cualquier ente público deslindar responsabilidades escudándose en omisiones del mismo organismo. De ese modo, bastaría con no cumplir con la finalidad legal del ente para declararse irresponsable. Ello no es así, el E.P.A.S. tiene la obligación legal de cumplir con el suministro de agua potable a los pobladores de Puesto Guzmán, y el hecho que no haya realizado ninguna obra tendiente a llevar el servicio a su cargo a dicho lugar no la exime de cumplir con su deber aunque sea del modo en que ha sido dispuesto por la a quo: con camiones cisternas que llevan el agua a la población del lugar.

6.- Corresponde excluir a la codemandada Provincia del Neuquén de la condena al cumplimiento de la medida cautelar que ordena brindar el servicio de distribución de agua potable a todos los habitantes del sector “Puesto Guzmán” correspondiente a la Asociación de Fomento Rural Las Baterías. Ello así porque se encuentra comprendido en la cautelar, junto con la Municipalidad de Neuquén, el ente autárquico que por mandato del legislador de la Provincia tiene a su cargo la prestación del servicio comprometido (E.P.A.S.), por lo que el cumplimiento de la medida provisional se encuentra asegurado. Lo dicho no importa abrir juicio sobre la legitimación pasiva de la Provincia del Neuquén para estar en juicio en estos obrados, cuestión que debe ser resuelta por la jueza de grado.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SUAREZ ELVIO ORLANDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 514551/2016", (INC N° 53384/2016), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Los codemandados E.P.A.S. y Provincia del Neuquén plantean recursos de apelación contra la resolución de fs. 24/26 del presente cuadernillo, en cuanto ordena a las tres demandadas, como medida cautelar, que brinden el servicio de distribución de agua potable a todos los habitantes del sector “Puesto Guzmán” correspondiente a la Asociación de Fomento Rural Las Baterías, con la frecuencia y volúmenes que resulten necesarios para la subsistencia de los residentes en la zona.

a) La codemandada E.P.A.S. señala que se ha dictado una medida cautelar innovativa sin sustanciación, transgrediendo el criterio sustentado por las tres Salas de la Cámara de Apelaciones, con violación del derecho de defensa de su parte.

Luego sostiene que no existen en autos elementos suficientes que permitan inferir la existencia de verosimilitud en el derecho invocado.

Cita los arts. 2° y 4° de la ley 1.763, por la cual se crea el Ente Provincial de Agua y Saneamiento.

Dice que el área “Puesto Guzmán” se encuentra fuera del radio servido por el organismo, es decir, continúa su argumentación el quejoso, que el E.P.A.S. no autorizó, ni siquiera proyectó proveer el servicio en dicha zona, en la cual un grupo de vecinos adquirió lotes a la inmobiliaria Esbeliza-Viñas a principios de 1990, instalándose allí sin contar ni el desarrollador del loteo ni los vecinos con la factibilidad del organismo que les garantice la prestación del servicio.

Sigue diciendo que no resulta lógico ni jurídicamente procedente que se obligue al E.P.A.S. a proveer el servicio en un lugar en el cual ni siquiera proyectó la prestación del mismo, por no existir en cercanías de “Puesto Guzmán” ninguna red secundaria, encontrándose la red más cercana a 2,2 km de distancia.

Afirma que la cautelar ordenada sienta un grave precedente, ya que cualquier persona o grupo de personas que se instalen en cualquier lugar –en el medio de la nada- y a grandes distancias de las redes de distribución de agua proyectadas, pueden reclamarle al E.P.A.S. que les garantice la prestación del servicio, lo cual no sólo resulta incongruente, sino que también escapa al objeto que tiene el ente de acuerdo con su ley de creación y produce desequilibrios financieros que ponen en peligro una adecuada prestación del servicio.

Destaca que la ley de creación del organismo dispone que si los servicios de provisión de agua potable, al momento de la creación del E.P.A.S., están directa o indirectamente a cargo de los municipios, subsistirán en iguales condiciones. Agrega que, conforme manifestaciones de los mismos vecinos, el municipio de Neuquén viene prestando el servicio de provisión de agua potable desde el año 1990, por lo que corresponde



que continúe prestando el servicio.

Finalmente señala que la actora omite toda referencia concreta al perjuicio ocasionado.

b) La codemandada Provincia del Neuquén dice que, de acuerdo con la ley 1.763, es el Ente Provincial de Agua y Saneamiento, el que tiene plena autarquía técnica y administrativa, quién debe estar en juicio.

Sigue diciendo que es doctrina del Tribunal Superior de Justicia la que refiere que los jueces tienen la facultad-deber de apreciar de oficio la falta de legitimación, por ser éste un presupuesto jurídico procesal de orden público.

Pone de manifiesto que no es la Provincia del Neuquén quién deberá dar cumplimiento a lo solicitado por el actor, sino el Ente Provincial de Agua y Saneamiento.

Cita jurisprudencia.

Sin perjuicio de lo dicho, pretende también la revocación de la resolución recurrida a su respecto, por entender que la decisión de la a quo no se encuentra suficientemente fundada.

Manifiesta que la sentencia de primera instancia menciona que se encuentran acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho invocado, de peligro en la demora y de perjuicio irreparable, pero sólo se limitó a afirmar tal expresión, destacando la importancia del derecho y los intereses colectivos.

Vuelve sobre la falta de legitimación pasiva.

Hace reserva de la cuestión federal.

c) La codemandada Municipalidad de Neuquén contesta el traslado del memorial de agravios del E.P.A.S. a fs. 47/50.

Dice que si bien existe pluralidad de acepciones sobre lo que es la verosimilitud en el derecho, es claro que para el caso de autos existe una fuerte apariencia de certeza de que el derecho discutido permite atribuir a la pretensión deducida una credibilidad lo suficientemente veraz.

Recuerda que el E.P.A.S., de conformidad con su ley de creación, es un ente autárquico con plenas funciones técnicas y administrativas, siendo responsable de satisfacer el interés general de la población en materia de saneamiento urbano mediante el abastecimiento de agua potable, recolección y tratamiento de líquidos cloacales y residuales. Agrega que este ente tiene a su cargo entre otras funciones, la de planificar, estudiar, proyectar, construir, comprar, transferir, renovar, ampliar y explotar sistemas de tratamiento y provisión de agua.

Entiende que también se encuentra presente el peligro en la demora desde el momento que la correcta provisión del servicio de agua es de vital importancia para los habitantes del sector afectado.

Señala que es claro y conocido que el sector denominado Puesto Guzmán se encuentra fuera del ejido de la ciudad de Neuquén, por lo que la Municipalidad carece de obligaciones con relación a las personas que habitan fuera de su jurisdicción y que, si bien la expansión poblacional no fue concertada con el E.P.A.S., la obligación de prestar el servicio de agua con regularidad y calidad suficientes está comprendido dentro de la esfera de competencia de esta codemandada.

Afirma que yerra la recurrente en la interpretación del articulado de la ley 1.763, ya que por omisión justamente del E.P.A.S. fue la Municipalidad de Neuquén quién vino a suplir la falta de provisión del servicio al sector Puesto Guzmán, la que comenzó a realizarse mucho tiempo después de la sanción de la ley en cuestión.

d) A fs. 49/50, la Municipalidad de Neuquén contesta el traslado de la expresión de agravios de la Provincia del Neuquén.

Dice que la Provincia del Neuquén es quién detenta el poder concedente a los efectos del servicio de agua potable, en tanto que el E.P.A.S. es el organismo descentralizado competente a estos efectos. Agrega que la Constitución Provincial, en su art. 11, determina que lo que exceda de la órbita local corresponderá a las autoridades provinciales.

Sigue diciendo que ante la circunstancia empírica de que el sector conocido como Puesto Guzmán se encuentra situado fuera del ejido de la ciudad de Neuquén y fuera del ejido de cualquier otro municipio, resulta patente la legitimación pasiva de la Provincia del Neuquén.

Cita también los arts. 134 inc. 5 y 237 de la Constitución de la Provincia.

Pone de manifiesto que la Municipalidad de Neuquén ha venido cumpliendo hace muchos años con una obligación que, por ley, no le corresponde, realizando la prestación en un marco de cooperación, atendiendo a las necesidades de los vecinos, lo que ya no puede seguir haciendo en atención a que los esfuerzos presupuestarios han sido agotados.

Entiende que la verosimilitud del derecho invocado resulta clara en tanto que el derecho que la parte actora quiere hacer valer se encuentra reconocido por la Constitución de la Provincia del Neuquén.

e) La parte actora contesta el traslado de sendos memoriales de agravios a fs. 52/53.

Señala que los agravios no atacan el fundamento de la medida cautelar, siendo una mera disconformidad con su concesión, por entender que no se encuentran obligados a proveer el agua potable.

Dice que la medida fue concedida en función del derecho humano fundamental al agua potable; que no es parte del ejido municipal el lugar en el cual viven las familias de Puesto Guzmán, como así también en la intervención del E.P.A.S. en el expediente administrativo del Municipio y de Defensa del Consumidor.



Sigue diciendo que dada la urgencia y la índole de la medida peticionada, la sustanciación no era necesaria en atención a la verosimilitud del derecho invocado, la que fue acreditada y resulta manifiesta, y el conocimiento de las partes sobre la situación de hecho.

Señala que la Provincia del Neuquén es quién debe proveer los servicios básicos fundamentales a los habitantes de la provincia, sin perjuicio de que el E.P.A.S. sea el ente descentralizado del propio estado para hacerse cargo de este servicio en particular.

Sostiene que surge del expediente administrativo que la solución a la problemática indiscutiblemente llama a la comparencia de la Provincia, en tanto el E.P.A.S., para proveer el servicio, necesita de la inversión de fondos del Estado Provincial.

Considera que la resolución se encuentra suficientemente fundada, ya que la magistrada de grado ha merituado la prueba de la que surge la suspensión del servicio por parte del Municipio de Neuquén, el derecho humano fundamental al agua potable y que Puesto Guzmán no se encontraría dentro del ejido municipal.

II.- El carácter distintivo de esta medida cautelar es que se encuentra involucrada en ella la tutela efectiva de un derecho humano fundamental, cuál es el derecho al agua.

Cabe recordar que el constituyente argentino, en el año 1994, otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos, cuyas disposiciones deben entenderse como complementarias de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional).

Uno de estos tratados –el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– se refiere al agua como derecho humano fundamental, circunstancia que es lógica a poco que se advierta que el agua es el elemento más importante de nuestro planeta, que ha permitido la aparición y sobre todo el mantenimiento de la vida. Carlos Aníbal Rodríguez señala que el cuerpo humano está compuesto de entre un 55% y un 78% de agua, dependiendo de sus medidas y complejidad. Para evitar desórdenes, el cuerpo necesita alrededor de siete litros diarios de agua; en tanto que una adecuada hidratación requiere beber aproximadamente el equivalente a dos litros diarios (ya sea la que contienen los alimentos, o bebiéndola directamente). Por ello, la falta del consumo adecuado de agua o el consumo de agua contaminada causa efectos devastadores en la salud humana, llegando inclusive a la muerte de la persona. El hombre y la mujer necesitan de los alimentos y del agua potable como elementos imprescindibles para poder gozar del derecho humano a la salud (cfr. aut. cit., “El derecho humano al agua y el saneamiento”, LL AR/DOC/5425/2010).

Es así que el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 11, párrafo 1, dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Mirta Liliana Bellotti señala que de este artículo emanan un número de derechos, que son indispensables para la realización de un nivel de vida adecuado, encontrándose el derecho al agua y al saneamiento claramente dentro de la categoría de garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en tanto son una de las condiciones fundamentales para la supervivencia, además de estar inextricablemente relacionados con el derecho al estándar de salud más alto alcanzado reconocido en el artículo 12 del Pacto (cfr. aut. cit., “El derecho al agua y al saneamiento, derechos humanos fundamentales”, LL AR/DOC/1633/2011).

Y este carácter de derecho humano fundamental ha sido expresamente reconocido y precisado en su contenido por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 15 (noviembre de 2002) sobre el derecho al agua referido al art. 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “El derecho humano al agua atribuye a toda persona el derecho a tener acceso a agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y adquirible para el uso personal y doméstico. Una cantidad adecuada de agua salubre es necesaria para prevenir la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para ser proporcionada para el consumo, los alimentos y los requerimientos de higiene personal y doméstica”.

Del párrafo transcrito se desprenden los componentes del derecho al agua: a) disponibilidad de agua de modo suficiente y continuo; b) calidad del agua: ésta debe ser salubre, lo que importa que esté libre de micro organismos y sustancias químicas; c) accesibilidad física de los servicios de agua, recordando que se considera tal cuando éstos se encuentran en el interior de cada hogar, institución educativa y lugar de trabajo, o en su cercanía inmediata; d) accesibilidad económica de los servicios de agua; e) no discriminación e inclusión de grupos vulnerables y marginados; f) participación y acceso a la información, la que debe ser total e igualitaria en materia de agua, saneamiento y medio ambiente; g) responsabilidad, que importa contar con recursos judiciales efectivos, o de otro tipo, para las personas o grupos a los que se les niegue su derecho al agua (cfr. Bellotti, Mirta Liliana, op. cit.).

Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció, el 28 de julio de 2010, el acceso al agua potable como un derecho humano básico; a la vez que insta, en su resolución, a todos los países y organizaciones internacionales a aportar recursos financieros y tecnología para lograr un acceso universal poco costoso al agua potable y al saneamiento.

Entiendo conveniente citar las palabras de la representante argentina ante dicha asamblea (Ministra Ana María Bianchi), con el objeto de poner de manifiesto el compromiso de la República Argentina con esta cuestión: “La Argentina entiende que es una de las responsabilidades principales de los Estados asegurar a sus habitantes el derecho al agua como una de las condiciones fundamentales para garantizar el derecho a la vida y para





asegurar un nivel de vida adecuado”.

III.- Partiendo de este marco conceptual, va de suyo que la resolución recurrida debe ser confirmada en lo principal.

Encontrándonos ante el resguardo de un derecho humano fundamental o básico, en tanto es presupuesto esencial de otros derechos tales como el derecho a la vida y a la salud, debe el Estado garantizarlo más allá de las objeciones formales, financieras, de conveniencia y/o de cualquier otra índole.

Advierto que ninguno de los apelantes cuestiona la base fáctica considerada por la a quo, y que es la que determina la existencia de la verosimilitud del derecho invocado: quién venía proveyendo de agua potable a los habitantes de la zona denominada Puesto Guzmán –la Municipalidad de Neuquén- anunció el cese de la prestación, en tanto ese sector se encuentra fuera del ejido municipal de la comuna referida, y por entender agotados los recursos presupuestarios destinados a tal fin. En otras palabras, los habitantes de la zona denominada Puesto Guzmán iban a encontrarse privados del acceso al agua potable.

Tal situación, por sí misma, demuestra no sólo la existencia de la verosimilitud del derecho invocado, como ya lo señalé, sino también el peligro en la demora toda vez que se trata de la privación del acceso al agua potable, aspecto comprendido dentro del derecho humano fundamental al agua.

Luego, y si bien es cierto que esta Sala II sostiene que, en principio, cuando se trata de una medida cautelar innovativa –tal el supuesto de autos respecto de los apelantes- corresponde la sustanciación previa de la petición, abreviando los términos de acuerdo con la urgencia de la situación, lo cierto es que el derecho comprometido en autos y la irreparabilidad del daño que se puede ocasionar a la parte actora justifica la adopción de la medida cautelar inaudita parte, y sin perjuicio, claro está, del cuestionamiento posterior, conforme sucede ahora.

Esta posición coincide con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la procedencia de medidas cautelares como medio de evitar la inminente privación de un recurso natural que deviene ineludible para garantizar el derecho a la vida, primero de los derechos de rango constitucional (cfr. Fallos 331:453; 329: 4.918; 329:2.552, entre otros).

No paso por alto que la medida adoptada por la a quo constituye un adelanto de jurisdicción y que se confunde con el objeto de la pretensión principal, pero conforme lo hemos señalado en el mismo precedente que cita la codemandada Ente Provincial de Agua y Saneamiento (“Soto Hermosilla c/ Ente Provincial de Agua y Saneamiento”, inc. 1.727/2016, P.I. 2016-I, n° 63), “Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser tachada de prematura (lo que es el basamento del prejuzgamiento). Y provocada la obligación de la respuesta judicial, ante la concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento) (conf. Fallo antes citado de la Sala I).

“Es que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que —so pretexto de incurrir en prejuzgamiento— un juez pueda denegar una medida cautelar. Así, sostuvo:

“...9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones —como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa— existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar —mediante esa vía— un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

“12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado” (cfr. CSJN, “Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros”).

“Y es pertinente aquí traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en tanto reconoce la posibilidad de que “...la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos perjuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia...” pero al mismo tiempo considera: “...todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse...” (citado por Meroi, Andrea, “Imparcialidad del Juez y Medidas Cautelares”).

A ello agrego que, conforme lo postulan Augusto M. Morello y Néstor A. Cafferatta, lo anticipatorio y preventivo está justificado de por sí cuando se trata de la tutela efectiva de los derechos fundamentales; y si hay riesgos y el peligro de daño es inminente, la seguridad previsible obliga antes y no después a impedir los daños y en todo caso a contar —a cargo del que los provoca- con las fuentes de financiamiento oportunas y



funcionales (cfr. aut. cit., “Las medidas cautelares hoy”, en “Summa Ambiental”, Ed. Abeledo-Perrot, 2011, T. II, pág. 1.269/1.270).

De lo dicho se sigue que han de rechazarse los agravios referidos a la ausencia de los requisitos propios de las medidas cautelares, y la necesidad de sustanciación previa.

IV.- La codemandada Ente Provincial de Agua y Saneamiento cuestiona que se la obligue a la prestación del servicio de agua potable, con fundamento en que la zona de Puesto Guzmán se encuentra fuera del radio servido por el organismo, en los problemas que ello importa dado que no existe red alguna en cercanías del lugar y en el peligroso precedente que representa para el organismo la medida ordenada.

Este agravio no puede prosperar.

El art. 2° de la ley 1.763 –mediante la cual se crea el Ente Provincial de Agua y Saneamiento- dispone: “La gestión del Ente estará dirigida a satisfacer el interés general de la población en materia de saneamiento mediante el abastecimiento de agua potable, recolección y tratamiento de líquidos cloacales y residuales. En función de ello regulará sus inversiones y proveerá a la racional expansión, dimensionamiento y utilización de sus instalaciones, procurando el adecuado abastecimiento del servicio al menor costo posible...”; en tanto que el art. 3° de la misma norma, otorga al ente que crea, entre otras, las siguientes funciones: a) planificar, estudiar, proyectar, construir, comprar, transferir, renovar, ampliar y explotar sistemas de tratamiento y provisión de agua; b) captar, transportar, distribuir, comprar y vender agua.

Dado la finalidad con la que fue creado el Ente Provincial de Agua y Saneamiento, y las funciones que tiene a su cargo no tengo dudas de que este organismo es el que el legislador provincial ha habilitado para brindar el servicio de agua potable a la población de la Provincia del Neuquén –sin perjuicio que igual tarea asuman los estados municipales u otros entes-, por lo que, en principio, y en atención al estado en que se encuentra la causa, aparece como responsable de garantizar el derecho humano al agua potable o salubre.

El hecho que la zona denominada Puesto Guzmán no sea un área servida por el organismo apelante, y la lejanía de la red más cercana al lugar tampoco son cuestiones que justifiquen eximir al E.P.A.S. del cumplimiento de la medida cautelar dispuesta en estas actuaciones. En primer lugar, porque sería muy fácil para cualquier ente público deslindar responsabilidades escudándose en omisiones del mismo organismo. De ese modo, bastaría con no cumplir con la finalidad legal del ente para declararse irresponsable. Ello no es así, el E.P.A.S. tiene la obligación legal de cumplir con el suministro de agua potable a los pobladores de Puesto Guzmán, y el hecho que no haya realizado ninguna obra tendiente a llevar el servicio a su cargo a dicho lugar no la exime de cumplir con su deber aunque sea del modo en que ha sido dispuesto por la a quo: con camiones cisternas que llevan el agua a la población del lugar.

Luego, queda dentro de las facultades discrecionales del organismo evaluar la conveniencia de construir una red y demás obras que se requieran para brindar una mejor provisión de agua potable a Puesto Guzmán, pero, reitero, lo que no puede hacer es no brindar el servicio.

En cuanto a la lejanía de la red de agua, en atención al modo en que debe cumplirse la medida (provisión mediante camiones cisterna), no tiene ninguna relevancia para la controversia planteada ante la Alzada.

En definitiva, se rechaza la apelación planteada por el Ente Provincial de Agua y Saneamiento.

V.- Resta por analizar la apelación de la codemandada Provincia del Neuquén, parte que ha opuesto su falta de legitimación pasiva.

Si bien como lo destaca María Angélica Gelli (“Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, 2011, T. II, pág. 625), en virtud de la manda del art. 128 de la Constitución Nacional, cabe a los gobernadores, como jefes de los estados locales, cumplir en el ámbito de las provincias con los mandatos del bloque de constitucionalidad que incluyen los Tratados de Derechos Humanos, lo cierto es que al solo efecto de la medida cautelar la inclusión de la Provincia del Neuquén en el orden de provisión de agua potable resulta innecesaria.

Ello así porque se encuentra comprendido en la cautelar, junto con la Municipalidad de Neuquén, el ente autárquico que por mandato del legislador de la Provincia tiene a su cargo la prestación del servicio comprometido, por lo que el cumplimiento de la medida provisional se encuentra asegurado.

Lo dicho no importa abrir juicio sobre la legitimación pasiva de la Provincia del Neuquén para estar en juicio en estos obrados, cuestión que debe ser resuelta por la jueza de grado.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación del Ente Provincial de Agua y Saneamiento, y hacer lugar parcialmente y en la medida de los Considerandos a la apelación de la codemandada Provincia del Neuquén.

En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio apelado, excluyendo a la Provincia del Neuquén de la condena al cumplimiento de la medida cautelar, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al Ente Provincial de Agua y Saneamiento, y las generadas por el planteo de la Provincia del Neuquén se distribuyen en el orden causado, en atención al modo en que se ha resuelto la cuestión (arts. 69 y 68, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

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.- Modificar parcialmente la resolución de fs. 24/26, excluyendo a la Provincia del Neuquén de la condena al cumplimiento de la medida cautelar, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.
  - II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia al Ente Provincial de Agua y Saneamiento, y las generadas por el planteo de la Provincia del Neuquén se distribuyen en el orden causado, en atención al modo en que se ha resuelto la cuestión (arts. 69 y 68, CPCyC).
  - III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.
  - IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.
- Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI  
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"CAMPAS ANDREA SILVINA Y OTRO C/ MAYANS JAVIER MARCELO Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 512426/2016) – Interlocutoria: 24/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION. EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. OPORTUNIDAD PROCESAL. EXTEMPORANEIDAD.

- 1.- Corresponde revocar el resolutorio que rechaza la excepción de prescripción y diferir su tratamiento, en esta causa en la que los actores reclaman, como pretensión principal, la reparación de los daños y perjuicios por la invasión producida en el inmueble de su propiedad por una pared construida desde el inmueble de los demandados; y, en forma subsidiaria, pretenden la demolición de la construcción invasora, toda vez que la prueba incorporada a la causa hasta este momento impide la resolución de la prescripción opuesta con carácter de previo y especial pronunciamiento, ya que no solamente se necesita verificar el reconocimiento de la invasión del terreno lindero por parte de los demandados, sino que también deben concurrir actos concretos tendientes a admitir el derecho de los actores, por lo que hasta tanto no se diligencie la prueba oportunamente ofrecida, principalmente la informativa propuesta en la demanda, no se cuenta con elementos suficientes para adoptar una decisión sobre esta cuestión.
- 2.- No se puede resolver sobre la excepción de falta de legitimación pasiva hasta tanto se decida ante que clase de acción o acciones nos encontramos.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CAMPAS ANDREA SILVINA Y OTRO C/ MAYANS JAVIER MARCELO Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PARTICULARES", (Expte. N° 512426/2016), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

CONSIDERANDO:

- I.- La parte demandada planteó recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 126/128, que rechaza la excepción de prescripción de la acción y de falta de legitimación pasiva, con costas al vencido.



a) La recurrente se agravia por el rechazo de sendas excepciones.

Dice que los daños y perjuicios reclamados no son ni serán indemnizables por los demandados en el modo y extensión pretendidos, y que no obstante advertir la a quo que se trata de una acción personal para nada clara a los fines del reclamo de pago de la franja de lote invadida, aparece como sostén de la decisión, tangencialmente, la subsidiaria pretensión de demolición, sin poner de manifiesto que esta última pretensión de ninguna manera es subsidiaria de una acción personal, pues la demolición sólo es posible en el marco de una acción real y/o de defensa a la turbación del derecho de dominio, por lo que menos resulta atendible en el caso de una invasión histórica, como surge de la documentación aportada.

Sigue diciendo que mantener a los demandados en la condición de sujetos pasivos de esta clase de acción genera inseguridad jurídica ya que semejante reconocimiento judicial a favor de los actores importa que, tanto ellos como los sucesivos adquirentes del inmueble de su propiedad podrían reiterar el reclamo de autos ad infinitum, toda vez que al ser una acción personal cada nuevo dueño estaría habilitado para demandar ser indemnizado por las consecuencias de la invasión. Agrega que ello vulnera palmariamente los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional.

Insiste en que la condición de titulares registrales no habilita la acción personal que intentan los actores, ya que los demandados ni han generado la invasión ni han vendido un lote de menor dimensión al querido.

Con relación a la excepción de prescripción manifiesta que no obstante quedar establecido que el inicio del cómputo de la misma es el mes de marzo de 2009 y la asignación del caso al Código Civil (art. 4.037), se fuerza la vigencia de la acción determinando el carácter interruptivo al hecho de regularizar los planos en el mes de julio de 2014, mediante suscripción conjunta de documentación.

Sostiene que no hay ningún acto de reconocimiento de deuda, ni de derecho de los actores, ni voluntad de indemnizar, porque el acto de reconocimiento debe ser expreso; y si se tratara de evaluar un reconocimiento tácito, ello debe ser materia de prueba, caso contrario nos encontraríamos ante un prejuizamiento.

Señala que la jueza de grado asigna a la realización de la mensura una valoración extraña y muy distinta a la vertida en la contestación de la demanda, ya que la suscripción no fue, en el caso de los demandados, la solución a ningún conflicto como tampoco una diferencia a zanjar, sino que en modo contrario a lo afirmado en el resolutorio recurrido, fue el modo en que quedaba legalmente plasmado el reconocimiento de los actores a la prescripción adquisitiva en favor de los demandados.

Reitera que el suscribir los planos no importó en ningún momento reconocer en cabeza de los actores derecho a reclamo dinerario, el que recién aparece con la carta documento de fecha 3 de agosto de 2014.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 132/141 vta.

Señala, en primer lugar, que el recurso no reúne los estándares de admisibilidad, adoleciendo de generalidad, vaguedad y orfandad argumental, por lo que no puede ser considerado como un acrítica razonada y concreta del fallo apelado. Cita jurisprudencia.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que la jueza de grado, al rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva no hizo más que reconocer una situación jurídica que, además, había sido previamente reconocida por la recurrente al momento de contestar la demanda.

Entiende que surge prístina la calidad de los demandados de propietarios inscriptos en un registro público del inmueble lindero al que titularizan los actores, sito en calle ... de esta ciudad, condición acreditada con el certificado de dominio expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble.

Agrega que, conforme lo destacó la jueza de primera instancia, los demandados resultan ser sucesores singulares de su antecesor dominial, al igual que los actores respecto de sus transmitentes, con los alcances previstos en los arts. 398, 399, 400, 1.906 y concordantes del Código Civil y Comercial; en tanto esta situación jurídica convierte tanto a los actores como a los demandados en titulares del derecho real de dominio, y también de todos los derechos y acciones consiguientes. Argumentan los actores que este es el efecto de extensión activa y pasiva a la que refiere el art. 1.204 del Código Civil y Comercial.

Afirma que bajo esta premisa, el solo hecho de la adquisición por parte de la señora Campas y del señor Yeri de la parcela que les vendiera el señor Carlos Alberto Reta los ha convertido en sucesores singulares –activa y pasivamente- de todos los derechos y acciones que titularizada sobre el inmueble, entre ellas, las acciones destinadas a la defensa de sus atributos como, en este caso, la perpetuidad, la exclusividad y su carácter excluyente.

Sostiene que los demandados compraron un inmueble a sabiendas de que estaba invadiendo a la parcela que luego fuera adquirida por los actores, ello con bastante anterioridad a la adquisición por parte de los accionantes y con tiempo bastante suficiente para aspirar a una declaración judicial de prescripción adquisitiva que nunca antes, sino hasta este juicio, plantearon ante un juez. Destaca que este derecho se extinguió en cabeza de los demandados al negociar con los actores la compra de la parte invadida, y al suscribir y registrar en conjunto con los demandantes el plano de mensura y subdivisión que obra en el expediente n° 5824-11227/14 de la Dirección Provincial de Catastro y Ordenamiento Territorial.

Concluye en que existe una relación sustancial que vincula a las partes de este juicio, la que tiene origen en la cadena dominial que los ha precedido.



Destaca que nunca la jueza de grado ha dicho que la acción entablada es una acción personal.

En lo referente a la excepción de prescripción, manifiesta que, más allá de cuando situemos el comienzo de los hechos dañosos, lo cierto es que aquí estamos ante un supuesto de hecho (la invasión) que no ha cesado de producir sus efectos dañosos, los que se siguen ocasionando. Reitera que el hecho de la invasión surge a diario sus efectos dañosos, lo que determina que no resulte posible establecer el comienzo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria consiguiente.

Entiende que, además, la existencia de negociaciones previas entre las partes destinadas a zanjar el conflicto, plasmadas en una actuación (plano) firmada en conjunto y presentada para su registro provisorio en un organismo público habla, sino de interrupción de la prescripción, de una abdicación de la misma con neutralización de plazos para deducir acciones.

II.- Los actores de autos reclaman, como pretensión principal, la reparación de los daños y perjuicios por la invasión producida en el inmueble de su propiedad por una pared construida desde el inmueble de los demandados; y, en forma subsidiaria, pretenden la demolición de la construcción invasora.

En la contestación de la demanda los demandados han reconocido la existencia de la invasión, aunque argumentan que no fueron ellos quienes efectuaron la construcción, sino que ella ya existía en oportunidad de adquirir el inmueble; planteando como defensa de fondo la prescripción adquisitiva a su favor de la parcela invadida.

Partiendo de estos términos es que habré de analizar el recurso de apelación.

Si bien es cierto que el memorial de la recurrente tergiversa e ignora algunos aspectos del fallo de grado, entiendo que mínimamente reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

III.- La a quo ha abordado el tratamiento de las excepciones opuestas como de previo y especial pronunciamiento comenzando por la de prescripción, por un orden lógico, ya que si no existe acción vigente mal puede hablarse de falta de legitimación pasiva, por lo que he de respetar tal orden, alterando, entonces, la exposición de los agravios planteados.

El fallo recurrido ha establecido que el término de la prescripción de la acción de autos es de dos años por aplicación del art. 4.037 del Código Civil –normativa aplicada por la a quo en atención a la fecha de los hechos-, y sobre ello no existe agravio de las partes.

La queja de la demandada se centra en el efecto interruptivo del plazo de prescripción que la a quo ha otorgado a la firma del plano de mensura y su posterior ingreso en un organismo público para su tratamiento, en los términos del art. 3.989 del Código Civil, fijando la sentencia cuestionada la fecha de este acto interruptivo en julio de 2.014, extremo este último que llega firme a la Alzada.

Tampoco ha sido cuestionado por los litigantes, encontrándose, por ende, firme y consentido que la invasión fue o debió ser conocida por los actores desde el momento de la suscripción de la escritura traslativa de dominio, en el mes de marzo de 2009.

Por ello, la aplicación que del art. 2.014 del Código Civil ha hecho la a quo no es correcta por cuanto para que opere la interrupción de la prescripción resulta necesario que, al momento del acto interruptivo, el plazo de prescripción se encuentre vigente. En otras palabras, el reconocimiento debe ser efectuado con anterioridad al cumplimiento del plazo de prescripción (cfr. Trigo Represas, Félix A., “Código Civil Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. “Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles”, pág. 452).

En tanto que si el término de la prescripción comenzó a correr en el mes de marzo de 2009 –conforme lo han consentido las partes-, el mismo venció y la prescripción operó en el mes de marzo de 2011. Luego, no había término de prescripción vigente a abril de 2014 (fecha del acto catalogado como interruptivo) y la acción se encontraba prescripta en oportunidad de plantearse la demanda de autos (13 de abril de 2016, fs. 70).

Ahora bien, la parte actora, al contestar el traslado de la excepción de prescripción, planteó la existencia de renuncia de la prescripción cumplida por parte de los demandados, como consecuencia de las tratativas extrajudiciales llevadas a cabo para arribar a una solución del conflicto, insistiendo en esa postura al contestar el traslado de la expresión de agravios.

La renuncia de la prescripción es un acto jurídico unilateral por el cual el deudor abdica voluntariamente del poder jurídico de invocarla, dejando plenamente subsistente y eficaz la relación jurídica respecto de la cual aquella había corrido (cfr. Calvo Costa, Carlos A., “Prescripción extintiva o liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL sup. esp. Nuevo Código Civil y Comercial –noviembre 2014-, pág. 237).

El Código Civil de Vélez Sarsfield se refería a la renuncia a la prescripción cumplida en su art. 3.965: “Todo el que puede enajenar, puede remitir la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo”.

Doctrina y jurisprudencia son contestes en que la renuncia de la prescripción cumplida es un acto no formal, que puede tener lugar tanto expresa como tácitamente, pero, en este último supuesto, es necesario que ella resulte inequívocamente de las circunstancias comprobadas, y en el caso de duda debe estarse por la inexistencia de la renuncia (cfr. Trigo Represas, Félix A., op. cit., pág. 343/345).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que cuando el deudor reconoce la existencia del derecho y de la correlativa obligación de indemnizar, ello implica una clara renuncia a la prescripción ya ganada.

Textualmente sostiene la Corte Federal: “Toda vez que la obligación de indemnizar ha quedado reconocida en principio ... ese reconocimiento y la oferta consiguiente de arribar a una solución equitativa, demuestran claramente la intención de renunciar a los beneficios de la prescripción, pues son incompatibles con el propósito de emplear esa defensa” (autos “Faifman c/ Estado Nacional”, 10/3/2015, LL 2015-C, pág. 193, con cita





del precedente obrante en Fallos 135:310).

Parecidos términos encontramos en las resoluciones de los tribunales inferiores, las que siempre aclaran que el solo reconocimiento del derecho no importa renuncia de la prescripción ganada, ya que la renuncia no se presume y en definitiva se trata de una obligación natural que puede ser admitida válidamente en el fuero de la conciencia, reservándose el deudor la posibilidad de solventarla cuando él lo decida espontáneamente; sino que se requiere que en los hechos el deudor asuma una conducta que importe admitir el derecho del acreedor de exigirle coactivamente el cumplimiento de la obligación (cfr. Cám.Nac. Apel. Civil, Sala G, “Cons. Prop. C.L. c/ T., A.A.”, 24/6/2014, LL AR/JUR/33497/2014; ídem., Sala F, “Barreira c/ Liquid Carbonic S.A.”, 2/4/1987, LL 1987-D, pág. 131; Cám. Apel. Civ. y Com. Mercedes, “Campaña c/ Lanzillotta”, 7/3/1995, LL AR/JUR/956/1995).

Conforme surge de lo manifestado, la prueba incorporada a la causa hasta este momento impide la resolución de la prescripción opuesta con carácter de previo y especial pronunciamiento, ya que no solamente se necesita verificar el reconocimiento de la invasión del terreno lindero por parte de los demandados, sino que también deben concurrir actos concretos tendientes a admitir el derecho de los actores, por lo que hasta tanto no se diligencie la prueba oportunamente ofrecida, principalmente la informativa propuesta en la demanda, no se cuenta con elementos suficientes para adoptar una decisión sobre esta cuestión.

La resolución de primera instancia, en este aspecto, deviene, entonces, extemporánea por prematura.

IV.- Igual sucede respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva.

Dada las características de la acción entablada en esta causa: pretensión principal resarcitoria, y subsidiaria de demolición de la construcción invasora, no se puede, en esta etapa procesal, resolver la cuestión.

Es que, en principio, la aptitud procesal para estar en juicio cuando se reclama la reparación de los daños y perjuicios está dada por la autoría del daño o por la obligación legal de responder por los perjuicios ocasionados; en tanto que, tratándose de acciones reales, dicha aptitud se vincula con la titularidad del dominio.

En autos no se encuentra clarificado el ámbito procesal en el que nos encontramos situados, toda vez que la a quo no se ha expedido al respecto, reconociendo la ausencia de claridad en el planteamiento de la acción, pero sin decidir concretamente sobre el punto.

De ello se sigue que no se puede resolver sobre la excepción de falta de legitimación pasiva hasta tanto se decida ante que clase de acción o acciones nos encontramos.

V.- Por tanto, propongo al Acuerdo revocar el resolutorio apelado y diferir el tratamiento de las excepciones de prescripción liberatoria y de falta de legitimación pasiva opuestas por la parte demandada para el momento del dictado de la sentencia definitiva.

Dado que la jueza titular del Juzgado Civil y Comercial n° 4 ha emitido opinión sobre las excepciones opuestas, corresponde apartarla del conocimiento de la presente causa, debiendo intervenir en ella el titular del juzgado con igual competencia material que le siga en orden de numeración ascendente, con noticia a la Receptoría General de Expedientes.

En atención al modo en que se ha resuelto la apelación, las costas por la actuación en ambas instancias se imponen en el orden causado (arts. 68, 2da. parte y 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II.

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs.126/128, y en consecuencia, diferir el tratamiento de las excepciones de prescripción liberatoria y de falta de legitimación pasiva opuestas por la parte demandada para el momento del dictado de la sentencia definitiva.

II.- Apartar la jueza titular del Juzgado Civil y Comercial n° 4 del conocimiento de la presente causa, debiendo intervenir en ella el titular del juzgado con igual competencia material que le siga en orden de numeración ascendente, con noticia a la Receptoría General de Expedientes.

III.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2da. parte y 69, CPCyC).

IV.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



**"GUEVARA MARIELA VANESA C/ OBRA SOCIAL CAMIONEROS TR. AUTO S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 470192/2012) – Sentencia: 05/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. ALTA MÉDICA. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. DEBER DE OCUPACION. LEY DE EMPLEO. EMPLEO REGISTRADO. INDEMNIZACION POR DESPIDO. INDEMNIZACION AGRAVADA. MORIGERACION. FACULTADES DEL JUEZ.

- 1.- Es justificado el despido indirecto decidido por la actora, pues la decisión de la empleadora de convocar a una junta médica para que evalúe la situación de la trabajadora, con posterioridad a la comunicación del alta médica otorgada por el profesional tratante, y sin que la demandada contara con ninguna opinión técnica en contrario (por ejemplo, del médico de la obra social demandada) resulta improcedente y violatoria del deber de otorgar ocupación efectiva.
- 2.- No puede determinarse la existencia de una arbitraria apreciación de los dichos de los testigos por parte del juez de grado, teniendo en cuenta que la sentencia apelada no determina la existencia de los pagos “en negro” solamente con base en los testimonios de autos, sino que también ha considerado que la actora reclamó la correcta registración de su salario, denunciando la percepción de la suma de \$ 1.500,00 mensuales sin recibos, desde el intercambio postal y no con la demanda, y en la complejidad de las tareas que desarrollaba la actora –reconocida por ambas partes-, y la falta de precisión del agravio de la demandada sobre esta cuestión.
- 3.- En tanto la relación laboral de autos se encontró registrada, no corresponde la aplicación del art. 8 de la ley 24.013, y tampoco resulta procedente la condena en los términos del art. 10 de la ley 24.013 ya que la demandante no reclamó esta sanción, y, por ende, la misma no conformó el objeto de la litis, importando, entonces, la decisión del a quo fallar extra petita. Por ende, lo actuado por el juez de grado no se encuentra amparado, ni en la regla iura novit curia, ni en la facultad establecida en el art. 40 de la ley 921. Consecuentemente corresponde dejar sin efecto la condena al pago de la multa prevista por el art. 10 de la ley 24.013.
- 4.- La morigeración del agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323, constituye una facultad privativa de la magistratura, quién decide si la ejerce o no, de acuerdo con las circunstancias de la causa.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GUEVARA MARIELA VANESA C/ OBRA SOCIAL CAMIONEROS TR. AUTO S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE HABERES”, (Expte. N° 470192/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 279/286, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La parte actora se agravia por el monto considerado por el a quo como mejor remuneración normal y habitual a los efectos del cálculo de la indemnización de ley.



Dice que el monto considerado por el juez de grado no es correcto ya que del recibo acompañado, y corroborado por la prueba pericial contable surge que la mejor remuneración asciende a la suma de \$ 6.101,45, la que se corresponde con el salario del mes de septiembre de 2011. Agrega la apelante que si a este monto se suma el importe percibido “en negro” de \$ 1.500,00, la mejor remuneración mensual, normal y habitual es de \$ 7.601,45.

Sigue diciendo que también existe un erróneo cálculo de las diferencias salariales, toda vez que de acuerdo con lo que surge de la prueba pericial contable, el monto total de estas diferencias es de \$ 24.356,90 y no el que consta en la sentencia de primera instancia.

Argumenta respecto de la fuerza probatoria del dictamen pericial, con cita de doctrina y jurisprudencia.

Señala que como consecuencia de haber tomado una errónea remuneración como la mejor, la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT asciende a la suma de \$ 45.609,90 y no la que figura en la sentencia recurrida; al igual que ocurre con la liquidación del preaviso y su SAC, con la integración del mes del despido y los restantes rubros por los que ha progresado la demanda.

b) La parte demandada se agravia porque el a quo tuvo por justificada la situación de despido indirecto en que se colocó la trabajadora.

Dice que el art. 78 de la LCT indica que el empleador deberá garantizar al trabajador la ocupación efectiva, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones y sostiene que existe una apreciación parcial del juez de grado cuando concluye en que la protección del equilibrio psicofísico de la actora radica pura y exclusivamente en la obligación de otorgarle tareas con los recaudos necesarios para evitar un ambiente tenso, en perjuicio de otros elementos que se encuentran involucrados, tales el embarazo denunciado por la propia trabajadora.

Sigue diciendo que el profesional que otorgó el alta en ningún momento hace mención a la situación del feto, sin perjuicio de señalar que la actora continuaría su tratamiento.

Se pregunta como se pueden otorgar tareas a una trabajadora cuando nada dice el certificado respecto de que labores puede desarrollar, y si ello puede llegar a influir en el embarazo y hasta que grado.

Entiende que todo lo dicho no hace más que justificar la necesidad de recurrir a una junta médica posterior al alta.

Concluye en que su parte no esperó intencionalmente el alta médica para dilatar la prestación de tareas; que la junta médica si bien no está prevista en la ley, se encuentra dentro de las facultades que mantiene la empleadora.

Afirma que la actora intima el día 4 de mayo (viernes), y frente a la primera respuesta de la demandada, fechada el día 9 de mayo (miércoles) de constituir una junta médica para evaluar la situación, con fecha 11 de mayo (viernes) hace efectivo el apercibimiento comunicado y se considera despedida.

Entiende que no hubo, de parte de la actora, intención de mantener la fuente de trabajo, siendo apresurada la efectivización del apercibimiento, demostrando que la única intención de la demandante era la percepción de las indemnizaciones.

Destaca que nunca se sostuvo dentro de este trámite que la trabajadora no iba a cobrar su sueldo, ya que existía duda respecto de la calificación del feto como carga de familia a los fines de evaluar el período de licencia paga por enfermedad.

Manifiesta que frente a la falta de prestación de tareas y la conservación del trabajo hay un principio del que no se ha hablado y es el principio de la salud, tanto de la madre como del bebé, y ello fue lo que primó para la demandada, que justamente es una institución que vela por la protección de ese derecho.

También se agravia porque la sentencia de grado ha acogido el reclamo referido a la percepción de parte de la remuneración “en negro”, por la suma de \$ 1.500,00 mensuales, considerando que el magistrado de primera instancia no valoró correctamente los dichos de los testigos que declararon en autos.

Destaca que el informe pericial liquida la suma de \$ 1.500,00 con fundamento en los dichos de la actora.

Se queja de la aplicación de la multa del art. 10 de la ley 24.013 con base en la regla iura novit curia y de que el juez de grado no morigeró la multa del art. 2 de la ley 25.323.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la accionada a fs. 303/306.

Denuncia que el memorial de la demandada no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate la queja de su contraria.

Dice que la actora cumplió con el deber de comunicar la enfermedad y el alta médica, y recuerda que el a quo ha dicho que encuentra improcedente la necesidad de hacer la determinación de las aptitudes laborales de la actora después del alta médica, sin fundar en opinión médica y sin reconocer el derecho a la ocupación efectiva, más aún cuando se reconoce que el ambiente de trabajo es el causante de la afección.

Luego, y con relación a las sumas percibidas “en negro”, la actora señala que la demandada cita los testimonios de los testigos, pero no dice el porqué de su incorrecta apreciación. Igual ausencia de crítica encuentra en la queja referida a la aplicación de la multa del art. 10 de la ley 24.013 y la de art. 2 de la ley 25.323.

d) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos planteados por las partes de autos, asiste razón, aunque parcialmente, a la parte actora respecto a que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, aunque no con relación a todos los agravios.



En lo que concierne a la causa de la situación de despido indirecto en que se colocó la trabajadora, no se discute en esta instancia lo dicho por el juez de grado en orden a que los motivos de la ruptura unilateral del contrato de trabajo fueron dos. Por un lado, la negativa a otorgar tareas luego de comunicada el alta médica, y por el otro la omisión de registrar como parte de la remuneración de la actora la suma de \$ 1.500,00, que le era abonada mensualmente sin recibos.

El a quo ha concluido que la decisión de la empleadora de convocar a una junta médica para que evalúe la situación de la trabajadora, con posterioridad a la comunicación del alta médica otorgada por el profesional tratante, y sin que la demandada contara con ninguna opinión técnica en contrario (por ejemplo, del médico de la obra social demandada) resulta improcedente y violatoria del deber de otorgar ocupación efectiva, justificando el despido indirecto decidido por la actora.

Y sobre esta conclusión nada dice la recurrente. Los agravios de la demandada se centran en la facultad de la empleadora de preservar la salud de la trabajadora, pero olvida que el magistrado de grado expresamente le ha reconocido la facultad de contralor de la enfermedad de la actora, pero el fundamento de la condena es que esta facultad, en el caso concreto de autos, no fue ejercitada de conformidad con las prescripciones de la Ley de Contrato de Trabajo.

Textualmente dicen los Considerandos del fallo de grado: "...no respeta el principio de buena fe el empleador que no ejerce su facultad de contralor mientras dura la licencia del trabajador y espera el alta médica de éste para recién allí negar la ocupación efectiva y someter al trabajador a una Junta Médica no prevista en la legislación, sin fecha ni lugar definidos, impidiendo la prestación de las tareas y el devengamiento de salarios.

"No desconozco y comparto plenamente el derecho del empleador de determinar la aptitud física del trabajador para prestar la tarea y el de adoptar las medidas del caso para proteger su integridad psicofísica, pero estas facultades deben ejercerse dentro del marco que permite la Ley de Contrato de Trabajo y sin mengua de los derechos del trabajador".

Reitero, sobre estos argumentos la demandada guarda silencio, insistiendo sobre la existencia de la facultad, pero omitiendo toda referencia al modo en que ella fue ejercitada por la empleadora.

El agravio sobre la negativa a otorgar tareas deviene, como lo dije, desierto.

III.- Igual sucede con la crítica que ensaya la accionada respecto de la conclusión del a quo en torno a la percepción de sumas mensuales no registradas.

En primer lugar cabe destacar que la sentencia apelada no determina la existencia de los pagos "en negro" solamente con base en los testimonios de autos, sino que también ha considerado que la actora reclamó la correcta registración de su salario, denunciando la percepción de la suma de \$ 1.500,00 mensuales sin recibos, desde el intercambio postal y no con la demanda, y en la complejidad de las tareas que desarrollaba la actora – reconocida por ambas partes-.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo postula la parte actora, la demandada no ha precisado en que consiste la errónea valoración de los dichos de los testigos que afirma en su expresión de agravios.

Además, los testigos, excepto uno, fueron todos empleados de la demandada, en períodos coincidentes con la actora, y señalan la existencia de la modalidad de abonar parte de la remuneración sin debida registración, variando el importe que se percibía bajo esta modalidad de acuerdo con los sectores y tareas desarrolladas.

Luego, no encuentro que pueda determinarse la existencia de una arbitraria apreciación de los dichos de los testigos por parte del juez de grado, teniendo en cuenta la falta de precisión del agravio de la demandada sobre esta cuestión.

IV.- Asiste razón a la demandada recurrente respecto del exceso en el ejercicio de la regla iura novit curia por parte del juez de primera instancia.

La actora, en su demanda, peticionó la aplicación de la multa prevista por el art. 8 de la ley 24.013 (fs. 97 vta.), transcribiendo el precepto legal. El juez de grado, al analizar la pretensión, determina que esta multa no es procedente toda vez que los recibos de sueldo demuestran que la trabajadora se encontraba registrada, aunque con una remuneración inferior a la real. Y, en el párrafo siguiente, el a quo, aplica la multa prevista por el art. 10 de la ley 24.013 con fundamento en el principio iura novit curia.

Si bien existe jurisprudencia que admite la variación del encuadramiento legal de la sanción pretendida con fundamento en la regla iura novit curia, ella se ha dado en supuestos donde el trabajador reclamaba los agravamientos indemnizatorios previstos en la ley 24.013, los que, por distintas razones, se otorgaron con fundamento en el art. 1 de la ley 25.323 (cfr. CNAT, Sala IV, "Alfonso Núñez c/ Padilla", 28/5/2009, LL AR/JUR/15203/2009; ídem, Sala I, "Gonzalo Juarros c/ El Lab Taller de Idiomas S.R.L.", 21/2/2009, LL AR/JUR/62023/2009; ídem., Sala II, "Calviño c/ Servicio de Terapia Renal Argentina S.A.", 19/10/2010, LL AR/JUR/66266/2010). El motivo común dado por los fallos citados para este encuadramiento legal distinto al solicitado por la parte actora es que las circunstancias fácticas que brindan fundamento a ambos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas.

Por su parte la Sala VII de la misma Cámara, en autos "Dos Reis c/ Campanaro" (sentencia del 24/10/2005, citada por Sofía Andrea Keselman, "Empleo no registrado. Sanción y prueba del emplazamiento", LL 2011-F, pág. 348) consideró improcedente condenar a la demandada en los términos del art. 1 de la ley 25.323 "...si dicha petición no fue reclamada en la demanda sino con base en el rechazo de la pretensión fundada en los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, pues si bien el art. 56 de la LO autoriza al juez a fallar ultra petita, lo que la actora peticiona es la condena de una multa



que no fue reclamada lo que implica un fallo extra petita, cuya procedencia se encuentra vedada por el principio de congruencia”.

En autos, la situación es diferente a la contemplada en los precedentes citados, pues se ha hecho lugar a una multa que sanciona un presupuesto diferente al contemplado en la norma en que se fundamenta la pretensión en la demanda. Por lo que entiendo que la violación del principio de congruencia resulta más evidente que en los fallos referidos.

El art. 8 de la ley 24.013, cuya aplicación pretende la parte actora sanciona al empleador que no registrare una relación laboral, en tanto que el art. 10 de la misma ley sanciona al empleador que consignare en la documentación laboral una remuneración menor que la percibida por el trabajador.

Como bien lo señaló el juez de grado, la relación laboral de autos se encontró registrada, por lo que no corresponde la aplicación del art. 8 de la ley 24.013, luego no resulta procedente la condena en los términos del art. 10 de la ley 24.013 ya que la demandante no reclamó esta sanción, y, por ende, la misma no conformó el objeto de la litis, importando, entonces, la decisión del a quo fallar extra petita.

Por ende, lo actuado por el juez de grado no se encuentra amparado, en mi opinión, ni en la regla iura novit curia, ni en la facultad establecida en el art. 40 de la ley 921.

Consecuentemente corresponde dejar sin efecto la condena al pago de la multa prevista por el art. 10 de la ley 24.013.

V.- En cuanto a la morigeración del agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323, ello constituye una facultad privativa de la magistratura, quién decide si la ejercita o no, de acuerdo con las circunstancias de la causa; más aún cuando, como en autos, la parte interesada nada ha dicho al respecto con antelación a la expresión de agravios.

De todos modos, no se advierte que en autos existan elementos que permitan morigerar la sanción impuesta a la demandada.

VI.- He de considerar ahora la apelación formulada por la parte actora la que, en definitiva, se estructura sobre la crítica a la suma considerada en la sentencia de primera instancia como mejor remuneración mensual, normal y habitual.

Compulsadas las constancias de la causa se advierte que asiste razón a la recurrente.

En efecto, el a quo ha tomado como mejor remuneración del período a considerar para la liquidación de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, la percibida en el mes de enero de 2012. Sin embargo, dicha remuneración fue cuestionada en la demanda, por ser inferior a la que realmente debía percibir la trabajadora, en tanto se reclamaron diferencias salariales por disminución del salario en el lapso de licencia paga por enfermedad que se extendió desde noviembre de 2011 a abril de 2012.

En consecuencia la mejor remuneración mensual, normal y habitual que debe tomarse como base de liquidación de la indemnización por antigüedad es la pretendida por la apelante: septiembre de 2011 que ascendió a \$ 6.101,45, importe al que debe sumarse la suma pagada sin registro de \$ 1.500,00, lo que arroja un total de \$ 7.601,45.

Cabe señalar que la diferencia en más está dada por el pago de los rubros comida y viático especial, los que venían siendo percibidos mensual y habitualmente por la actora y que con posterioridad a septiembre de 2011, y en el período de licencia, fueron eliminados de los recibos de haberes.

No paso por alto que esos rubros –comida y viático especial- han sido abonados por la empleadora como conceptos no remunerativos, pero teniendo en cuenta que constituye salario, en palabras de Justo López, toda ventaja patrimonial que el trabajador recibe de su empleador y que reconoce su causa u origen en el contrato de trabajo, debe entenderse que la remuneración está compuesta no solamente por ingresos, sino por la evitación de egresos (cfr. Machado, José Daniel, “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. III, pág. 206/207).

De ello se sigue que los rubros en cuestión deben ser considerados a efectos de determinar cuál es la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

Este criterio amplio ya ha sido aplicado por esta Sala II, con fundamento en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Benedetti c/ YPF S.A.” (expte. n° 459.782/2011, P.S. 2016-VII, n° 204).

Luego, partiendo de la base señalada (\$ 7.601,45), la indemnización por antigüedad asciende a la suma de \$ 45.608,70; la indemnización sustitutiva del preaviso a \$ 15.202,90 y el SAC sobre preaviso a la suma de \$ 1.266,91; la integración del mes del despido a \$ 5.067,64; días trabajados del mes de mayo de 2012, a \$ 2.533,81; la diferencia por SAC del segundo semestre de 2011 a \$ 1.940,73 (teniendo en cuenta que la actora debió percibir \$ 3.800,73); la diferencia por SAC primer semestre del año 2012 asciende a \$ 1.845,79; vacaciones no gozadas año 2012, a \$ 1.824,35; la indemnización agravada del art. 182 de la LCT, a \$ 91.789,85; la multa del art. 2 de la ley 25.323, a \$ 33.573,08; la multa del art. 15 de la ley 24.013, a \$ 67.146,16; y la indemnización del art. 80 de la LCT, a \$ 22.804,35.

Pongo de manifiesto que se ha respetado lo actuado por el a quo en torno a considerar la misma base de liquidación para todos los rubros, cuestión que no fue controvertida en esta instancia.

Considerando las adecuaciones de los importes de los rubros por los que ha progresado la demanda, y la exclusión de la multa del art. 10 de la ley 24.013, el capital de condena, sin las diferencias salariales, asciende a la suma de \$ 290.604,27.

VII.- Resta por analizar la queja de la parte actora referida al importe por el que ha progresado el rubro diferencias salariales.

La crítica de la recurrente en este aspecto radica en que el juez de grado, no obstante afirmar que se atiende al informe pericial contable de autos, en realidad se aparta de él.

La crítica de la demandante no es correcta.

Del informe pericial contable de autos, tanto de la liquidación de fs. 234, como de la de fs. 235, surge que las diferencias salariales por el período





reclamado (noviembre de 2011 a abril de 2012, ambos inclusive) es de \$ 10.286,36, por lo que la conclusión de la sentencia de primera instancia es correcta y se atiende a lo informado por la perito contadora.

El yerro de la recurrente es cotejar lo percibido efectivamente por la actora en el período considerado con la mejor remuneración mensual, cotejo que puede ser correcto para practicar la liquidación final, pero no para obtener las diferencias salariales, toda vez que para este último cálculo ha de estarse al salario que debió pagarse mes a mes a la trabajadora.

Se confirma, entonces, el decisorio apelado en lo que respecta a la liquidación de las diferencias salariales.

VIII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de ambas partes. En consecuencia se modifica el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 300.890,63.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ... y ... se regulan en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su labor en la primera instancia, se fije para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de fs. 279/286, incrementando el capital de condena el que se fija en la suma de \$300.890,63.

II.- Imponer las costas de Alzada, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 71 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su labor en la primera instancia, se fije para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"LAGUZZI LISANDRO Y OTRO C/ RAINA MARIA FLORENCIA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** -  
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II –  
(Expte.: 501686/2014) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

COMPRAVENTA INMOBILIARIA. SEÑA. COMIENZO DE LA EJECUCION DEL CONTRATO.  
INTERPRETACION DEL CONTRATO. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. ARREPENTIMIENTO.

1.- Si en un contrato las partes pactaron la entrega de una suma de dinero por parte del comprador y a favor del vendedor en concepto de seña, a cuenta del precio y como principio de ejecución del contrato de compraventa, teniendo en cuenta que las disposiciones legales en materia de contratos tienen, en su mayor parte, carácter supletorio, prevaleciendo la autonomía de la voluntad de los contratantes, plasmada en las cláusulas del contrato, debe entenderse que los litigantes acordaron que el derecho al arrepentimiento existiría más allá del comienzo de ejecución del contrato. De otro modo resulta contradictorio que se otorgue una seña y se pacte las condiciones de su pérdida y devolución, si el arrepentimiento no puede ser ejercido.



2.- Comprobado que la vendedora intimó el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio antes del 17 de febrero de 2014, y la intimación fue cumplida por el comprador; el desistimiento de la demandada debe ser interpretado como arrepentimiento en la celebración del negocio jurídico.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “LAGUZZI LISANDRO Y OTRO C/ RAINA MARIA FLORENCIA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS”, (Expte. N° 501686/2014), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 173/178, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La parte recurrente se agravia por la conclusión del a quo en orden a que no se pudo acreditar el arrepentimiento de la demandada en el negocio inmobiliario que vinculara a los litigantes.

Dice que el análisis que realiza el sentenciante de grado de la prueba documental es parcial y carente de certeza, ya que omite considerar los siguientes elementos: a) en la intimación cursada por la demandada mediante telegrama colacionado de fecha 16 de enero de 2014, es ella misma quién fija como fecha límite para la escrituración del inmueble la del día 17 de febrero de 2014, prórroga que, a criterio de la recurrente, no puede ser pasada por alto no sólo por ser una manifestación de voluntad de la accionada, sino también porque nunca fue negada por esa parte; b) la respuesta a esta intimación a través de carta documento de fecha 17 de enero de 2014 fue valorada de forma parcial, ya que no se ajusta a la realidad que la actora introdujo elementos nuevos y/o distintos de lo que las partes habían pactado de forma expresa (contrato de seña) y de manera tácita (en las reuniones mantenidas, comprobadas con la prueba rendida en autos); agrega que la mención al trámite del crédito hipotecario fue solamente a título informativo y de ninguna manera se trató de imponer una condición suspensiva a lo acordado, ni la firma de la escritura quedó supeditada a la entrega efectiva del préstamo.

Agrega que el accionante cumplió en tiempo y forma e indicó el lugar y la fecha y el escribano ante el cual se iba a suscribir la escritura.

Reitera que no surge de ninguna documentación y no es avalado por ninguna prueba incorporada a la causa que el accionante haya introducido nuevas condiciones al convenio, y además, no es el actor quién prorroga el plazo de manera unilateral, toda vez que fue la propia demandada quién introdujo una modificación al otorgar un plazo mayor para que se materializara la escritura traslativa de dominio.

Entiende que no puede considerarse una actitud de buena fe por parte de la demandada que, cuando el actor le informa la fecha y la escribanía actuante, tal como requirió en su intimación y dentro del plazo establecido, considere rescindido el contrato suscripto.

Señala que tampoco existió una causa suficiente para que pueda considerarse resuelto el acuerdo.

También se agravia por la valoración que hace el juez de primera instancia de las declaraciones testimoniales.

Pone de manifiesto que los declarantes fueron partícipes director en la negociación que mantuvieron los interesados, y que lejos de considerarse que sus dichos están influidos por supuestas responsabilidades por mala praxis, o por conveniencia o desdicha, son testigos calificados que estuvieron presentes en el íter de la relación, que derivó en el contrato de seña y, a la postre, en el desistimiento y arrepentimiento de la demandada para concretar el acuerdo inmobiliario.

Destaca la explicación brindada por ambos agentes inmobiliarios en relación a la metodología de trabajo empleada por la inmobiliaria Remax, donde cada parte cuenta con el asesoramiento de un agente inmobiliario que representa sus intereses y que tiene mandato para ello, por lo que los dichos de la señora Pérez son de extrema importancia porque provienen de la persona que representaba a la demandada.

Transcribe parte de los dichos de los testigos y afirma que ni el art. 1.202 del código ni ninguna otra norma prohíbe que la misma cantidad de dinero –o la misma cosa material- pueda desempeñar la doble función de seña y a cuenta del precio. Insiste en que no existe impedimento alguno para que el dinero entregado como seña pueda luego completar la contraprestación convenida.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 193/194.

Señala que no existe un agravio concreto, sino que el memorial trasluce la disconformidad de la parte con la decisión del a quo.

Afirma que de la prueba rendida no surge el arrepentimiento de la demandada, destacando que el contrato nada dice sobre un crédito, siendo las fechas claras y taxativas.

Sostiene que los testigos ofrecidos por la parte actora tienen claros intereses en la causa, no sólo porque por la realización de la venta cobran comisión, sino que tienen gran responsabilidad en la interlocución entre las partes contratantes.

Dice que la demandada no sabía de la existencia de un crédito hipotecario.

Agrega que la necesidad de contar con un crédito hipotecario modificó unilateralmente aspectos esenciales del acuerdo, y deja en claro que no



hubo arrepentimiento de la demandada.

Cita el testimonio de la señora Pérez.

Sigue diciendo que, desde el punto de vista jurídico, para la aplicación del art. 1.202 del Código Civil de Vélez Sarsfield es necesario el arrepentimiento de una de las partes.

Sostiene que si se habla de seña confirmatoria, debió encuadrarse la acción como un incumplimiento contractual, cuestión que no fue planteada por la parte actora.

Considera que se encuentra probado que la necesidad de un crédito hipotecario y la pertinente prórroga en la operatoria fue un elemento sobreviniente al negocio.

Insiste en que los testigos que son agentes de Remix están comprendidos por las generales de la ley.

II.- En autos las partes han suscripto el documento que obra a fs. 156/157, el que no se trata de un convenio de seña o contrato de seña, como lo titulan los contratantes, sino de un contrato de compraventa de un inmueble.

En tanto el mismo texto del contrato afirma que los compradores –hoy actores- entregan la suma de \$ 87.000,00 “en concepto de seña, a cuenta del pago de precio y como principio de ejecución del contrato”, va de suyo que debe existir el acuerdo de voluntades madre o principal, que es el contrato de compraventa.

La cláusula CUARTA del contrato en cuestión dice: “Para el caso en que el comprador desista de la operación o no se pronuncie con respecto a la misma, perderá la suma entregada en este acto en concepto de indemnización y sin necesidad de interpelación o notificación judicial o extrajudicial alguna. Para el caso en que el vendedor desista de la operación o no se pronuncie con respecto a la misma deberá devolver la suma recibida en este acto con más un importe equivalente al cien por ciento (100%) de la suma que le fue entregada en concepto de indemnización y por todo daño y perjuicio ocasionare su conducta, sin necesidad de interpelación o notificación judicial o extrajudicial alguna” (SIC).

La parte actora entiende que ha mediado arrepentimiento o desistimiento de la compraventa por parte de la vendedora y reclama la devolución doblada de la seña entregada. Por su parte la demandada –vendedora en el negocio de referencia- sostiene que el contrato quedó sin efecto por la conducta de la compradora, quién incorporó en el negocio elementos nuevos, concretamente la necesidad de contar con un crédito hipotecario para cancelar el saldo del precio.

Entiendo que asiste razón al recurrente en orden a la valoración del material probatorio que se ha hecho en la sentencia impugnada.

En efecto, en la cláusula SEGUNDA del contrato suscripto por las partes se estableció la forma de pago del precio, precisando tres etapas a tal fin: a) la seña, b) la suscripción del boleto de compraventa (las partes contradictoriamente entienden que no existe el contrato), y c) la suscripción de la escritura traslativa de dominio. Luego, la cláusula TERCERA determina que la escritura traslativa de dominio se suscribiría dentro de los 60 días corridos a partir de la fecha del contrato (18 de noviembre de 2013).

El boleto referido en el contrato nunca se firmó y la escritura traslativa de dominio tampoco.

De acuerdo con el texto del contrato la única fecha establecida para cumplir obligaciones es la de suscripción de la escritura traslativa de dominio: 17 de enero de 2014 (60 días corridos desde la suscripción del contrato).

El intercambio epistolar muestra que con fecha 16 de enero de 2014 (un día antes del vencimiento del plazo para escriturar), la vendedora remite telegrama colacionado a la parte compradora, intimándola para que en el plazo de 24 horas informara día, hora, lugar y escribano interviniente para la suscripción de la escritura traslativa de dominio, “bajo apercibimiento pérdida seña acorde cláusula CUARTA art. 1202 Código Civil de no llevarse a cabo acto notarial antes 17 febrero 2014” (fs. 163).

En fecha 17 de enero de 2014, el comprador contesta la intimación cursada mediante carta documento obrante a fs. 159/160, en la cual informaba su voluntad de perfeccionar el negocio de compraventa, y de la existencia de un trámite ante el Banco Nación, con la finalidad de completar el valor de la venta, el que había sufrido demoras, pero agrega “Sin perjuicio de lo manifestado, es que se designa como Escribano actuante para la concreción de la escritura traslativa de dominio ante la Escribanía Eduardo Davel y Sebastián Davel, sito en calle Alberdi n° 87 1° Piso de la ciudad de Neuquén, fijándose como fecha para la instrumentación la del día 14 de febrero de 2014, en horario a confirmar en función de la organización interna de la Escribanía”.

Esta comunicación es respondida por la demandada, con fecha 22 de enero de 2014, dejando sin efecto el contrato, endilgando culpa al actor “por no haber cumplido con los recaudos previstos para la firma de la escritura traslativa de dominio y pago del saldo de precio en tiempo y forma”, determinando la pérdida de la seña a su favor (fs. 158).

III.- Hasta aquí los hechos, no controvertidos por las partes.

En atención a la fecha de los hechos, resulta de aplicación al sub lite el Código Civil de Vélez Sarsfield, conforme lo ha señalado el a quo.

Ahora bien, Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas sostienen que “si los contratos obligan a las partes celebrantes como la ley misma, no tiene sentido hablar de arrepentimiento. Acordar y arrepentirse de haber acordado son conductas contradictorias; equivale a despertar expectativa y a defraudar dichas expectativas, a volver sobre los propios actos. De ahí que, como regla, la extinción de un contrato –preparatorio o definitivo- sobre la base del arrepentimiento queda excluida.



“Las arras denominadas penitenciales –que son las propias del Código Civil-, reguladas en el artículo que comentamos, apuntan a introducir el derecho de retractarse o arrepentirse. La doctrina se pregunta si esta posibilidad de volver atrás funciona en todo contrato o sólo en los preparatorios..., y la respuesta, atento a la amplitud de los términos, es que su incorporación puede hacerse, con base en la autonomía de la voluntad, en todo tipo de contratos.

“Con una aclaración de importancia: en la medida en que no se haya operado un principio de ejecución, puesto que si el contrato ha empezado a cumplirse ya no es dable arrepentirse...La doctrina discute acerca de si el arrepentimiento –al que da pie el pacto de displicencia- debe ser expreso, formal, usando la expresión arrepentirse o retractarse, o dejar sin efecto el contrato, u otra similar. Para un sector, que compartimos (Salvat, Borda, Spota), la aludida voluntad de arrepentirse debe ser inequívoca, y de ahí que no cabe considerar que media arrepentimiento por el solo hecho de dejar de cumplirse el contrato, de no hacer el pago de las prestaciones nacidas del mismo. El incumplimiento, a secas, apareja sus propias consecuencias, ya analizadas, que no son las específicas del arrepentimiento” (cfr. aut. cit., “Código Civil Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. “Contratos – Parte General”, pág. 425/427).

En el contrato de autos las partes pactaron la entrega de la suma de \$ 87.000,00 por parte del comprador y a favor del vendedor en concepto de seña, a cuenta del precio y como principio de ejecución del contrato de compraventa.

Conforme la opinión de los autores citados precedentemente, teniendo el contrato principio de ejecución no cabe la posibilidad del arrepentimiento, pero, teniendo en cuenta que las disposiciones legales en materia de contratos tienen, en su mayor parte, carácter supletorio, prevaleciendo la autonomía de la voluntad de los contratantes, plasmada en las cláusulas del contrato, debo entender que los litigantes acordaron que el derecho al arrepentimiento existiría más allá del comienzo de ejecución del contrato. De otro modo resulta contradictorio que se otorgue una seña y se pacte las condiciones de su pérdida y devolución, si el arrepentimiento no puede ser ejercido.

En tanto los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1.198, Código Civil), entiendo que la interpretación que debe darse a lo pactado es la desarrollada en los párrafos anteriores: más allá del comienzo de ejecución del contrato, persistió el derecho a arrepentirse.

IV.- Sentado lo anterior, cabe analizar si medió de parte de la vendedora arrepentimiento, y no dudo en afirmar que la respuesta es positiva.

Es cierto, conforme lo sostiene la demandada, que el pago del precio no se ajustó a lo convenido en el contrato de autos, como así tampoco se respetó el plazo para escriturar, pero la conducta de la vendedora fue clara en orden a que intimó a su contraparte la suscripción de la escritura traslativa de dominio –ni siquiera reclamó el pago del precio-, antes del 17 de febrero de 2014, bajo apercibimiento de la pérdida de la seña otorgada por el comprador.

De ello se sigue que la vendedora consintió o toleró el incumplimiento de su cocontrante, y, tal como lo sostiene el apelante, prorrogó el plazo para escriturar hasta el 17 de febrero de 2014.

Luego, habiendo informado, el comprador, dentro del plazo otorgado por la demandada, la escribanía actuante y la fecha del acto de escrituración, anterior al término fijado por la accionada, la comunicación de esta última dejando sin efecto el contrato no puede ser interpretada sino como un arrepentimiento en la celebración del negocio jurídico.

La buena fe a que hace referencia el art. 1.193 del Código Civil no deja margen para otra interpretación.

La necesidad de que el comprador obtuviera un crédito por parte de una entidad bancaria para afrontar el pago del saldo del precio, y si este dato estuvo o no en conocimiento de la demandada durante las tratativas previas al contrato, son hechos, en mi opinión, irrelevantes para la resolución de la litis.

Lo cierto y comprobado es que la vendedora intimó el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio antes del 17 de febrero de 2014, y la intimación fue cumplida por el comprador. Luego, el desistimiento de la demandada debe ser interpretado como arrepentimiento en la celebración del negocio jurídico.

Distinto sería el análisis y la conclusión si el comprador no hubiera abonado el saldo del precio el día fijado para el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio o la celebración del acto se hubiera frustrado por otro motivo, pero la conducta de la demandada –anterior a esta fecha- importa un arrepentimiento de su parte.

De lo dicho se sigue que la demandada debe devolver la seña doblada a la parte actora, con más sus intereses a partir de la mora, la que se produjo el día 22 de enero de 2014, en atención a que las partes pactaron que no se requería de intimación judicial o extrajudicial.

V.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos, revocar el resolutorio de grado y hacer lugar a la demanda, condenando a la demandada a pagar a los actores, dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente, la suma de \$ 174.000,00, con más sus intereses que se calcularán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

En atención al resultado de la apelación se deja sin efecto la regulación de honorarios de la instancia de grado, fijándose los emolumentos de los profesionales intervinientes en autos, por la actuación en primera instancia, en el 16% de la base regulatoria (art. 20, ley 1.594) para el letrado



patrocinante de la parte actora, Dr. ..., y en el 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., de conformidad con lo prescripto en los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594, manteniéndose la regulación de honorarios por la excepción de defecto legal establecida en el punto IV. del fallo de grado.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se fijan en el 35% y 30% respectivamente para los Dres. ... y ..., de la suma que se determine para cada uno de ellos, por el mismo concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594)

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 173/178, y hacer lugar a la demanda, condenando a la demandada a pagar a los actores, dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente, la suma de \$ 174.000,00, con más sus intereses que se calcularán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

II.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios de la instancia de grado, fijándose los emolumentos de los profesionales intervinientes en autos, por la actuación en primera instancia, en el 16% de la base regulatoria (art. 20, ley 1.594) para el letrado patrocinante de la parte actora, Dr. ..., y en el 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., de conformidad con lo prescripto en los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594, manteniéndose la regulación de honorarios por la excepción de defecto legal establecida en el punto IV. del fallo de grado.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en el 35% y 30% respectivamente para los Dres. ... y ..., de la suma que se determine para cada uno de ellos, por el mismo concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

**"AMBROGETTI JORGE ANDRES C/ GOMEZ SOTO CARLOS DIEGO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 464314/2012) – Sentencia: 07/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Contratos.

LOCACION DE OBRA. AMPLIACION DE VIVIENDA. PLANOS Y PROYECTOS. HONORARIOS. CUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

Resulta procedente el pago de honorarios que se reclaman por la confección del anteproyecto de ampliación de la vivienda de la parte demandada, si ésta última ha admitido que tuvo la intención de ampliar su vivienda, obra que luego fue concretada, y estas ampliaciones se corresponden con el anteproyecto presentado por el actor, por lo que cabe presumir que existió una encomienda profesional por parte del demandado para la confección del anteproyecto y una posterior utilización de la obra intelectual del demandante, más allá que éste no haya avanzado con el proyecto ni lo haya dirigido.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "AMBROGETTI JORGE ANDRES C/ GOMEZ SOTO CARLOS DIEGO S/ CUMPLIMIENTO DE





CONTRATO”, (Expte. EXP N° 464314/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 214/218, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) El recurrente se agravia, señalando que la a quo ha tenido por probada la existencia de un contrato de locación de obra con la pericia efectuada por un maestro mayor de obra, cuando del informe pericial y sus explicaciones de ningún modo puede inferirse que la ampliación o mejoras sobre la vivienda del demandado hayan sido efectuadas antes o después de octubre de 2011, con lo cual, pese a existir identidad entre la obra intelectual del actor y la construcción realizada por el demandado, no puede decirse que exista aprovechamiento de los planos en los términos del fallo que indica la a quo.

Reitera que no existe certeza respecto a que los trabajos efectuados por el demandado hayan sido iniciados o realizados por el actor.

Cuestiona la conclusión de la jueza de grado respecto a que el demandado es deudor del actor como consecuencia que el primero no probó que los trabajos hayan sido realizados por otra persona.

Insiste en que el demandado nunca solicitó los servicios del actor.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 232/233 vta.

Dice que el recurrente no ha cuestionado, y por lo tanto se encuentra firme, que el actor realizó un anteproyecto de obra, que el demandado amplió su vivienda en el año 2001, que las medidas de la ampliación coinciden con las del anteproyecto de obra adjuntado por el actor, que resulta técnicamente imposible tomar las medidas y realizar el anteproyecto sin ingresar a la vivienda del demandado.

Sigue diciendo que frente a estos extremos resulta irrelevante cuestionar si la obra se realizó antes o después de octubre de 2011, o alegar que no se sabe con certeza cuando comenzó la obra, o negar que el demandado haya solicitado los servicios del actor.

Entiende que la realización de la ampliación en los términos plasmados en el anteproyecto importa el consentimiento del dueño de la obra a la tarea profesional.

Agrega que existen otros elementos de prueba que avalan esta conclusión.

Cita el intercambio epistolar, señalando que con fecha 23 de noviembre de 2011 el actor exigió el pago de \$ 4.000,00 en concepto de honorarios profesionales por la ejecución de las tareas de medición y elaboración de anteproyecto para la ampliación de la vivienda ubicada en ... de la ciudad de Neuquén; y que el demandado, al responder, no manifestó que el actor no hubiera realizado la tarea, sino que sólo negó adeudar suma alguna en concepto de honorarios profesionales.

Manifiesta que el demandado reconoció expresamente que en el año 2011 decidió ampliar su vivienda, e indica que realizó tareas de medición y ampliación, denunciando que fueron efectuadas por las personas que indica, omitiendo producir la prueba testimonial pertinente.

Destaca aspectos del informe pericial.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, el recurrente controvierte la conclusión de la a quo en orden a la existencia de la relación contractual –locación de obra- entre las partes.

La jurisprudencia tiene dicho que en la locación de servicios u obras, quién pretende cobrar el precio, debe demostrar la autoría de ellas, vale decir, la prestación de los primeros o confección o realización de las segundas, con toda clase de pruebas para que opere a su favor el principio del art. 1.627 del Código Civil, que se aplica tanto a unos como a otros. Se diría que la ley presume el contrato, presunción juris tantum, que puede ser destruida por la prueba en contrario de quién lo niega (cfr. Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, “Monsalvo c/ Tejera”, 12/6/1990, LL AR/JUR/1987/1990).

Por su parte la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido que el Código Civil no exige formalidad especial alguna para acreditar la existencia de la encomienda profesional, pues en tales contratos rige el principio de libertad consagrado por el art. 974 del Código Civil, de modo que puede ser celebrado por escrito, verbalmente, o incluso en forma tácita; y en cuanto a las limitaciones establecidas en materia probatoria por el art. 1.193 del Código Civil, las mismas quedan superadas si hubo comienzo de ejecución o cumplimiento de alguna prestación por quién invoca la existencia del contrato (Sala A, “Peralta Urquiza c/ Conindar San Luis S.A.”, 25/10/1996, LL 1999-B,

pág. 241). Agregan los magistrados votantes en el fallo citado que “Aún cuando las gestiones del arquitecto que reclama el pago de sus honorarios hayan quedado en tratativas o no haya sido aceptado su anteproyecto, igualmente existe derecho a la retribución de los honorarios devengados”.

En estas actuaciones, la parte actora reclama el pago de sus honorarios por la confección del anteproyecto de ampliación de la vivienda de la parte demandada obrante a fs. 190/197.

El demandado niega la encomienda profesional, aunque reconoce, al contestar la demanda, que a principios del año 2011 decidió ampliar la vivienda sita en calle ... de la ciudad de Neuquén, que para ello viajaron personas desde la provincia de La Pampa, quienes trabajaron durante los meses de mayo y agosto de 2011, continuando con los trabajos, a partir del mes de agosto de 2011, una tercera persona. Sostiene que estas tres personas fueron las que realizaron la medición y posterior construcción de la obra, y que conoce al actor porque éste trabajaba en una obra vecina.

El anteproyecto de fs. 190/197 no tiene constancia de recepción por parte del demandado.



La Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad de Neuquén informa a fs. 88, que la vivienda en cuestión no registra planos presentados en esa dirección.

El informe pericial técnico de fs. 167/168, y en especial la respuesta al pedido de explicaciones de las partes obrante a fs. 178/179, da cuenta que las características constructivas de la vivienda y los materiales utilizados hacen fácilmente diferenciable la etapa construida y habitada, más la ampliación realizada posteriormente; que el anteproyecto presentado por el actor se ajusta a la vivienda tal como estaba antes de las ampliaciones, y que la construcción de la ampliación es correspondiente con el anteproyecto presentado por el actor.

Si bien la prueba aportada a la causa es escasa, extremo que también ha destacado la a quo, entiendo que la conclusión a la que se arriba en la sentencia de grado es correcta.

En efecto, si el demandado ha admitido que tuvo la intención de ampliar su vivienda, obra que luego fue concretada, en el año 2011, y estas ampliaciones se corresponden con el anteproyecto presentado por el actor, cabe presumir que existió una encomienda profesional por parte del demandado para la confección del anteproyecto y una posterior utilización de la obra intelectual del demandante, más allá que éste no haya avanzado con el proyecto ni lo haya dirigido.

Si bien el demandado ha alegado que las mediciones y construcción de la obra las llevaron adelante otras personas, no ha probado este extremo, como tampoco ha señalado en base a que proyecto o anteproyecto se realizó la ampliación de su vivienda, ni que las personas denunciadas en la contestación de la demanda tuvieran la habilitación profesional para ello, conforme la tiene el accionante.

Consecuentemente se mantiene en pie la presunción de que la ampliación de la vivienda responde al anteproyecto del actor, encargado por el demandado.

Cabe recordar que la prueba de presunciones se encuentra aceptada por doctrina y jurisprudencia y resulta válida para acreditar el vínculo contractual habido entre las partes, en atención a la regla de la libertad probatoria en esta materia.

Jorge L. Kielmanovich sostiene que el concepto de prueba judicial incluye tanto la fuente (las personas y las cosas), el medio a través del cual se la introduce o incorpora para la litis (la percepción del juez, el testimonio de terceros y de las partes, etc.), como el argumento o las razones por las cuales el juez saca la conclusión. Agrega el autor que vengo citando que la presunción judicial, simple u hominis es, en este orden de ideas, el juicio lógico que el juez extrae de los hechos probados, que no constituyen la representación de los que se conceptúan o se establecen como objeto de la prueba, sino que permiten, en todo caso, su deducción, con un variable grado de probabilidad o certeza (cfr. aut. cit., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 659/660).

Jurisprudencialmente se ha dicho que cuando por las circunstancias del caso o por la índole de los hechos, la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de allí derivan sobre la parte agravada con la carga de la prueba, de modo que en estos casos adquiere pleno valor la de presunciones, medio que ha sido expresamente admitido por la ley (cfr. Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Federal, Sala I, “Llauró Hnos. Propiedades S.A. c/ Llauró”, 29/4/1983, LL 1983-D, pág. 168).

De lo dicho se sigue que el análisis que ha efectuado la a quo del material probatorio resulta ajustado a derecho y razonable.

III.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada en las sumas de \$ 4.715,00 para el Dr. ... y \$ 3.300,00 para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

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 de fs. 214/218, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada en la suma de \$4.715,00 para el Dr. ... y \$3.300,00 para el Dr. ..., de conformidad por lo prescripto por en el art. 15 de la ley 1594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



**"LOPEZ BEATRIZ AZUCENA C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468210/2012) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 14/02/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

ENFERMEDADES INCULPABLES. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. AVISO AL EMPLEADOR. FACULTADES DE CONTROL. SALARIOS POR ENFERMEDAD.

1.- La potestad de dictar reglamentos internos está comprendida en la facultad de dirección que el art. 65 de la LCT reconoce al empleador –en el caso analizado la empresa demandada establece un procedimiento específico para las inasistencias del personal-. [...]. Ahora bien, esta facultad, en su ejercicio, se encuentra sujeta a límites, siendo uno de ellos el respeto de la legalidad (cfr. Arese, César, “Conflictos ligados al ejercicio de la facultad de organización y dirección”, DT 2007, pág. 633). Ello determina que estos reglamentos de empresa no pueden imponer a los trabajadores a los que se les aplica condiciones más gravosas o menos beneficiosas que las previstas en la Ley de Contrato de Trabajo (orden público laboral). [...] Consecuentemente, podía la demandada especificar a quién dar aviso de la ausencia, pero no imponer al trabajador la obligación de acompañar el certificado médico el mismo día en que da aviso de la imposibilidad de cumplir con su débito laboral.

2.- La Ley de Contrato de Trabajo impone como carga para el trabajador, la de dar aviso de la ausencia motivada en enfermedad o accidente, pero no la de acreditar tal extremo, ya que para verificar la existencia de la dolencia y su consecuencia sobre el contrato de trabajo cuenta la empleadora con la facultad de control que le otorga el art. 210 de la LCT.

3.- Cabe confirmar la sentencia de grado en lo que respecta a la condena al pago de los salarios por enfermedad inculpable, toda vez que la trabajadora actora, aunque tardíamente, cumplió con la obligación de comunicar su enfermedad, en tanto que la demandada no ejerció la facultad de control de la enfermedad. Esta omisión de control de la enfermedad de la actora impide que la demandada se oponga a la pretensión de la actora de percibir los salarios por el período de licencia paga por enfermedad al que tenía derecho (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos y Diego, “Injurias, indemnizaciones y multas laborales”, Ed. La Ley, 2011, pág. 114/115; en igual sentido, Ackerman, Mario, op. cit., pág. 747).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 14 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “LOPEZ BEATRIZ AZUCENA C/ IRUÑA S.A. S/ COBRO DE HABERES”, (Expte. N° 468210/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 371/375, y su aclaratoria de fs. 377, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia en el entendimiento que el fallo de grado vulnera el principio de congruencia previsto en los arts. 34, inc. 4° y 163,



inc. 6° del CPCyC, desconociendo la existencia de los autos caratulados “López, Beatriz Azucena c/ Iruña S.A. s/ Cobro de Haberes”, expte. n° 473.570/2013, unido por cuerda al presente.

Dice que la demandada informó a la a quo que cuando la actora faltó a sus tareas por prescripción médica en varias oportunidades, aclarando que se adjuntaron 20 certificados médicos presentados por la señora López, respetando siempre esta última el procedimiento de inasistencias fijado por el empleador.

Sigue diciendo que el último certificado médico presentado por la actora fue de fecha 7 de octubre de 2011, el que prescribía reposo por 48 horas, y que vencido dicho plazo la demandante se reintegró a sus tareas el día 9 de octubre de 2011.

Afirma que el día 26 de octubre de 2011 la actora no se presentó a prestar tareas, sin informar el motivo de su ausencia, y que, persistiendo en estas inasistencias los días 27, 28 y 31 de octubre de 2011 se procedió a intimarla para que se presente a trabajar bajo apercibimiento de considerarla incura en abandono de trabajo, misiva que fue recibida por la propia señora López.

Continúa con la reseña los hechos, señalando el día 8 de noviembre de 2011, la demandada recibe telegrama obrero de la actora, rechazando la intimación cursada, el que fue respondido por la empleadora el día 9 de noviembre de 2011 reiterando la intimación anteriormente formulado, y rechazando lo afirmado por la trabajadora respecto a que la empresa estaba en conocimiento de los pretendidos problemas de salud y del estado de embarazo, contingencia que nunca fue notificada a la empleadora.

Pone de manifiesto que luego de un extenso intercambio epistolar lo cierto es que la demandada intimó 13 veces a la actora para que se presentara a trabajar, y que ésta jamás presentó certificado médico justificando las inasistencias incurridas a partir del día 26 de octubre de 2011. Manifiesta que la actora no probó en autos nada de sus dichos y ante la impugnación formulada por la demandada respecto del contenido y firma de los certificados médicos acompañados con la demanda, no produjo prueba alguna para acreditar su autenticidad.

Entiende que, por el contrario, la demandada, mediante la prueba testimonial y la confesional de la demandante, demostró que la trabajadora nunca presentó los presuntos certificados médicos.

También se agravia porque el fallo de primera instancia la condena a la entrega de los certificados pertinentes, bajo apercibimiento de astreintes, sin percatarse que en los autos agregados por cuerda, ya individualizados, se acompañaron estos certificados.

Finalmente apela por altos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 390/394.

En primer lugar sostiene que el recurso de su contraria debe ser declarado desierto por no reunir los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Con relación a la no consideración de los autos agregados por cuerda se remite a la sentencia aclaratoria de fs. 377.

Afirma que ante cada comunicación de la demandada la actora respondió haciéndole saber que gozaba de licencia médica y el texto del pertinente certificado médico, en tanto que la actora también le hizo llegar a la demandada los originales de esos certificados médicos, conforme lo declaran los testigos de autos. Agrega que también en cada comunicación la demandante se ponía a disposición de la patronal para el control médico que aquella nunca realizó.

Sostiene que a lo largo de la contestación de la demanda no existe impugnación de la autenticidad y contenido de los certificados médicos. Insiste en que la accionada nunca rechazó, negó o impugnó específicamente los certificados médicos presentados por la actora.

Agrega que esta ausencia de desconocimiento fue valorada por la a quo en su sentencia, y ello no fue motivo de agravio.

Señala que del art. 209 de la LCT no surge que se imponga al trabajador la obligación de presentar certificados médicos, sino que solamente se le requiere dar aviso de la enfermedad. Reitera que, no obstante ello, entregó los certificados a la empleadora mediante terceras personas.

Con relación a los certificados laborales y la multa impuesta, destaca que no se sancionó la omisión de entrega, sino su entrega fuera de término y sin cumplir con los recaudos legales.

II.- Primeramente debo señalar que el memorial de agravios de la demandada constituye una crítica razonada y concreta del fallo que se recurre, por lo que no resulta pertinente decretar la deserción del recurso.

III.- La situación de autos es compleja.

Nos encontramos aquí con una trabajadora que se ausenta de su trabajo por un lapso prolongado, justificando su ausencia, ante la intimación de la empleadora para retomar tareas, en la existencia de una enfermedad inculpable que le impide cumplir con su débito laboral.

La demandada niega que la trabajadora le haya hecho llegar los certificados médicos que acreditaban la existencia de aquella dolencia, en tanto que la actora afirma que entregó dichos certificados en la empresa mediante terceras personas.

Un último dato, que resulta relevante, es la existencia de un reglamento de empresa que instruye respecto de los pasos a seguir en caso de enfermedades inculpables y que requiere de la presentación del certificado del médico tratante en la empresa, además del aviso de la enfermedad.

Finalmente cabe señalar que la pretensión de la parte actora, acogida en la sentencia de grado, es el pago de los salarios devengados durante el período de licencia paga por enfermedad al que tenía derecho, ya que la demandante renunció a su empleo.

Los supuestos en que el trabajador se ve impedido de cumplir con sus obligaciones laborales como consecuencia de accidentes y enfermedades



que no guardan relación causal con el trabajo se encuentran reglados por la Ley de Contrato de Trabajo.

En lo que aquí interesa, el art. 209 de la LCT establece: “El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no lo haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente, salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad resulte luego inequívocamente acreditada”.

Mario E. Ackerman explica que el empleador necesita conocer la imposibilidad en la que se encuentra su dependiente para cumplir con su débito laboral, y la causa de tal imposibilidad, tanto para poder ejercer el control de la enfermedad o accidente invocado –en su existencia y características-, como para adoptar medidas para que la falta de prestación del trabajador no se traduzca en un perjuicio para su actividad empresaria (cfr. aut. cit., “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 737).

En autos no se encuentra acreditado que la actora haya dado aviso de su enfermedad el mismo día en que se vió imposibilitada de prestar tareas para la demandada (26 de octubre de 2011). Sin embargo, al contestar la demandante la intimación cursada por la empleadora, mediante telegrama obrero de fecha 31 de octubre de 2011 (fs. 172), aquella pone en conocimiento de la patronal su enfermedad, con transcripción de tres certificados médicos otorgados por su médica tratante que indicaban de que dolencia se trataba y el período de reposo prescripto.

Si bien la demandada rechaza conocer los problemas de salud de la actora, aduciendo que ella nunca los comunicó, tal afirmación puede encontrarse justificada hasta el día de recepción del telegrama obrero de la trabajadora, ya que en esa oportunidad y sin dejar de reconocer su extemporaneidad, lo cierto es que la empleadora tomó conocimiento de que su empleada no podía asistir al lugar de trabajo por encontrarse enferma. De ello se sigue que el telegrama obrero señalado operó como aviso de la enfermedad.

Tal como lo sostiene la parte actora, la legislación laboral no impone al trabajador la carga de presentar certificados médicos ante el empleador, sino solamente de dar aviso de su enfermedad.

Ahora bien, existe un reglamento de empresa, conocido por la actora con antelación a los hechos de esta causa, que establece un procedimiento específico para las inasistencias del personal, que consta de cuatro ítems: “1) toda ausencia debe ser informada a su supervisor inmediato y luego a RRHH; 2)

Si su ausencia es por enfermedad debe informar de inmediato a su supervisor y luego enviar el certificado médico dentro del transcurso del día; 3) Los certificados deben ser entregados en Recursos Humanos; 4) Si su inasistencia no es informada y justificada podrá recibir sanciones disciplinarias y descuentos de estos días de sus haberes mensuales” (fs. 82).

IV.- Me detengo en este reglamento porque las partes discuten si se encuentra acreditada o no la entrega de los certificados médicos; en tanto que la jueza de grado ha tenido por probado este extremo, determinando el acogimiento de la demanda.

Sin embargo, entiendo que esta circunstancia (la efectiva entrega de los certificados médicos) no tiene la relevancia que se le ha otorgado.

La potestad de dictar reglamentos internos está comprendida en la facultad de dirección que el art. 65 de la LCT reconoce al empleador.

Conforme lo señala Carlos Alberto Livellara, una de las manifestaciones de la facultad o poder de dirección del empleador es la posibilidad de impartir órdenes o instrucciones, exteriorizándolas, cuando son de contenido general, a través de reglamentos de empresa, avisos y/o carteles, etc. (cfr. aut. cit., “Las facultades de dirección del empleador y sus límites”, Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2012-1, pág. 38/39).

Ahora bien, esta facultad, en su ejercicio, se encuentra sujeta a límites, siendo uno de ellos el respeto de la legalidad (cfr. Arese, César, “Conflictos ligados al ejercicio de la facultad de organización y dirección”, DT 2007, pág. 633). Ello determina que estos reglamentos de empresa no pueden imponer a los trabajadores a los que se les aplica condiciones más gravosas o menos beneficiosas que las previstas en la Ley de Contrato de Trabajo (orden público laboral).

Adviértase que si en la negociación colectiva, donde negocian en paridad de condiciones el sindicato con personería gremial y la parte patronal, se encuentra prohibido transgredir aquél orden público laboral, con mucha mayor razón rige esta prohibición para un acto determinado en forma unilateral por el empleador.

Consecuentemente, podía la demandada especificar a quién dar aviso de la ausencia, pero no imponer al trabajador la obligación de acompañar el certificado médico el mismo día en que da aviso de la imposibilidad de cumplir con su débito laboral.

Reitero que la Ley de Contrato de Trabajo impone como carga para el trabajador, la de dar aviso de la ausencia motivada en enfermedad o accidente, pero no la de acreditar tal extremo, ya que para verificar la existencia de la dolencia y su consecuencia sobre el contrato de trabajo cuenta la empleadora con la facultad de control que le otorga el art. 210 de la LCT.

Aplicando estos conceptos al caso de autos, la trabajadora actora, aunque tardíamente, cumplió con la obligación de comunicar su enfermedad, en tanto que la demandada no ejerció la facultad de control de la enfermedad. Esta omisión de control de la enfermedad de la actora impide que la demandada se oponga a la pretensión de la actora de percibir los salarios por el período de licencia paga por enfermedad al que tenía derecho (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos y Diego, “Injurias, indemnizaciones y multas laborales”, Ed. La Ley, 2011, pág. 114/115; en igual sentido, Ackerman, Mario, op. cit., pág. 747).





Cabe señalar que la empleadora alega la falta de entrega de los certificados médicos para justificar el no pago de los salarios, y no la comunicación extemporánea de la enfermedad que la incapacitaba transitoriamente para trabajar. De todos modos, y conforme lo explica Mario Ackerman: "...la omisión injustificada de aviso...debe ser considerada como un actos de indisciplina o, en los términos del art. 242 de la LCT, una injuria laboral...Sin embargo, esta inobservancia contractual no debería acarrear necesariamente la pérdida de los salarios de incapacidad por el trabajador, cuya adquisición –y al margen de la eventual reacción del empleador frente a la injuria- tiene un fundamento diferente –que es, precisamente, la imposibilidad de cumplir con la prestación que no es imputable al dependiente..." (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 737).

En mérito a lo antedicho, se confirmará la sentencia de grado en lo que respecta a la condena al pago de los salarios por enfermedad inculpable.

V.- Corresponde analizar ahora el agravio referido a la condena a la entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT, bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

De la lectura del fallo de grado se advierte que la a quo ha entendido que los certificados acompañados en el expediente n° 473.570/2013 no cumplen con los recaudos legales en cuanto a la información que han de contener, y sobre este extremo la demandada no formula queja alguna, circunstancia que sella la suerte de este agravio.

Si bien es cierto que la demandada acompañó los certificados previstos por el art. 80 de la LCT –y ello fue tenido en cuenta por la jueza de grado-, la documentación fue impugnada por la parte actora y la sentenciante de primera instancia ha entendido que dicha impugnación es procedentes desde el momento que, como ya lo dije, considera que los certificados en cuestión no se adecuan a la manda legal, por lo que deberá la demandada proceder a confeccionar nuevamente esta documentación.

VI.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Los honorarios de los letrados de la parte actora han sido fijados en el 18% de la base regulatoria, que en autos asciende a \$ 71.076,06, porcentaje que se encuentra dentro de la escala prevista por el art. 7 de la ley 1.594.

Si bien el porcentaje utilizado por la a quo es más elevado que el que habitualmente utiliza esta Cámara de Apelaciones, entiendo que la complejidad del caso y la labor desarrollada por los abogados de la demandante justifican tal regulación, por lo que ha de ser confirmada.

VII.- En lo concerniente a que la jueza de grado no habría tenido en cuenta la causa acumulada al presente, entiendo que la objeción ha sido zanjada con la sentencia aclaratoria de fs. 377.

VIII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y 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 demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada se regulan en \$ 1.549,00 para el Dr. ....; \$ 3.872,00 para el Dr. ... y \$ 3.795,00 para el Dr. ..., de conformidad con lo establecido en el art. 15 del arancel para abogados.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 371/375, en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada en las siguientes sumas: de \$ 1.549,00 para el Dr. ...; \$ 3.872,00 para el Dr. ... y \$ 3.795,00 para el Dr. ..., de conformidad con lo establecido en el art. 15 Ley 1594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"CONTRERAS NESTOR OSVALDO C/ Y.P.F. S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 454102/2011) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 21/02/2017



DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. TRATO DISCRIMINATORIO. FALTA DE ACREDITACION.

Corresponde que el actor pruebe que existieron hechos que lleven a considerar que existió una conducta discriminatoria. Y, de las declaraciones testimoniales obrantes en la causa, no puede advertirse hecho alguno discriminatorio que justifique la postura del actor de darse por despedido, desde que la reunión con sus superiores jerárquicos no parece que pueda catalogarse como tensa, aún en el supuesto de que le hubieran expresado que la vía para el reclamo salarial era la vía jerárquica y no a través de un boletín interno.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CONTRERAS NESTOR OSVALDO C/Y.P.F. S.A. S/DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES”, (Expte. N° 454102/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 362/366 vta., que hace lugar parcialmente a la demanda, condenando a Y.P.F.S.A. a abonar al actor la suma de \$4.460, éste plantea recurso de apelación a fs. 384/399 vta., cuyo traslado ordenado a fs. 400 es contestado por la demandada a fs. 409/413 vta., solicitando se confirme la sentencia dictada con más las costas del juicio.

II.- Se agravia la demandante, en primer lugar, invocando “error en determinar la controversia y los temas a decidir y en las cargas probatorias” y manifestando que el juez de grado no analiza si existieron hechos discriminatorios y cuál fue la actividad probatoria de la demandada, para determinar si se justificaba la ruptura laboral.

Expresa que lo decidido choca contra el derrotero marcado por la CSJN en el fallo “Pellicori”, porque carga sobre el actor la prueba de tal discriminación cuando está probado por la pericial contable, por la misma contestación de la accionada y testimonios recepcionados en autos, etc., que el actor era el que menos cobraba, sin exigir a la accionada que probara satisfactoriamente que esta diferencia salarial en perjuicio del actor, no se sustentaba en una discriminación.

Manifiesta que de acuerdo a la planillas adjuntadas por el experto todos los sueldos analizados eran superiores a los del actor, de la misma manera que la empleada Uriz con 3 años de antigüedad percibía un sueldo superior al del actor, a pesar de que éste tenía 15 años de antigüedad.

Sostiene que se acreditó la diferencia salarial entre el actor y Zarza, siendo que realizaban las mismas tareas, que lo corroboró el testigo Sr. Néstor López, quien se desempeñaba como el jefe de ambos, y que era la demandada quien debía probar la ausencia de discriminación salarial.

Como segunda queja, invoca el rechazo de la casual de discriminación salarial para justificar el despido y la ausencia de valoración sobre la actividad probatoria de la accionada.

Alega que la discriminación salarial planteada difiere de una “diferencia salarial”, de acuerdo a lo denunciado por los Sindicatos del sector, los que acredita con los diarios adjuntados a fs. 58 y 59, donde se denunció públicamente a estas empresas “por discriminación, sometimiento y falta de respeto por los derechos humanos...”.

Sostiene que el aquo afirma que Opressa e YPF son empresas diferentes con distinto número de CUILT (SIC), cuando está probado en autos que conformaban un solo grupo económico.

Como tercer agravio, se refiere a la discriminación por opinar y peticionar, criticando que el aquo lo haya desconocido, exigiéndole al actor discriminado una “prueba contundente” de la misma, pues en estos casos bastaba con la prueba indiciaria, y a partir de allí, que la demandada mostrara una prueba contundente a que no discriminó.

Expresa que esta reconocido por la demandada que el actor dijo lo que manifestó en la pagina interna, y también de la reunión del actor con tres jefes, reunión que fue inmediata al comentario realizado por Contreras, por lo que resultan relevante las contradicciones discursivas entre ellos en las que incurren los tres testigos (López, Neila y Polizzotto), que participaron en dicha reunión.

Como cuarto agravio, apunta a la contradicción en el monto del salario, en cuanto el aquo rechaza el reclamo por despido entendiendo que no ha existido discriminación salarial en contra del actor, pero ignora el mismo reconocimiento de la demandada de su insuficiencia, al abonarle al actor por el mes de marzo la suma de \$ 10.914 (fs. 118) y luego de que éste la denunciara por discriminación, indudablemente ha sido a los fines de



poder alegar lo contrario, siendo una maniobra burda y evidente.

Finalmente, como quinto agravio, apunta a la imposición de costas a su cargo, manifestando que los hechos discriminatorios justifican el presente proceso y para el hipotético caso de que no se hiciera lugar al recurso, se deje sin efecto la imposición de costas a su parte, porque pudo entenderse que este tenía derecho a accionar ante los eventos acontecidos y probados en autos.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, considero pertinente señalar el marco jurídico en base al cual debe analizarse el tema.

En tal sentido y tal como señalé en el precedente N° 417952/2010 del 23 de abril de 2015:

Al respecto, cabe señalar que tratándose de un despido encuadrado normativamente en la ley 23.551 y 23.592, la cuestión de la carga probatoria adopta un matiz diferenciado y en ocasión de analizar un caso de aristas similares, aludiendo a la doctrina de la Corte Suprema, señalaba:

“...corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 —2009—, y otros). Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto.

En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional...”

“...cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo “cabalmente”. Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado “prima facie” que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente...”

“(7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo ... En tal sentido, advirtió que “[u]no de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido” (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, “es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” .... Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, “la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo” (idem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una “importancia fundamental en toda discriminación alegada”, dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]” (párr. 225), para concluir en que, de todo ello,

“se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]” (idem).

“(9º) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, ... ese tribunal tiene juzgado que “cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada” (STC 17/2007, sentencia del 12



de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas).”

“...a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica...”

“Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado.” (C.S.J. N.- P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal • 15/11/2011)

En tal sentido y por aplicación de la doctrina de la Corte, el actor debía probar que los hechos que lo llevaron a considerarse despedido se inscriben “prima facie” en un acto que puede calificarse como discriminatorio.” (“P.C.A. contra P.E. S.A s/ Despido x otras causales”, 19/12/2013-Sala II).

En similar postura, la Sala I ha indicado en los autos 474020/2013 del 22 de marzo de 2016 que:

Cabe agregar que esta Alzada ha sostenido que: “Tampoco resultan procedentes los reparos relativos a la falta de acreditación fehaciente de la conducta discriminatoria.”

“No debe olvidarse que en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa “Pellicori”, reiterada en fecha reciente en autos “S.M.G.””

“En el primer precedente, el Máximo Tribunal determinó que frente a la dificultad probatoria originada en dichos supuestos “...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”. Luego, continúa “...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado.” (C.S.J.N., “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo”, 15/11/2011, Fallos 334:1387).”

“Esta tesitura es la que inspiró lo decidido recientemente en la causa

“S.M.G.”, al señalar: “Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7º).”

“Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con “la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (conf. considerando 11).”

“En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia” (CSJN, “S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo”, 20/05/2014, L.L. 10/06/2014 , 7 P.q.-S, ED 01/07/2014 , 4, Sup. Const. 2014, 85, AR/JUR/15946/2014).”

“Luego, toda vez que la valoración de la prueba rendida se llevó a cabo respetando el estándar probatorio elaborado por la Corte Suprema, entiendo que corresponde confirmar el fallo de grado: los hechos probados configuran indicios suficientes, precisos y concordantes que logran persuadir acerca de que el despido dispuesto por la demandada constituyó una represalia y un acto discriminatorio, precisamente por la actividad gremial llevada a cabo por el actor”, (“LOBO SILVIO C/ CENCOSUD S.A. S/ SUMARISIMO” EXP N° 448957/2011).

En este sentido también se expresó que: “Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que el despido del trabajador supuso un acto de discriminación que debe ser calificado como arbitrario, pues no se ha demostrado que la patronal haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, lo cual evidencia que no existieron razones para motivar la ruptura contractual (del voto del doctor



Genoud)” (SCBA, Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina, 22/12/2010, DT 2011 (marzo), 556).”

“...ninguna otra explicación cabe que no sea la estrechísima relación que existe entre el activismo gremial del actor con la decisión del despido formulada por la demandada, tanto más cuando como ya lo señalara, respecto a la orfandad probatoria habida en torno a la acreditación de la justa causa invocada” (Sala II, en autos “F. NORMAN ALBERTO CONTRA A.J. S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, Exp. N° 427466/2010).

Tal como se desprende de lo expuesto en los párrafos que anteceden, corresponde que el actor pruebe que existieron hechos que lleven a considerar que existió una conducta discriminatoria.

Es así que se advierte que, a diferencia de otros supuestos, en el caso de autos el actor se dio por despedido, bien que alegando discriminación, cuestión esta que no encuentro controvertida y que resulta del intercambio epistolar que tuvieron las partes en su oportunidad.

En realidad y conforme resulta del intercambio, la empresa con anterioridad y posterioridad a la finalización del vínculo por parte del trabajador lo intimó a reintegrarse a sus tareas, según se puede apreciar en las cartas documentos de fs. 14 y 15.

Ahora bien, tal como resulta de los términos de la demanda y los agravios vertidos por el quejoso, se sustenta la existencia de un conducta discriminatoria por parte de la empleadora en la diferencia salarial en relación a otros empleados que se desempeñaban en similares puestos de trabajo y la actitud desplegada con posterioridad a que publicara un comentario crítico contra la empresa en el boletín interno de la misma.

El comentario en cuestión, cuya existencia no es materia de controversia, consistió en un reclamo por lo que el empleado consideraba un sueldo bajo en comparación con lo que ganaba una cajera en un supermercado y explícitamente requería una recomposición salarial, no personal, sino para todos los empleados en función de las ganancias obtenidas por la demandada. En momento alguno y de la lectura de dicho comentario, puede inferirse la existencia de un trato discriminatorio.

Con posterioridad también es cierto que existió una reunión entre el actor y otras tres personas de rango superior al reclamante, hecho este que no está controvertido.

Lo que si se encuentra discutido es el tenor de dicha reunión, ya que el accionante refiere haber sido maltratado en dicha reunión y la demandada lo niega.

López, que era su jefe directo y que participó en la reunión, señala que si bien el actor le había planteado un pedido de aumento salarial y que reconoce que se lo merecía en función de su desempeño, afirma que dicho tema iba a ser considerado dada la existencia de un proceso de organización interna y que necesitaba un tiempo para hacerlo; y si bien reconoce que los jefes manifestaron su extrañeza por el comentario publicado, de ello no se sigue en modo alguno una conducta discriminatoria o atentatoria contra la dignidad del trabajador, y señala que con posterioridad siguió desempeñándose normalmente, hasta que se va de licencia, e inclusive remarca que estaba contento por los correos de apoyo que recibía en relación a su comentario.

Indica también que no tuvo autorización para retirarse a estudiar en función de que dicha solicitud era a partir de las 15 horas, lo cual resulta concordante con lo manifestado por su compañero de facultad Pereyra –que declara a fs. 177-, y resulta claro, en función del horario que debía cumplir, que no era posible autorizarlo.

Reconoce el testigo que Zarza, quien cumplía una función similar a la del actor, cobraba una suma mayor pero que ello estaba justificado en base a la distinta antigüedad en el cargo de cada uno, debiéndose remarcar que el testigo alude a la antigüedad en el cargo y no a la antigüedad en la empresa. Soto, a fs. 180, manifiesta que Contreras no le dijo porque dejó de pertenecer a la empresa y que no sabe como fue el clima en el lugar de trabajo luego del comentario.

Neila, que también estuvo en la reunión, convocada a su pedido, y que declara a fs. 190, señala que fue jefe del actor cuando este trabajaba en las estaciones de servicio, antes de ser promovido, pero ignora la existencia de diferencias salariales y que efectuara reclamos por maltrato laboral. Asimismo, expresa que convocó a la reunión por la sorpresa que le provocó el comentario, por cuanto no había antecedentes de que hubiera petitionado algo similar con anterioridad, y que en realidad fue una reunión de compañeros de trabajo y no una reunión jerárquica. Destaca que en momento alguno se aludió a que el comentario fuera causal de despido y que el comentario generó respuestas de sus compañeros de trabajo, pero que no tiene conocimiento de que haya ocasionado malestar en sus superiores.

Pollizzotto, a fs. 192, que participó en la reunión, dice que Contreras pasó a desempeñarse como ejecutivo de cuentas y que si bien había otros compañeros con igual puesto, ignora la existencia de diferencias salariales. También, coincide con los otros partícipes acerca del tenor cordial de la reunión, mas allá de que se le señalara que la vía no era la adecuada. Afirma que, luego de la reunión siguió trabajando Contreras en su ámbito normalmente.

Conforme, entonces, de las declaraciones testimoniales obrantes en la causa, no puede advertirse hecho alguno discriminatorio que justifique la postura del actor, toda vez que la reunión con sus superiores jerárquicos no parece que pueda catalogarse como tensa, aún en el supuesto de que le hubieran expresado que la vía para el reclamo salarial era la vía jerárquica y no a través de un boletín interno.

En cuanto a la conducta posterior, ningún hecho se alegó ni probó que pueda sustentar un trato discriminatorio, sea por parte de la empresa como por parte de sus compañeros de trabajo.





Por el contrario y como bien lo indica uno de los testigos, en realidad el actor estaba contento con las repercusiones de su comentario en función de los correos de apoyo que recibiera y que adjunta en su demanda.

Ahora bien, el hecho que formulara una observación en un boletín interno de la empresa en modo alguno importa la existencia de una conducta discriminatoria, ya que tanto en el momento como con posterioridad la parte actora no alega ningún hecho concreto que demuestre o permita inferir un trato discriminatorio, sea por parte de sus superiores o por parte de sus compañeros de trabajo.

Adviértase que ni en la demanda ni en los agravios, se señala algún hecho concreto que permita inferir, en los términos a que se aludiera en los comienzos del presente considerando una conducta discriminatoria.

Con relación a las consecuencias a que se alude en relación a su salud, cabe señalar que aun aceptando como válidos los certificados médicos que adjunta al demandar, ellos no permiten concluir una relación causal alguna con el trabajo ya que se trata de un pedido de estudio de un encefalograma, por diagnóstico de mareos, cefaleas, insomnio y la existencia de policulitis en el cuero cabelludo y en ambos parietales, pero en ellos ni siquiera se menciona que tengan relación causal con el trabajo y mucho menos que deriven de una situación de estrés como consecuencias del comentario aludido, siendo que en momento alguno ofreció como prueba la pertinente pericial médica.

Queda por considerar la existencia de diferencias salariales comparadas con compañeros que desempeñaban similares tareas.

En realidad la prueba producida es prácticamente inexistente al respecto, y por cierto notoriamente insuficiente como para por sí solo que ese hecho pueda configurar un despido discriminatorio, máxime que fue el actor el que puso fin a la relación laboral

Cierto es que uno de sus superiores señala que Zarza, que desempeñaba iguales tareas percibía un salario superior, pero la explicación surge del mismo testimonio: la distinta antigüedad en el cargo, no en la empresa, por lo cual, la diferencia resulta justificada en función de dicho parámetro objetivo.

En cuanto a lo que resulta de la pericial contable y mas allá de todas las críticas que puedan hacerse, lo cierto es que si bien indica una diferencia salarial entre el actor y Uriz Carla, considero que la misma resulta irrelevante para justificar la existencia de una conducta discriminatoria por cuanto la diferencia es mínima –no alcanza al 10%- y en virtud de la diferente antigüedad en el puesto de ejecutivo de cuentas, siendo mayor el de la empleada.

En cuanto a lo manifestado con relación al sueldo de marzo, debe tenerse en cuenta que tampoco sirve de sustento para el reclamo, toda vez que la diferencia entre el mes anterior obedece al pago del bono empresa siendo idéntico el salario básico con respecto al mes anterior.

Con respecto a las comparaciones salariales en porcentaje que realiza en el primer agravio, cabe señalar que resultan inoficiosas toda vez que debe compararse salarios de empleados con igual categoría y ello no ocurre en los gráficos aludidos ya que puede advertirse la existencia en ellos de superiores jerárquicos al actor.

Finalmente y en lo que se refiere a las costas, entiendo que por revestir el carácter de vencida en lo sustancial han sido correctamente impuestas, siendo insuficiente el argumento esgrimido de que pudo creerse con derecho a demandar dado que el mismo debe surgir de pautas objetivas que en el caso no se advierten.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de Alzada a la actora vencida, debiendo regularse los honorarios bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 362/366 vta. en lo que ha sido materia de recurso y agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida.

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en el 30% de lo que se determine para la primera instancia por igual concepto (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"PALACIO LUIS ALBERTO C/ PICCOLO S/ INTERDICTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 421755/2010) – Sentencia: 34/17 –  
Fecha: 02/03/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

#### INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

- 1.- En el interdicto de obra nueva se persigue, como el mismo código procesal lo señala, impedir una obra nueva que ha tenido comienzo de ejecución, en tanto dicha obra provoque una afectación de la posesión o de la tenencia sobre un inmueble (art. 619, CPCyC).
- 2.- El lugar donde se ha comenzado a construir la obra nueva no reviste importancia a los efectos de este interdicto, sino que lo importante es que se trate precisamente de una obra nueva que turbe la posesión o la tenencia de un inmueble o que configure una desposesión o privación de la tenencia, total o parcial, sobre el inmueble.
- 3.- Tanto la desposesión como la turbación, en cuanto encuentren su causa en una obra nueva, puedan ser repelidas mediante el interdicto de obra nueva.
- 4.- No puede condicionarse la procedencia del interdicto de obra nueva a que ésta se encuentre en un fundo ajeno.
- 5.- No puede otorgarse legitimación al actor para promover el interdicto planteado, si no se ha demostrado que él fuera poseedor o tenedor del inmueble al momento del comienzo de la ejecución de la obra. Ello, claro está, sin perjuicio de otro tipo de acciones que pudiere intentar en tanto titular del dominio sobre la propiedad.

#### Texto completo:

NEUQUEN, 2 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PALACIO LUIS ALBERTO C/ PICCOLO S/ INTERDICTO”, (Expte. EXP N° 421755/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 489/494, que rechaza la excepción de prescripción liberatoria opuesta por la demandada y rechaza el interdicto de obra nueva, con costas al actor.

a) El recurrente señala que el fallo en crisis considera que es requisito para la procedencia de la acción de obra nueva que la construcción sea levantada en un inmueble vecino o ajeno al actor, afirmación que se contraponen con lo sostenido por doctrina y jurisprudencia.

Dice que el art. 619 del CPCyC nada contiene respecto a este supuesto requisito, y si se analizan las disposiciones del Código Civil con relación a este remedio legal, se concluye en que lejos de tratarse de un requisito de procedencia, la construcción en un fundo vecino es uno de los supuestos en que puede tornarse de aplicación este instituto.

Cita doctrina.

Precisa que la posesión o la tenencia pueden sufrir dos tipos de ataques o lesiones: turbación o despojo, y los arts. 2.498 a 2.500 del Código Civil prevén situaciones en las que la realización de una obra nueva puede implicar una turbación o un despojo, según que aquella se realice dentro o fuera del inmueble ocupado por el afectado.

Entiende que el rechazo de la demanda se sustenta en una interpretación desacertada del art. 619 del CPCyC.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Califica como contraria a derecho a la interpretación que brinda el fallo en crisis, toda vez que en modo alguno la legislación vigente, en ocasión de producido el despojo mediante la obra nueva autorizan la solución brindada en la instancia de grado.

Luego se agravia por la conclusión de la sentencia de primera instancia respecto a que el actor no acreditó su carácter de poseedor.



Sostiene que el actor cumplió debidamente con la carga de acreditar el carácter de poseedor legítimo, lo que emerge de la escritura n° 22 del 22 de marzo de 2007, de compraventa del inmueble, en la que consta que se efectúa la tradición del inmueble y entrega de posesión por parte de su legítimo titular, en los términos del art. 2.377 del Código Civil.

Agrega que la posesión del actor se encuentra fundada en actos válidos plenamente eficaces, acreditados con la prueba documental y testimonial, tales como la inscripción registral de la titularidad del inmueble, el pago de impuestos y servicios y el alambrado y mantenimiento del terreno.

Afirma que el fallo recurrido yerra también al analizar el objeto con el cual el actor interpuso el interdicto, ya que tanto en el escrito de inicio como con las pruebas aportadas su parte bregó por acreditar los extremos requeridos en las normas legales para la procedencia de la acción.

Sigue diciendo que la obra nueva es el medio por el cual se configura el despojo, y si bien existe un juicio de prescripción adquisitiva, ello no importa necesariamente que el despojo se haya producido con anterioridad a la obra nueva, ni que el actor no sea legítimo poseedor del bien, máxime que aquellos autos no cuentan con sentencia definitiva.

Insiste en que el objeto de la acción de autos es la suspensión definitiva de las obras, y la restitución al estado anterior al comienzo de las mismas. Finalmente se queja de la imposición de las costas procesales, en forma subsidiaria, señalando que su parte tuvo una convicción razonable acerca de la validez del planteo y del derecho invocado. Cita jurisprudencia.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 512/513, invocando el letrado patrocinante el carácter de gestor procesal.

Habiendo sido intimado a fs. 515 a ratificar la gestión invocada en atención a la omisión incurrida en la instancia de origen, el letrado no cumple esa intimación. En consecuencia corresponde hacer efectivo el apercibimiento oportunamente notificado y declarar la nulidad de lo actuado por el Dr. ... en carácter de gestor procesal de la parte demandada a partir de fs. 512/513, con costas a su cargo (art. 48, CPCyC).

II.- Ingresando al tratamiento de la apelación de autos, no puedo pasar por alto, en tanto la Alzada es juez del recurso, que si bien la interposición de éste fue realizada dentro del término de dos días de la notificación de la sentencia de primera instancia, su fundamentación fue presentada considerando un plazo de cinco días hábiles, circunstancia que se contrapone con la doctrina judicial obligatoria para los tribunales inferiores sentada por el Tribunal Superior de Justicia en autos “SMG Seguros de Vida S.A. s/ Queja” (Acuerdo n° 33/2016 del registro de la Secretaría Civil).

En dicho fallo, el Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de la función uniformadora de la jurisprudencia que le otorga la instancia casatoria, fijó posición en el sentido que el plazo aplicable a la interposición, fundamentación y sustanciación del recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días.

Si bien esta jurisprudencia es de obligatoria aplicación para esta Cámara de Apelaciones, entiendo que se dan en autos dos supuestos que determinan que se haga una excepción a esa obligatoriedad. El primero de ellos es que la fundamentación del recurso y su sustanciación datan del mes de octubre de 2016, cuando no se conocía la posición del Tribunal Superior de Justicia a la que vengo haciendo referencia. El otro supuesto es que la demandada (parte contraria de la apelante) no cuestionó en ningún momento el plazo dentro del cual se fundó el recurso, y, más aún, contestó el traslado de la expresión de agravios también utilizando un plazo de cinco días, ampliado en función del reglamento aprobado por Acuerdo n° 5079, más allá de su posterior invalidación.

Conforme lo señala Carlos E. Camps, un aspecto muy controvertido respecto de la doctrina legal es el relativo al momento de la aparición de esa jurisprudencia y su aplicabilidad a procesos nacidos con anterioridad a la misma donde las partes, por obvias razones, no pudieron plantear sus pretensiones o defensas en base a ella. Agrega el autor que cito que, como regla, la aplicación es inmediata a los juicios en trámite, escuchándose voces que propician dejar de lado este principio cuando se configura la vulneración de derechos constitucionales de trascendencia como son los de defensa y debido proceso (cfr. aut.cit., “Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense”, LL 0003/010645).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Tellez c/ Bagala S.A.” (sentencia del 15/4/1986, Fallos 308:552) determinó que “la aplicación en el tiempo de nuevos criterios jurisprudenciales debe ser presidida por una especial prudencia con el objeto que los logros propuestos no se vean malogrados por ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, de utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia... Con respecto a la determinación del preciso momento en que un cambio de jurisprudencia comience a operar, no puede soslayarse la situación a la que se verían reducidos los litigantes que apelaron por el art. 14 ley 48 con anterioridad a que se consagrara la doctrina del caso Strada y a quienes, la actuación de ésta llevaría a verse impedidos de obtener la revisión de sentencias que, a su entender, irrogan agravios de naturaleza constitucional.

En efecto, la aplicación inmediata de dicha doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria, en un momento en el que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente... La autoridad institucional del precedente Strada deberá comenzar a regir para el futuro; por consiguiente, corresponde declarar que las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas in re: Strada, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente”.

Igual criterio fue seguido por la Corte Federal en la causa “Andrada, Claudia Angelina” (sentencia del 30/5/1995, Fallos 318:1.089) con relación



a la inconstitucionalidad de la limitación establecida en el art. 459 inc. 1 del Código Procesal Penal de la Nación declarada en la causa “Girolidi” por la misma Corte.

Finalmente cabe recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe n° 105/99 “Narciso Palacios” (CIDH 29/9/1999; caso 10.194), y a raíz de una decisión adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en orden a la aplicación inmediata de un cambio en la jurisprudencia local, señaló: “56. De ambas disposiciones (arts. 8 inc. 1 y 25 incs. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica) se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable.

“57. El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concretos...” “58. Sin embargo, puede darse el caso que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituya una violación a dicho derecho fundamental.

“59. Y ésta es precisamente la situación en el presente caso, donde la falta de agotamiento de la instancia administrativa no puede, en modo alguno, imputarse al peticionante, pues éste sencillamente se dejó llevar por la interpretación correcta y autorizada de las normas vigentes que le eran aplicables, las cuales –para el momento de la interposición de su demanda- le permitían acceder al contencioso administrativo sin necesidad de agotar los recursos administrativos.

“60. En efecto, como ya ha observado la Comisión ut supra, el rechazo de su demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de interposición de su demanda, la cual le fue aplicada en forma retroactiva a su caso particular. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de su parte sino de un cambio drástico en la interpretación de la normativa que las Cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.

“61. Es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares...”. Luego, recuerda la Comisión que el mismo Estado Argentino, con cita del precedente “Tellez” al que ya me he referido, ha reconocido la necesidad de una especial prudencia a la hora de aplicar las nuevas interpretaciones jurisprudenciales.

De lo dicho se sigue, con referencia concreta al caso de autos, que habiendo el apelante expresado sus agravios dentro del plazo que regía al momento de realizar el acto procesal, de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de

Apelaciones de la I Circunscripción Judicial; plazo que no sólo no fue cuestionado por la parte contraria, sino también utilizado para rebatir el contenido del memorial, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa del recurrente si se le impide el acceso a la instancia recursiva por aplicación inmediata de la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia.

Por ende, he de abordar el análisis del recurso de apelación de autos.

III.- Sentado lo anterior, comienzo por señalar que el interdicto de obra nueva, tal la acción planteada en esta causa, es la pretensión en cuya virtud quién resulta afectado en la posesión o tenencia que ejerce sobre un bien inmueble a raíz del comienzo de ejecución de una obra nueva, reclama que ésta se suspenda durante la sustanciación del proceso y se disponga su destrucción en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva (definición dada por Lino E. Palacio y Alfredo Alvarado Velloso, citada por López Mesa, Marcelo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, 2012, T. V, pág. 91).

En oportunidad de intervenir en autos “El Rincón Club de Campo S.A. c/ García Miralles” (expte. 405.612/2009, Sala I, P.S. 2013-VII, n° 199) sostuve que:

“Con fundamento en las disposiciones de los arts. 2498, 2499 y 2500 del Código Civil, nuestro código procesal, al igual que sus pares del ámbito nacional, ha legislado el interdicto de obra nueva en su art. 619.

“Coincide la doctrina procesalista en que este interdicto es una suerte de medida cautelar, que tiende a evitar turbaciones futuras o, por lo menos, a impedir que se completen como tales, siendo su finalidad la suspensión de los trabajos que producen una turbación en la posesión o tenencia y, en su caso, la destrucción de la obra, con reposición de las cosas al estado anterior a ésta (cfr. López Mesa, Marcelo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”,

Ed. La Ley, 2012, T. V, pág. 91/93).

“Consecuentemente son requisitos para la procedencia del interdicto de obra nueva, la acreditación de la posesión o tenencia, la existencia de una obra nueva que haya tenido principio de ejecución y que afecte o menoscabe los derechos del peticionante. Asimismo, y si bien no es absolutamente indispensable el daño actual pues basta el futuro o eventual, sí es necesario que exista un peligro cierto y no meramente hipotético o abstracto (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. La Matanza, Sala 2°, “Spilberg c/ Brienza”, 28/3/2006, JUBA sum. B3400801; Cám. Apel. Civ. y Com. Trenque Lauquen, “Zubía c/ Micheo”, 27/3/1990, JUBA sum. B2201142; Cám. Apel. Civ. y Com. San Isidro, Sala 2°, “Parque Náutico Privado



Boat Center c/ Ingevana S.A.”, 5/10/2004, JUBA sum. B1751031)”.

La primera queja que expone el recurrente refiere a la afirmación de la jueza de grado en orden a que el interdicto de obra nueva requiere que esta última se lleve a cabo en un fundo ajeno al del afectado.

Roland Arazi y Jorge A. Rojas otorgan razón a la quo cuando sostienen que “el interdicto tiende a poner remedio a las turbaciones o al despojo de los que resulta ser víctima el poseedor o tenedor de un inmueble como consecuencia de una obra que realiza el turbador en un fundo vecino... Según lo dispone el Código Civil, si la turbación consistiese en obra nueva que se comenzase a hacer en terrenos e inmuebles del poseedor, o en destrucción de las obras existentes, la acción será juzgada como acción de despojo (art. 2.498); en cambio, habrá turbación en la posesión cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufre un menoscabo que cediera en beneficio del que ejecuta la obra nueva (art. 2.499)” (cfr. aut. cit., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 728).

Enrique M. Falcón, por el contrario, afirma que el interdicto de obra nueva exige, en primer lugar, que se trate de una obra nueva que se comience a hacer en inmuebles del poseedor, o de terceros ajenos pero que lo afecten; y a renglón seguido explica que la turbación en la posesión implica que se comience a hacer una obra en terrenos e inmuebles del poseedor, en tanto que si se trata de la destrucción de obras existentes, la acción es juzgada como de despojo (art. 2.488, Código Civil) –cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, T. VI, pág. 142/144-.

Miryam A. Farina entiende que cuando el vehículo por el cual se causa una turbación o una desposesión es la realización de una obra nueva, ya sea que la obra se realice o no en el inmueble del poseedor la defensa deberá ser ejercida mediante la acción de obra nueva, aclarando que si la obra se realiza en el inmueble del poseedor, se juzgará como una acción de desposesión, y si se realiza fuera del inmueble del poseedor, se juzgará como una acción contra la turbación (cfr. aut. cit., “Acción e interdicto de obra nueva y obras clandestinas”, LL AR/DOC/6967/2010).

Marta E. Fazio de Bello señala que en el interdicto de obra nueva se encuentran comprendidos tanto el supuesto del art. 2.498 del Código Civil como el del art. 2.499 de la misma codificación y agrega, “Salvat considera a este último supuesto el verdadero y genuino de obra nueva. Esta acción de obra nueva no parece tener una identidad definida: cuando se efectúa la obra en terreno del poseedor, hay desposesión y corresponde la restitución. Cuando se efectúa en el terreno que no fuese del poseedor, pero la posesión de éste sufriera un menoscabo, hay turbación y corresponde la acción de manutención, vale decir que es, en realidad, una modalidad de las otras dos acciones. Ahora bien, frente al desdoblamiento ya señalado, dentro del Código Civil surge la duda sobre si corresponden las acciones policiales o las posesorias propiamente dichas”, y aclara que, en cambio, el código procesal no distingue, como lo hace el Código

Civil, entre las obras comenzadas en terrenos del poseedor o de un tercero (cfr. aut. cit., “Las defensas posesorias”, LL 0003/002290).

En tanto que Santiago González afirma categóricamente que si la turbación o el despojo han sido producidos por una obra nueva, corresponde se aplique la norma específica al respecto, cuál es la del interdicto de obra nueva (cfr. aut. cit., “Interdictos y acciones posesorias: el modo de emplearlos”, LL AR/DOC/2809/2006).

Como vemos, la cuestión no es totalmente pacífica, como en general sucede en esta materia ya que los interdictos han constituido siempre un problema para la legislación procesal, partiendo de la polémica suscitada por las denominadas tesis dualista y monista, en orden a determinar si estos interdictos son defensas posesorias independientes, o son regulaciones de las acciones posesorias del Código Civil.

Pero lo cierto es que nuestro código procesal, en seguimiento de su par nacional, ha previsto los interdictos, señalando su art. 606 que estos procesos sólo podrán intentarse para adquirir la posesión (interdicto de adquirir); para retener la posesión o tenencia (interdicto de retener); para recobrar la posesión o tenencia (interdicto de recobrar); y para impedir una obra nueva (interdicto de obra nueva).

Lo distintivo de cada uno de estos interdictos es el objeto que persiguen, que se refleja directamente en la sentencia que puede dictarse, si es que se otorga razón al peticionante, ya que la base común a todos ellos es la protección de la posesión o la tenencia, perturbadas o amenazadas.

De lo dicho se sigue que mediante el interdicto de obra nueva se persigue, como el mismo código procesal lo señala, impedir una obra nueva que ha tenido comienzo de ejecución, en tanto dicha obra provoque una afectación de la posesión o de la tenencia sobre un inmueble (art. 619, CPCyC).

No surge de la letra de la ley procesal, ni tampoco entiendo que se encuentre implícito en ella, que obligadamente la obra nueva deba tener su sede en un inmueble ajeno al del peticionante, y producir efectos (turbación) sobre el inmueble de aquél. Por el contrario, entiendo que el lugar donde se ha comenzado a construir la obra nueva no reviste importancia a los efectos de este interdicto, sino que lo importante es que se trate precisamente de una obra nueva que turbe la posesión o la tenencia de un inmueble o que configure una desposesión o privación de la tenencia, total o parcial, sobre el inmueble.

Es que, en definitiva, el código procesal local habilita que, tanto la desposesión como la turbación, en cuanto encuentren su causa en una obra nueva, puedan ser repelidas mediante el interdicto de obra nueva. Reitero, lo importante es el comienzo de ejecución de la obra que afecta los derechos del poseedor o tenedor del inmueble.

Consecuentemente, no coincido con la a quo en cuanto condiciona la procedencia del interdicto de obra nueva a que ésta se encuentre en un





fundo ajeno.

Pero, en lo que no tiene razón el recurrente es en la afirmación que ha acreditado ser poseedor del inmueble donde se sitúa la obra.

De la prueba aportada a la causa, principalmente de los testimonios de autos, se advierte que el actor no era ni poseedor ni tenedor del inmueble al momento de comenzarse la obra.

Es cierto que el actor ha acompañado boleto de compraventa, en cuya cláusula TERCERA se le otorga la posesión del inmueble con fecha cierta el día 30 de junio de 1999 (fs. 452/vta.), como así también escritura traslativa de dominio a su favor, de fecha 2 de marzo de 2007 (fs. 454/460, el expediente se encuentra mal foliado, habiéndose omitido considerar una foja del documento), pero la prueba testimonial, como lo señalé, muestra otra realidad.

El testigo Ramón Esteban Mondaca (acta de fs. 202/vta.) dice ser conocido del demandado y declara: “Piccolo se lo compró a Saenz que es el único dueño. Saenz es el que siempre estuvo en el terreno ese. Estamos hablando de 15 años, al lado del terreno había una repostería en la que yo trabajé 5 años y siempre estubo Saenz ahí. El nos pasaba el terreno para que pusiéramos el auto dentro del terreno ese”.

El testigo Aurelio Mario Castillo (acta de fs. 203/vta.) manifiesta conocer al accionado por hacer negocios con él y concurrir a la carnicería que está frente al inmueble objeto de este litigio, y afirma que el demandado cercó el inmueble en el año 2008 y lo limpió, y que, desde el año 1990 aproximadamente estaba en dicho inmueble el señor Saenz, para luego pasar a estar en él el demandado.

El testigo Jorge Aníbal Sainz (acta de fs. 408/409 vta.) declara haber comprado el inmueble al señor Escaudar, no pudiendo escriturar como consecuencia de la muerte del vendedor, y que “...tuve la posesión ininterrumpida del inmueble, y pagué todo... yo lo tenía todo alambrado, lo hacía limpiar yo, me llegaban las intimaciones a mí. Yo inicio la prescripción y aparece esta gente que me lo quería comprar... y le cedo los derechos posesorios... El terreno alambrado, limpio, libre de ocupantes, como lo tenía yo, me lo cuidaban los de al lado... Todas las mejoras útiles las hice yo, menos la construcción. Tengo intimaciones hasta del Municipio de cuando crecían los yuyos... Es más lo liberé de la fiscalía de estado, porque yo en un tiempo había dejado de pagar también... Pagué todo lo que debía, en una sola cuota...”.

Estas declaraciones no son desvirtuadas por los dichos de los testigos de la parte actora, quienes dicen saber que el accionante estaba en el terreno y lo había alambrado, pero sin dar razón de lo afirmado.

En estas condiciones surge claro que no puede otorgarse legitimación al actor para promover el interdicto planteado, toda vez que no se ha demostrado que él fuera poseedor o tenedor del inmueble al momento del comienzo de la ejecución de la obra. Ello, claro está, sin perjuicio de otro tipo de acciones que pudiere intentar en tanto titular del dominio sobre la propiedad.

IV.- En lo que refiere a la apelación subsidiaria en materia de costas, teniendo en cuenta el resultado de la prueba producida en autos, no existen elementos que permitan considerar que el actor razonablemente se consideró con derecho a litigar en la forma en que lo ha hecho.

Consecuentemente rige en plenitud el principio objetivo de la derrota, que determina que las costas son a cargo del vencido (art. 68, CPCyC).

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) declarar la nulidad de lo actuado por el gestor procesal a partir de fs. 512/513, con costas a su cargo; 2) rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado;

3) disponer que por Secretaría se proceda a refoliar el expediente a partir de fs. 456.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo del apelante vencido (art. 68, CPCyC).

Los honorarios del profesional actuante ante la Alzada, Dr. Alejandro Díez se fijan en el 3,13% de la base regulatoria, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Declarar la nulidad de lo actuado por el gestor procesal a partir de fs. 512/513, con costas a su cargo.

II.- Rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar la sentencia de fs. 489/494.

III.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo del apelante vencido (art. 68, CPCyC).

IV.- Fijar los honorarios del profesional actuante ante la Alzada, Dr. ... en el 3,13% de la base regulatoria, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

V.- Disponer que por Secretaría se proceda a refoliar el expediente a partir de fs. 456.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria



[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"CARRASCO CAROLINA ELISABET C/ OPS S.A.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 2244/2011) – Sentencia: 06/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO POR MATERNIDAD. INDEMNIZACION.

1.- La maternidad es protegida especialmente por la ley laboral, se garantiza a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo y se presume que el despido obedece a razones de embarazo cuando fuese dispuesto dentro de determinado plazo, más dicha protección legal está subordinada al hecho de que la trabajadora notifique en forma fehaciente y con certificación médica a su empleador el estado de gravidez y la fecha probable de parto.

2.- Al arribar firme a la Alzada el conocimiento del embarazo por parte de la empleadora con anterioridad a disponer el despido, que hacia operativa la presunción legal citada, resulta que a aquella no le bastaba demostrar que el distracto se debía a otros motivos distintos de tal estado para eximirse de la indemnización especial, sino también la legítima causa de dicha interrupción, y así lo postuló en el intercambio epistolar transcrito, esto es, que el cese de la contratación con una tercera empresa a la que estaba destinada la fuerza de trabajo de la trabajadora había derivado en la extinción de todas las vinculaciones con el personal de la nómina.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “CARRASCO CAROLINA ELISABET C/ OPS S.A.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS”, (Expte. N° 2244/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL, MINERIA Y FAMILIA - RINCON DE LOS SAUCES a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte accionada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 11 de diciembre del 2.015 (fs. 302/305), expresando agravios a fs. 308/311; pide se la revoque y se rechace la demanda en todas sus partes.

Denuncia un grosero error del juez de grado que hace lugar a la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT omitiendo valorar correctamente los hechos y la prueba rendida, e incurre en absurdo, a tenor de la doctrina y jurisprudencia en la materia, cuando resulta del plexo probatorio que el despido se debió a la resolución de dos contratos con una tercera empresa, en los que se encontraba laborando la actora, extremo que considera acreditado y admitido con la documentación acompañada, notas, actas, y la contestación del oficio por la que fue notificada la rescisión, derivándose la desvinculación también de toda la nómina del personal, y no tratarse de un hecho discriminatorio dirigido a la trabajadora.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido.

Corrido el pertinente traslado (fs. 315-10.02.2016) la parte actora no responde.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda interpuesta en concepto de indemnización agravada por embarazo con fundamento en que no fue controvertido el conocimiento de la accionada de la situación de gravidez de la actora, las fechas y la inclusión de la situación en la presunción de la ley, mientras que respecto al despido, no se acreditó el hecho que podría contrarrestar la presunción legal, es decir, que la medida fue dispuesta respecto de todos los empleados de la nómina luego de resuelto el vínculo con una tercera empresa.



En definitiva, concluye en la admisión de la demanda respecto al pago de la indemnización prevista en el art. 182 de la Ley 20.744, en caso de despido dentro del período de la tutela legal, al no haberse acreditado que la causa del distracto haya sido ajena al estado de embarazo.

Que resultan antecedentes relevantes para decidir en los presentes la presentación de certificado médico por “embarazo” con fecha probable de parto el 28/9/09 (fs. 26) que realiza la dependiente el 17.02.2009, mientras que el 23.02.2009 la empleadora otorga preaviso de la extinción del vínculo a partir del 31.03.2009 (fs. 65); luego, intimada la última al pago de la indemnización del art. 182 por infracción al art. 178, ambos de la LCT (fs. 22), resulta su negativa e invocación de que “el despido fue decidido dentro de un contexto que abarcó la generalidad del personal de la empresa, por ende y no obedeciendo el distracto a causa de su embarazo” (27.05.2009 - fs. 23), y sobre el particular la recurrente destaca una comunicación que le cursara la empresa comitente y actas que labrara respecto a la continuidad y extinción de dos contratos por trabajos varios (fs. 223/228).

Que el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo estipula expresamente que: “..La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior...”, y el art. 178 establece: “Despido por causa del embarazo. Presunción. Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley.” (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 de la Const. Prov.; 177 y ss. de la L.C.T.; y 377 y 386 del

C.P.C.C.).

Que la maternidad es protegida especialmente por la ley laboral, se garantiza a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo y se presume que el despido obedece a razones de embarazo cuando fuese dispuesto dentro de determinado plazo, más dicha protección legal está subordinada al hecho de que la trabajadora notifique en forma fehaciente y con certificación médica a su empleador el estado de gravidez y la fecha probable de parto.

“Resulta trascendente la comunicación del embarazo porque a partir del momento en que la notificación llegue a conocimiento del empleador, la trabajadora tiene derecho a la estabilidad en el empleo que la LCT reconoce durante toda la gestación(tercer párrafo del art. 177) y a la protección especial del art. 178.” (p.198 y 199, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, Julio Armando Grisóla).

“El despido durante el plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento, se presume, salvo prueba en contrario, que obedece a razones de maternidad o de embarazo. ... Para que surja el derecho a la estabilidad y la protección especial que la ley confiere a la mujer embarazada respecto de un despido arbitrario, es necesario que se comunique al empleador o a su representante el estado de embarazo, de manera fehaciente. Además debe hacerse llegar al empleador la certificación médica que indique la fecha probable del parto, la que puede ser sustituida por el requerimiento para que el propio empleador compruebe el estado de gravidez (art. 177, 2ºpárr. LCT)”.(p.1878 y 1885, t.II, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Fernández Madrid).

Que abordando el marco fáctico y jurídico expuestos, al arribar firme a la Alzada el conocimiento del embarazo por parte de la empleadora con anterioridad a disponer el despido, que hacia operativa la presunción legal citada, resulta que a aquella no le bastaba demostrar que el distracto se debía a otros motivos distintos de tal estado para eximirse de la indemnización especial, sino también la legítima causa de dicha interrupción, y así lo postuló en el intercambio epistolar transcrito, esto es, que el cese de la contratación con una tercera empresa a la que estaba destinada la fuerza de trabajo de la trabajadora había derivado en la extinción de todas las vinculaciones con el personal de la nómina.

En punto a ello, y como bien razona el juez de grado, la perseguida no demostró que la medida haya sido general, como tampoco -cabe agregar- la exclusiva afectación a tales contratos que cita.

A la insuficiencia probatoria que a tal fin representan las comunicaciones que recibiera respecto a la rescisión de los contratos para dar certeza a la generalidad de la causa invocada, lo cierto es que ello quedó severamente afectado, al referir con el informe emitido por los responsables regionales que realizan el control de legalidad de contratistas y subcontratistas de la empresa con la que mantenía la relación contractual, al referir a una “gran mayoría” del personal desvinculado (fs. 212y vta), con lo que queda avalada la postura de la actora y la procedencia de la indemnización que reclama.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio al acuerdo rechazar la apelación, y confirmar el fallo recurrido, con costas en la Alzada a la demandada vencida, y regularse los honorarios devengados a favor de los letrados de esta última en el 30%



de los correspondientes a la instancia de grado. (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. 302/305, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"BECERRA LILIANA SOLEDAD C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. -MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 420667/2010) – Sentencia: 08/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. RELACION DE CAUSALIDAD. DAÑOS Y PERJUICIOS. CUANTIFICACION DEL DAÑO. MONTO DE LA INDEMNIZACION. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. GASTOS MEDICOS. GASTOS DE FARMACIA. DAÑO MORAL.

Cabe revocar el fallo de grado y en consecuencia hacer lugar a la demanda interpuesta contra la Provincia, en función que de toda la prueba analizada se encuentra debidamente probado el nexo de causalidad entre el hecho: “aplicación de una inyección intramuscular en la nalga izquierda” y el daño físico: “celulitis glútea por inyectable intramuscular, cicatriz de 8 centímetros en glúteo izquierdo”, que se le imputa al personal de enfermería dependiente del hospital zonal de la accionada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BECERRA LILIANA SOLEDAD C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P.-MALA PRAXIS-”, (Expte. N° 420667/2010), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 2 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini, dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 336/340, rechazó en todas sus partes la demanda de daños y perjuicios entablada por la señora Liliana Soledad Becerra contra la Provincia del Neuquén, por las lesiones psicofísicas parciales permanentes inferidas por mala praxis que le imputa al personal de enfermería dependiente de la accionada; y le impone las costas en atención a su carácter de vencida.

Para así resolver, considera que la actora no ha logrado acreditar la relación de causalidad invocada a los fines de responsabilizar a la Provincia del Neuquén.

Esa decisión es apelada por la demandante a fs. 341, cuya expresión de agravios obra a fs. 363/375 vta., y la réplica de la demandada se encuentra a fs. 377/379 y vta.



II.- En primer lugar, se agravia por el rechazo de la demanda por falta de pruebas, pues entiende que el fallo omite aplicar la doctrina de las pruebas dinámicas. Así, manifiesta que en ciertas situaciones de marcada complejidad en torno a la prueba, adquieren relevancia las denominadas presunciones judiciales, que se deducen por el juzgador partiendo de la base de ciertos hechos o indicios probados y reales.

Expresa, que la Sra. Becerra ingresó al hospital zonal de la ciudad de Centenario para que le coloquen un inyectable prescripto, y a raíz de ello, más allá de las secuelas físicas visibles en su cuerpo, quedó alterada psíquicamente al presentar un trastocamiento de su imagen corporal, que la angustia e inhibe en ciertas actividades sociales, que antes de lo sucedido, disfrutaba realizar, con claros síntomas de una presencia de “NEUROSIS TRAUMÁTICA”, según el informe pericial psicológico elevado por la Lic. ... a fs. 169 de autos; que en definitiva le produjo una incapacidad del orden del

15% aproximadamente.

Sostiene que todo esto se encuentra corroborado por los testigos que declararon en la causa, Gisela Anahí Cabeza, Milka Pino, Lorena A. Rua y Patricia Sepúlveda.

Advierte que ha existido por parte de la a-quo una infravaloración de las pruebas rendidas en autos y hasta una omisión de las mismas.

Menciona, que según la pericia médica efectuada por el Dr. ..., ha quedado establecido que la Sra. Becerra, luego de la aplicación de una inyección vía intramuscular en la zona glútea sintió un intenso dolor local y posteriormente padeció un cuadro sistémico de carácter infeccioso.

El punto de partida fue el absceso glúteo que se formó post-inoculación. Agrega, que debió ser internada y tratada con antibióticos con lo cual su cuadro mejoró ostensiblemente la vez que la colección glútea drenó su contenido espontáneamente. Luego de lo cual y a partir de allí la herida cerró también en forma autónoma tras varios días de evolución.

Afirma, que quedaron secuelas en la zona afectada con hipotonía e hipertrofia de los tejidos y una cicatriz evidente, que le ocasionaron una incapacidad del orden del 14%.

Subsidiariamente, apela la imposición en costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada y luego de examinar el contenido de los agravios de la parte actora, cotejados con la prueba producida en la causa, valorada ésta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 386 del Código Procesal, considero que la sentencia de grado debe ser revocada.

En efecto: si bien en la resolución de primera instancia se establece que la actora no ha logrado demostrar los hechos alegados, vale decir, la defectuosa colocación de una medicación inyectable el día 24 de agosto de 2008, debo decir que más allá que en el Registro de consultas de la guardia del hospital de ese día (v. fs. 5), no conste la práctica alegada, de los testimonios rendidos y de la pericia médica de autos, advierto que ellos son suficientes para su acreditación.

Así, de la declaración testimonial de la Sra. Gisela Anahí Cabezas (fs. 155/156 y vta.), en relación a la existencia del hecho puntual –si a la actora en el mes de agosto de 2008 en el hospital se le inyectó un medicamento intramuscular en la zona de la nalga-, respondió: “Si sabía, no sé bien las fechas. Sé que fue un año después que ella se estaba inyectando...Sabía que ella andaba con muchos dolores y por eso la estaban inyectando. Se hacía calmantes intramusculares en la nalga”. A la cuarta –si sabe si a raíz de ello, se le inyectó aire-, dijo: “No, sé que algo malo pasó, pero no sé que. Porque ni ella sabía de eso en ese momento, sabía que sentía un gran dolor y que le agarró un gran hematoma en la nalga a raíz de la inyección, pero no sabía que era por el aire. Sabía que alguna negligencia pasó en esa intervención, por cómo estaba ella”. A la quinta –Si sufría de muchos dolores y molestias a raíz de ello- expresó: “Si, tal cual. Yo la fui a ver cuando estaba internada acá en el Policlínico, le tomé fotografías de cómo tenía el hematoma en la nalga, para que quede documentado para el futuro. Ella estaba muy mal, andaba con suero, muy decaída, muy adolorida sobre todo. Le costaba acostarse, levantarse. Lo que recuerdo es que el hematoma se le agrandaba cada vez más. Yo le saque fotos generales de cuerpo entero y particulares en la zona afectada”. A la sexta –Si fue internada a raíz de ello y en su caso en qué lugar-, sostuvo: “Si, lo que dije recién, en el Policlínico fue internada a raíz de ello, porque me enteré apenas ella fue internada y la vine a ver al Policlínico Neuquén”. A la séptima –si la vio luego de que se le aplicara la inyección y en su caso cómo la vio-

“La ví ahí, al otro día cuando ya la internaron ahí la ví. Físicamente muy dolorida y psicológicamente muy afectada al no saber como iba a terminar eso, como iba a quedar ella -aparte de la cicatriz que le había quedado- y el no saber que contenía esa aguja o ese líquido que le había afectado tanto, si estaba sucia, si tenía algún tipo de enfermedad que ella podía contraer. Muchos miedos, incertidumbre”. (el subrayado es propio).

Del testimonio transcrito se desprende que era habitual que a la actora a raíz de los dolores que padecía le inyectaran calmantes intramusculares, y que a raíz de ello, en una oportunidad sintió un gran dolor y se le formó un hematoma en la nalga, que según los dichos de la declarante, fue a raíz de la inyección.

Además, la testigo reconoce que ella misma fue la que le tomó fotografías en todo el cuerpo, y sobre todo en la zona afectada.

A fs. 157/158, Milka Azucena Pino, al responder a la pregunta tercera, señaló:

“Sé que fue, que le habían puesto una inyección por el tema de los dolores, por el tema de la operación”. A la cuarta: “Yo no soy médica como para decir si se le inyectó aire o no, pero sí se que esa inyección le trajo muchísimas complicaciones”. (el destacado me pertenece).





En concordancia con los dichos de la señora Cabezas, la testigo Pino relata que a raíz de la inyección que se le colocó a la accionante, ésta sufrió muchas complicaciones.

A fs. 161 y vta., declara la médica Lorena Alejandra Rúa, y a la primera dijo:

“...A la actora la conocí en su primer consulta en la guardia del Policlínico Neuquén...” A la segunda -todo lo que sepa con motivo de la atención brindada-, expresó: “Yo la atendí a la paciente Becerra en el consultorio de la guardia del Policlínico Neuquén porque consultaba por dolor en la zona glútea, posterior a la colocación de un inyectable. Presentaba una zona de hematoma en el sitio de colocación con el comienzo de un proceso celulítico, que es una inflamación del tejido subcutáneo. Yo la medicó con analgésicos, antibióticos, y le doy pautas de alarma de que si en 24 horas el dolor no mejoraba volviera a la consulta por guardia que en el caso de que estuviera yo la controlaba yo o el colega que estuviera”. (el destacado me pertenece).

De lo expresado por la Dra. Rúa se observa que la actora fue atendida por ella en el consultorio de guardia del Policlínico Neuquén, por dolor en la zona glútea con motivo de la colocación de un inyectable. Y que presentaba un hematoma en el sitio de colocación, que generó el comienzo de un proceso celulítico.

A fs. 162/163 declaró la Sra. Patricia Noemí Sepúlveda, quién a la pregunta tercera dijo: “Si, fue al Hospital de Centenario. El intramuscular fue a raíz de su problema de columna.” A la cuarta: “Se que cuando a ella la inyectaron se le infectó la zona y estuvo muy mal. La internaron como 3 días en el Policlínico Neuquén porque se le había inflamado un montón, le había quedado una herida bastante importante...” De estos dichos advierto que la reclamante fue inyectada en el Hospital de Centenario y que a raíz de eso se infectó la zona en donde le hicieron la aplicación.

A fs. 204 y vta., obra declaración testimonial del Dr. Jorge Alejandro Calderón, quien expresó: “Se por mi especialidad que tenía una infección. Vino derivada del Dr. Obligado, un traumatólogo que la estaba atendiendo...La infección era en la región posterior, en la región dorsal lumbosacra. Recuerdo que realizó tratamiento antibiótico por bastante tiempo...” Este testimonio corrobora el tipo de lesión de la actora.

A fs. 307/308 luce la pericia médica practicada en autos, no impugnada por las partes, que informa: “I) Fojas 48 y 49, atención en Polar el 28.VIII.8 por proceso inflamatorio post aplicación de inyección intramuscular en zona glútea izquierda en el Hospital Centenario el 24.VIII.8. La ecografía de la zona en cuestión informó: áreas de aumento de espesor y ecogenicidad de la piel y celular subcutáneo (grasa), colección líquida laminar de 3.3 cm. x 0.4 cm. debajo del plano graso compatible con proceso inflamatorio. II) Fojas 53 a 55, certificados donde se informa que tiene celulitis glútea por inyectable intramuscular del 22 al 28.VIII.8, los dos últimos días internada en el Policlínico Neuquén”.

“Examen de la actora: La actora, Señora Liliana Soledad Becerra, fue atendida por mí en el consultorio de ... de la ciudad de Neuquén,... D.N.I. N° .... Al interrogatorio cita que luego de la aplicación de una inyección intramuscular en la zona glútea izquierda, rápidamente sintió un dolor urente e intenso que no había experimentado antes en similar situación. Se fue paulatinamente hinchando la región hasta llegar a cubrir toda ella y en parte superior del muslo, estuvo internada hasta que espontáneamente se abrió al exterior la colección purulenta que tenía en el interior drenando abundantemente. Se le indicaron antibióticos con lo cual el cuadro cedió, se le dio el alta continuando por varios días la secreción hasta el cierre espontáneo del proceso. Al examen físico presenta una cicatriz en forma de “bastón” invertido en la parte alta de la zona glútea izquierda de 8 cm. irregular anfractuosa hipopigmentaria y algo deprimida. A la palpación existe una depresión en la zona por hipoplasia de los tejidos blandos de la zona, fundamentalmente el músculo glúteo”.

“Consideraciones médico-legales: La actora, Señora Liliana Soledad Becerra, tiene una cicatriz en el sector superior en zona glútea izquierda, producto de un absceso a ese nivel resultado posterior a la aplicación de una inyección.

Como consecuencia sufrió un cuadro sistémico de sepsis con fiebre y alteración general de su estado clínico, el proceso local drenó espontáneamente, no obstante necesitó tratamiento farmacológico y curaciones locales hasta su resolución definitiva. Como secuelas quedó la cicatriz ya descripta, motivo de su incapacidad que se evalúa en un 14%”.

A modo de conclusión, expresó: “La actora, Señora Liliana Soledad Becerra, luego de la aplicación de una inyección por vía intramuscular en la zona glútea sintió un intenso dolor local y posteriormente padeció un cuadro sistémico de carácter infeccioso. El punto de partida fue el absceso glúteo que se hubo formado post-inoculación. Debió ser internada y tratada con antibióticos con lo cual su cuadro mejoró ostensiblemente a la vez que la colección glútea drenó su contenido espontáneamente. Luego de lo cual y a partir de allí la herida cerró también en forma autónoma tras una evolución de varios días. Quedaron secuelas en la zona glútea afectada con hipotonía e hipotrofia de los tejidos y una cicatriz evidente. Se considera que tiene una incapacidad del 14%”.

De dicho informe médico se pueden extraer en relación a la señora Becerra, las siguientes conclusiones: 1) Que el día 28 de agosto de 2008 fue atendida en Polar, debido a un proceso inflamatorio post-aplicación de inyección intramuscular en la zona glútea izquierda; 2) Que existen certificados que informan que tiene celulitis glútea por inyectable intramuscular; 3) Que a raíz de ello es atendida e internada en el Policlínico Neuquén; 4) Que posee una cicatriz en forma de bastón invertido en la parte alta de la zona glútea izquierda de 8 cm; y 5) Que a la palpación existe una depresión en la zona por hipoplasia de los tejidos blandos de la zona, principalmente el músculo glúteo.

En función de toda la prueba analizada, interpreto que el nexo de causalidad entre el hecho: “aplicación de una inyección intramuscular en la nalga izquierda” y el daño físico: “celulitis glútea por inyectable intramuscular, cicatriz de 8 centímetros en glúteo izquierdo”, se encuentra



debidamente probada, por lo que propondré al acuerdo la revocación del fallo de grado y en consecuencia, que se haga lugar a la demanda interpuesta por Liliana Soledad Becerra contra la Provincia del Neuquén.

A continuación abordaré el estudio de los distintos rubros indemnizatorios reclamados en la demanda.

Daño patrimonial: A los fines de justificar su procedencia, la parte actora refiere que ha sufrido una invalidez parcial y permanente que estima, prima facie en un 30% del valor vida.

Manifiesta que el perjuicio consiste en las limitaciones a la capacidad física genérica que son consecuencia de las lesiones experimentadas como consecuencia del ilícito dañoso; evento que compromete seriamente la armonía de su vida en cuanto ha quebrantado la normalidad.

Dice que esto afecta su personalidad, cualquiera sea la faceta que se analice (en lo personal, en lo social, familiar, recreativa, etc.).

Resalta, que por actividad laboral de la actora –agente de la Policía- el especial impacto de la lesión sufrida, ya que a raíz del ilícito sufre marginación escalafonaria (ascensos), tal como lo demuestra la actuación administrativa que actualmente tramita ante la superioridad, y que se adjunta como Anexo “D”.

Teniendo en cuenta la edad, la incidencia del daño a la salud, la esfera profesional, el salario que percibía al momento del hecho (\$2.800), y el grado de incapacidad, reclama la suma de \$80.000, con más sus intereses desde la fecha del evento dañoso hasta su efectivo pago.

De la prueba colectada en la causa -pericia médica de fs. 307/308-, surge que la secuela dejada por la celulitis glútea experimentada por la demandante ha sido una cicatriz en la zona glútea izquierda de 8 centímetros; irregular anfractuosa hipopigmentaria y algo deprimida; que la cicatriz secuelar es permanente; y que los costos aproximados de la reparación a través un tratamiento quirúrgico a la fecha de la pericia (18/11/2014), rondaban entre \$7.000 y \$10.000.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: “Cuando existen lesiones debidamente acreditadas como consecuencia de un accidente, como es el caso, para que no configuren una incapacidad sobreviniente con las características de daño cierto y perdurable, sino que se trata de un proceso lesivo con curación total -transitorio-, se trata de la hipótesis del art. 1086 del Código Civil que establece que si el delito fuere por heridas u ofensas físicas la indemnización consistirá en el pago de los gastos de curación y convalecencia del ofendido y de todas las ganancias que dejó de percibir hasta su reestablecimiento, corresponde una estimación prudencial del rubro como incapacidad transitoria” (Autos: VALDEZ Sandra Noelia c/ URBANO Alberto Daniel y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Magistrados: MATTERA, WILDE, VERÓN. - Sala J. - Fecha: 25/02/2010 - Nro. Exp.: J087802).

Y que: “La incapacidad transitoria que sufre la víctima de un accidente no puede concebirse como una categoría distinta, autónoma al género incapacidad, sino que representa una forma en que puede manifestarse, ya sea de manera permanente o bien temporaria y debe ser resarcido, en virtud de la reparación integral del daño. 2- La sola existencia de una lesión da derecho a reparación, aunque no queden secuelas incapacitantes permanentes y su proyección excede la que se atribuye en el plano laboral, productivo en alguna de las otras manifestaciones vitales, puesto que el propósito de la indemnización es compensar el daño en sentido jurídico mediante una suma de dinero a todas las consecuencias disvaliosas soportadas por la víctima del hecho generador, porque no puede devolverse al organismo alterado la situación de indemnidad anterior al accidente...” (Autos: OLDENBURGER Hugo Marcelo c/ TREJO Daniel y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Magistrados: DIAZ, AMEAL, HERNANDEZ. - Sala k. - Fecha: 05/06/2007 - Exp.: K.084936).

Consecuentemente, en función de la edad de la víctima al momento del hecho, el carácter de la lesión (cicatriz de 8 cm.), su posibilidad de revertirla a través de una cirugía y el costo que conllevaría la realización de la misma de acuerdo a los valores proporcionados por la pericia médica, estimo justo y equitativo fijar, de conformidad con las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, la suma de \$20.000, con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén S.A., desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

En cuanto a los gastos médicos y de farmacia, debo decir que frente a una lesión física se presumen, por lo que no corresponde exigir una prueba acabada de tales gastos incurridos por la accionante a los fines de su procedencia, debiendo el juez fijar su quantum teniendo en cuenta la índole de la lesión padecida, su tratamiento y el tiempo de recuperación, entre otras pautas.

Asimismo, dentro de este rubro ha de tenerse en cuenta la pericia psicológica obrante a fs. 169/171, en donde se recomienda la realización de tratamiento teniendo en cuenta los padecimientos que a nivel personal experimentó la señora Becerra como consecuencia de la lesión y de su personalidad.

En ese orden, la Jurisprudencia ha dicho: “Los gastos médicos y de farmacia no exigen necesariamente la prueba acabada de su existencia si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento al que fuera sometido la víctima y la circunstancia de haber sido atendida en centros asistenciales públicos no es óbice a la procedencia del rubro toda vez que no se desvanece aún la atribución de elegir otro servicio médico que se considera con más condiciones para atender una posible interconsulta” (Autos: SEYGAS NORMA I c/TRONCOSO SERGIO s/DAÑOS Y PERJUICIOS - N° Sent.:33877 - Civil - Sala K - Fecha: 17/12/1993).

“Para la concesión de los rubros, gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf., C. N. Civ., Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd. íd., L. 61.092 del 22/2/91; íd., L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella contara con asistencia



gratuita de un hospital público, por cuanto, sabido es, que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan” (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/ MARTINO Mario Rafael s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Sent. 14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994).

“La procedencia del resarcimiento de gastos de asistencia medica, honorarios, medicamentos, etc., ocasionados como consecuencia de un accidente de tránsito, no requiere necesariamente la presentación de recibos ni facturas; lo que si es menester es que los gastos invocados guarden relación con las lesiones sufridas por la víctima y encuentre apoyatura en informes médicos, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial” (En igual sentido: sala E, 10.9.03, "Duran, Rodolfo Fidel c/ Interpar SA s/ sumario")(Autos: ANGRIMAN DE GARCIA TORRES ADELINA C/ PERALTA JOSE S/ SUM. - Sala: E - Mag.: RAMIREZ - GUERRERO - ARECHA - Fecha: 27/05/1991).

Además, dentro del concepto de gastos, se incluyen los necesarios para que el afectado pueda trasladarse a los centros asistenciales y los de farmacia, todas estas circunstancias justifican que el monto global estimado, conforme a las facultades que me confiere el art. 165 del Ordenamiento procesal, lo determine en la suma de \$10.000.

Sobre el Daño Moral, argumenta la accionante que, para su procedencia y quantum se deberá tener en cuenta el daño estético, pues corresponde equilibrar, dentro de un nivel de razonabilidad, la desventaja que todo ser humano padece cuando exhibe cicatrices o mutilaciones que afectan el sentido estético propio, que en definitiva se traduce en una afección psíquica y física incapacitante, ya que están disminuidas sus posibilidades de realizar actividades.

Así, considera que esta indemnización de equidad, plena e integral, es la que aparece impuesta en el derecho invocado en la demanda y que estima no inferior a \$30.000.

Al respecto, debo decir, que el daño moral se caracteriza como la lesión sufrida en los derechos extra patrimoniales, el dolor, la angustia, la inquietud espiritual o el agravio a las afecciones legítimas.

Si bien, este rubro no es de fácil determinación, toda vez que se encuentra sujeto a una prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, los padecimientos experimentados a raíz de las lesiones sufridas y la incertidumbre sobre un futuro incierto, su procedencia debe ser analizada teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

Por otra parte, su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Además, se debe descartar la posibilidad de su tarifación en proporción al daño material; y sí debemos atenernos a las particularidades de la víctima, a la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general “standard de vida”.

En tal sentido esta Sala (PS-2007-TºII-Fº254/257) tiene dicho: “Para resarcir el daño moral no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodearon el hecho y que permitan inferir la existencia y su extensión”.

“...la cuantificación del daño moral no precisa de probanza alguna, desde que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba in re ipsa, que surge de los hechos mismos, cuya determinación debe hacerse en base a la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios materiales admitidos”.

En definitiva, y en función de las particularidades que reviste el presente caso: edad de la actora, secuelas físicas padecidas; como así las angustias experimentadas a raíz del hecho, según da cuenta la pericia psicológica de fs. 169/171, considero procedente la indemnización por daño moral.

A los fines de su cuantificación, nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que “la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual” (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Teniendo en cuenta entonces, que el juzgador se encuentra compelido a determinar una indemnización tendiente a acordar cierta tranquilidad de espíritu en alguno de los aspectos de su vida, y que debe ponderar las circunstancias que rodearon al acaecimiento dañoso en orden a una adecuada discrecionalidad y de conformidad con los precedentes de esta Alzada, estimo apropiado fijarlo en la suma de \$15.000, con más sus intereses a la tasa activa del BPN S.A., desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

IV.- En consecuencia, propondré al acuerdo que se revoque la sentencia de grado y, se haga lugar a la demanda interpuesta por Liliana Soledad Becerra contra la Provincia del Neuquén, por la suma de \$45.000, con más los intereses expuestos en los considerandos respectivos y costas de ambas instancias. A su vez, se deberá dejar sin efecto la regulación de honorarios de la anterior instancia, los que deberán ser recalculados en función de este nuevo pronunciamiento.

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. 336/340, y en consecuencia, condenar a la Provincia del Neuquén a abonar a la señora Liliana Soledad Becerra, la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL (\$45.000), con mas los intereses a la tasa activa del BPN S.A., desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, en el plazo de diez días de quedar firme la presente, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.).
- 3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad de practicarse la planilla de liquidación.
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIA

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

**"LOPEZ GERARDO MATIAS C/ O.P.S. SACI S/ DESPIDO INDIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** -  
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III –  
(Expte.: 7360/2015) – Sentencia: 09/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. INTIMACION AL EMPLEADOR. SILENCIO DEL EMPLEADOR. REBELDIA DEL EMPLEADOR.

Ha sido la propia inoperatividad de la parte demandada, quién ha pesar de haber sido fehacientemente intimada, no ha respondido a la intimación cursada por el actor, ni a la demanda impetrada, por lo que ello ha tornado operativa las presunciones legales consagradas en el art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo y en el art. 30 de la Ley N° 921, por lo el recurso será rechazado.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LOPEZ GERARDO MATIAS C/ O.P.S. SACI S/ DESPIDO INDIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (EXP N° 7360/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA LABORAL DE RINCÓN DE LOS SAUCES, a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia del Secretario actuante, Dr. Oscar SQUETINO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. GHISINI dijo:

I.- Contra la sentencia de fs. 76/77 vta. que hace lugar a la demanda interpuesta por el actor, la parte demandada interpone recurso de apelación.

En sus agravios de fs. 84/86 vta, manifiesta que la sentencia dictada incurre en un grosero error al acoger la acción impetrada en autos, y al hacer lugar al despido indirecto en que se colocó el accionante, omitiendo valorar correctamente la prueba rendida en autos, como así doctrina y jurisprudencia sobre la materia.

Sostiene, que el actor por su desmedido afán de lucro, y con el fin de evitar el resultado del sumario al que fue sometido por transportar en su vehículo particular varillas pertenecientes a la empresa YPF S.A., tal como se desprende del texto del telegrama que le remite oportunamente su mandante y que se encuentra agregado a la causa, ha olvidado "deliberadamente" un principio rector de la materia, que se encuentra previsto en el



art. 10 de la LCT.

La norma citada determina que en caso de duda respecto de la rescisión de la relación, la situación debe interpretarse a favor de la continuidad o subsistencia del vínculo.

Afirma que el actor ha hecho caso omiso a este principio, atento a que los supuestos incumplimientos endilgados oportunamente a su mandante, no lo facultaban a deshacer el vínculo laboral como lo hizo, pues su accionar ha sido contrario a derecho, máxime cuando se le había notificado su suspensión como medida cautelar, hasta tanto la empresa evaluase la sanción que se le iba a aplicar.

Indica, que el accionante tenía conocimiento de que el contrato estaba suspendido como medida cautelar, hasta tanto se relevase la información con el comitente YPF S.A., a los fines de evaluar la sanción que le correspondía por la sustracción de las varillas de bombeo que pertenecían a este último, tal como se desprende de la comunicación epistolar remitida por la empresa.

Considera, que el demandante no solo ha violado el principio de conservación del contrato, sino también el de buena fe previsto en el art. 63 de la LCT.

Entiende que como mínimo resulta apresurada la decisión del señor López de darse por despedido de manera indirecta, alegando una falta de respuesta, cuando en la carta documento que se le remitió se le notificó que como medida precautoria se había suspendido la relación laboral, atento a que se estaba evaluando la sanción que se le iba a aplicar.

Manifiesta que, el supuesto silencio frente a la comunicación del accionante, que este alega como causal del distracto, no lo facultaba para darse por despedido ya que no todo incumplimiento justifica la denuncia de la relación de trabajo, sino aquellos cuya gravedad obsta a la continuación del contrato, calificada en cada caso y conforme a sus propias circunstancias.

Sustanciado el recurso, la contraria no lo contesta.

II- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, tal como surge de los agravios formulados, una parte importante de su queja gira en torno a los efectos y alcances que cabe conferir a la situación de contumacia en que incurre la parte demandada como consecuencia de la falta de contestación de la demanda.

El art. 30 de la Ley N° 921 establece claramente que: “Cuando no se contestara la demanda y no se ofreciera prueba, se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor, pasándose los autos a despacho para dictar sentencia sin más trámite, salvo que el actor- dentro del tercero (3ero) día- solicitara la producción de la prueba que hubiere ofrecido”.

Al respecto, debo señalar que si bien es cierto que el art. 30 de la ley 921 establece que cuando no se contestara la demanda y no se ofreciera prueba se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor, salvo que mediare prueba en contrario.

En esa línea, esta Alzada ha dicho: “surge entonces que, si bien no lo dice expresamente la norma, debe interpretarse que los hechos invocados por el actor deben presumirse como ciertos, “salvo” prueba en contrario que desvirtué aquellas afirmaciones...”

“...la rebeldía en sede laboral de acuerdo al artículo 30 de la ley 921 importa tener por ciertos los hechos lícitos alegados por el actor siempre y cuando ellos no resulten arbitrarios y/o caprichosos o estén en pugna con elementos existentes en la causa o como se dice más claramente en la cita de la sentenciante, la verosimilitud de los hechos alegados y la pertinencia del derecho invocado, a fin de que la presunción que establece el artículo no derive en el acogimiento automático de las pretensiones” (exp. 313033/4, de fecha 02/03/2006 y exp. 421147/201002 del 2/09/14, Sala II).

Confrontando los conceptos expuestos precedentemente, con las constancias obrantes en la causa, adelanto la improcedencia de los agravios.

En efecto: en autos se encuentra reconocida la relación laboral, no sólo en función de la presunción del art. 30 de la Ley 921, sino por el simple hecho de que en ninguna de sus presentaciones, que lucen a fs. 37 y vta; 41; 45/46vta; 52; 55; 61 y 68 la demandada ha negado la calidad de empleado de O.P.S. SACI, invocada por el actor, o más allá de su extemporaneidad, los demás hechos alegados por el accionante en su demanda de fs. 10/17.

Todas las presentaciones mencionadas precedentemente, han estado direccionadas al embargo trabado sobre las cuentas de la demandada, sin cuestionar las demás consideraciones efectuadas por el actor como fundamento de su reclamo.

Por otra parte, observo que con posterioridad a que la demandada compareciera a estos autos, a fs. 63 se declaró la cuestión de puro derecho, en los términos del art. 359 del CPCyC, no mereciendo el presente auto ningún tipo de cuestionamiento de su parte.

Efectuada dichas apreciaciones, estimo que cobra mayor fuerza y relevancia la presunción contenida en el art. 30 de la Ley N° 921, en cuanto afirma que:

“Cuando no se contestare la demanda y no se ofreciere prueba” pues justamente la demandada pudiendo hacerlo no solo no contesto la demanda sino que tampoco ofreció la prueba que hace a su derecho, situación ésta que torna operativa la norma mencionada, en cuanto dispone que: se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor”.

Si bien recién en oportunidad de expresar agravios, la demandada pretende hacer valer la suspensión dispuesta por su parte, conforme se puede apreciar de la documental adjuntada por el actor a fs. 2, entiendo que ello frente a todo el contexto enunciado precedentemente, resulta insuficiente para otorgarle a dicha suspensión los efectos que ésta pretende.





Máxime cuando dicha suspensión ha sido cuestionada oportunamente por el actor, conforme se puede apreciar en el telegrama obrante a fs. 4, en los siguientes términos: “Que vengo por la presente a rechazar vuestra notificación de inicio de procedimiento administrativo – medida cautelar de fecha 12 de mayo de 2015.

Niego hecho supuestamente acontecido el día 08/05/2015 en vehículo particular dominio FCC-947, Niego supuesto transporte de veinticinco trozos de varillas de bombeo. La pretendida medida cautelar que me impone, altera el principio protectorio que impregna mi derecho al trabajo, toda vez que carece de PLAZO DE DURACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR, siendo improcedente como tal y revistiendo la misma el carácter de sanción anticipada de un hecho que no existió como usted lo relata. En tal sentido reitero expresamente el rechazo de la pretendida medida cautelar y lo intimo a que en el plazo de 48 hs me reintegre a las tareas habituales, bajo apercibimiento de considerarme gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa”.

Cabe acotar que dicha misiva no ha sido respondida por la demandada, lo que torna operativa también la presunción contenida en el art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo, que dispone: “Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que hagan que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable, el que nunca será inferior a dos días hábiles”.

El artículo en cuestión es precisamente el que refleja de manera pura el principio de buena fe que con tanto ahínco menciona en sus agravios el apelante, y esta referido a la obligación del empleador de expedirse, ya sea negando, explicando o reconociendo el reclamo que de manera fehaciente efectúa su dependiente, por lo que es su silencio –conducta omisiva imputable a su parte- el que hace operativa la presunción legal en su contra.

Dicho silencio se vio patentizado por la falta de respuesta de la patronal, lo que origino que el actor hiciera efectivo el apercibimiento de considerarse despedido, conforme se desprende del telegrama obrante a fs. 6, en los siguientes términos: “Ante la falta de respuesta a mi anterior misiva TCL CD 40969394-5 del 15/05/15 y debido a que no me ha brindado ocupación efectiva desde la recepción de la misma, me considero gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa, por ello lo intimo a que en el plazo de 48 horas deposite en mi cuenta los haberes correspondientes al mes de mayo de 2015; proporcional junio 2015; indemnización por antigüedad, sac prop, preaviso indemnización correspondiente a la integración mes de despido...”.

En definitiva, considero que ha sido la propia inoperatividad de la parte demandada, quién ha pesar de haber sido fehacientemente intimada, no ha respondido a la intimación cursada por el actor que luce a fs. 4, ni a la demanda impetrada a fs. 10/17, por lo que ello ha tornado operativa las presunciones legales consagradas en el art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo y en el art. 30 de la Ley N° 921, por lo el recurso será rechazado.

III.- Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo que se rechace el recurso de apelación obrante a fs. 84/86 vta, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de alzada a cargo de la demandada atento a su carácter de vencida, debiendo proceder a regular los honorarios correspondientes a esta instancia de conformidad con lo establecido por el art. 15 LA.

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. 76/77 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"RUIZ ANTONIO C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" -  
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III -**



(Expte.: 450402/2011) – Sentencia: 15/17 – Fecha: 07/02/2017

DERECHO COMERCIAL: Contratos comerciales.

CONTRATO DE SEGURO. POLIZA DE SEGUROS. RIESGO CUBIERTO. PRINCIPIO DE BUENA FE.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda en la que se reclama el cumplimiento de la cláusula de la póliza de seguros, vigente entre las partes, que establece la cobertura del riesgo de destrucción total del vehículo objeto de la contratación, y se pretende el cobro de la suma equivalente al monto asegurado, pues, no obstante el esfuerzo esgrimido por el recurrente para revertir la decisión de grado, sobre la base del supuesto de admisión tácita del siniestro derivado del vencimiento del plazo previsto por el Art. 56 LS y de los principios protectores vigentes de los usuarios y consumidores, el sustento jurídico que respalda la sentencia está apoyado sólidamente en que no cabe duda que en el caso ha mediado una declaración falsa del asegurado al momento de denunciar el siniestro ante la aseguradora, al haberse comprobado suficientemente, que “el vehículo se encontraba afectado al uso de transporte público de pasajeros –taxi-, sin que el actor, hubiere demostrado circunstancia alguna que justifique o lo exima de haber conocido la falsedad de tal afirmación.

2.- Hace al principio de la buena fe sostener que para poder aspirar a una actividad concreta de investigación de la compañía aseguradora, el asegurado deba precisar exactamente –y no lo hizo- que el perjuicio sufrido coincide con el riesgo reclamado “destrucción total”, por lo que el planteo del seguro parece legítimo para verificar los daños y en caso de corresponder proceder al posterior pago de la indemnización, ya que, de la descripción fáctica del asegurado no surge una razonable y cierta probabilidad de que el hecho pueda encuadrar en la cobertura reclamada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 7 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “RUIZ ANTONIO C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, (Expte. N° 450402/2011), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini, dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce fs. 383/387 vta., rechazó la demanda de cumplimiento de contrato entablada por Antonio Ruiz, y le impuso las costas en atención a su condición de vencido.

Para así resolver sostuvo: “Ha quedado demostrado en autos con la documentación aportada por el propio accionante que al momento de la contratación aquél denunció que el vehículo asegurado era destinado a “uso particular”. También se ha acreditado debidamente en autos, y no ha sido motivo de controversia, que con anterioridad a la vigencia de la póliza emitida por la demandada el vehículo asegurado era destinado al uso de transporte de pasajeros en la ciudad de Neuquén, habiendo sido habilitado como taxi por la Comuna el 26/06/08 (ver informe de fs. 319 y denuncia policial de fs. 90)”.

“En el caso, no cabe duda a la suscripta que ha mediado declaración falsa del asegurado al momento de contratar la póliza, al haberse comprobado suficientemente, como se ha visto, que el vehículo se encontraba afectado al uso de transporte público de pasajeros, sin que el Sr. Ruiz, hubiere demostrado circunstancia alguna que justifique o lo exima de haber conocido la falsedad de tal afirmación como lo invoca en su escrito de responde de fs. 58, en especial, teniendo en cuenta que él mismo acompañó en estos autos la constancia de cobertura (ver fs. 15 y 371/373)”.

“Por ello, aun cuando en el caso, tampoco la aseguradora ha demostrado adecuadamente mediante el dictamen pericial correspondiente, que la impugnación formulada en la contestación de demanda lo hubiera sido dentro del plazo de tres meses de conocida la falsedad de la declaración, lo



cierto es que ninguna duda puede caber, independientemente del funcionamiento del instituto de la reticencia, que el caso encuadra en la exclusión prevista en la póliza”.

Esa sentencia es apelada a fs. 393 por la parte actora.

II.- Agravios de la parte actora (412/421 vta.)

En primer lugar, considera errónea la valoración de la prueba relativa a la obligación de la aseguradora –predisponente de las cláusulas- que determinara su incumplimiento contractual y, como consecuencia de ello, la equivocada aplicación de la norma contenida en los arts. 49 y 56 de la Ley de Seguros 17.418, que dispone precisamente el plazo legal en el que debe pronunciarse el asegurador (30 días).

Aduce, que quedó establecido que la denuncia administrativa se efectiviza el 2 de noviembre de 2009; se intima a la aseguradora el 10 de diciembre de 2009; y ésta se expide recién el 5 de enero de 2010, es decir, superando el máximo permitido legalmente.

Interpreta, que la a quo omitió valorar la prueba producida, y no consideró documentos relevantes como la intimación cursada por la actora y la respuesta de Sancor Seguros; además de los principios protectores vigentes de los usuarios y consumidores.

Asimismo, refiere que de la propia prueba aportada por la actora referida a la contratación del seguro y la prueba pericial, cabe concluir que los daños se corresponden con la obligación asumida por la demandada y que ella no cumplió con su obligación legal, dando por ende su aceptación tácita.

Cita profusa jurisprudencia.

En segundo lugar, sostiene que resulta errónea la admisión de la defensa esgrimida por la accionada en cuanto a la aplicación del instituto de la reticencia que dispone el art. 5 de la Ley de Seguros, a pesar de que ninguna prueba se produjo a través del juicio de peritos como se establece en el artículo mencionado, siendo que debe ser materia de concreta demostración.

Menciona, que en el propio informe aportado por la demandada (fs. 232/233), se especifica el modo de contratación de la póliza que afecta a la unidad del actor, indicando que se trata de una póliza del tipo colectivo, que es un modo de contratación utilizado por la aseguradora en el cual es la figura del agente institorio el encargado de realizar las contrataciones de todos los vehículos que se comercializan por planes de ahorro, donde se limitan solamente a vender el vehículo sin ningún tipo de asesoramiento al consumidor.

Entiende, que la sentencia se aparta de los textos legales aplicables sin brindar razón plausible alguna y efectúa en cambio una interpretación de la póliza que claramente contradice normas de rango superior y en cuya observancia se encuentra comprometido el interés general y la implementación de políticas de estado. Cita jurisprudencia.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, el mismo fue contestado por la contraria a fs. 423/425, en donde solicita su rechazo con costas.

III.- De modo preliminar al tratamiento del recurso ensayado, cabe recordar que los Jueces de Cámara, como tribunal de revisión, se encuentran limitados por los términos de la sentencia en crisis y por los agravios de las partes. Son los litigantes quienes delimitan con sus quejas, como regla general, el alcance del conocimiento de la Alzada.

Consecuentemente, la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del tribunal inferior (art. 277), y es en ese marco que corresponde analizar el recurso.

Además, los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. art. 386 del Código Procesal).

Ahora bien, en la causa que nos convoca, el actor ha accionado reclamando a la demandada el cumplimiento de la cláusula de la póliza de seguros N° 818369, vigente entre las partes -fs. 31/43-, que establece la cobertura del riesgo de destrucción total del vehículo objeto de la contratación –Renault Logan 1.6 16V Confort, dominio: GSZ070, modelo: 2007-. Aduce que ante la falta de respuesta en el tiempo establecido en la Ley de Seguros, se supone la aceptación tácita del siniestro, pretende en los presentes el cobro de la suma de \$60.000 equivalente al monto asegurado.

Al contestar demanda, Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. reconoce el contrato de seguro celebrado con el demandante y el alcance de la cobertura del mismo.

Sin embargo sostiene que la misma no alcanzaba daños parciales y que el seguro fue contratado para un vehículo de uso particular del asegurado. Resiste la pretensión al solicitar que se decrete la nulidad del seguro por reticencia del asegurado.

De la póliza incorporada a la causa por el propio demandante se corrobora el argumento defensorista de la aseguradora, vale decir, que el uso que correspondía asignarle al rodado asegurado era “particular”, y que en caso de que “el uso para el que está destinado el vehículo asegurado en esta constancia dejare de ser el indicado, caducarán ipso facto los derechos del asegurado. Quedando liberado el asegurador de todo cargo u obligación de la presente” (v. fs. 15).

A su vez, de las constancias de fs. 20 surge que la licencia que habilitaba al señor Italo Huechapan –conductor del rodado al momento del siniestro (fs. 21 vta. y 22)- era para “automotores del servicio de transporte de pasajeros de hasta 8 plazas más el chofer y los comprendidos en las categorías B”.



Por otro lado, obsérvese que los hechos objetivos de la causa, previos a la demanda objeto de autos, que fuera presentada el día 22 de junio de 2011, no son del todo claros en lo que hace al comportamiento del actor, a saber: en primer lugar el certificado de denuncia del siniestro ante Sancor Seguros que luce a fs. 379/380, se observa que es de fecha 2 de noviembre de 2009, cuando el accidente se había producido el 15 de agosto de 2009.

Y, visualizo de dicha denuncia que por su contenido pareciera que se trata de dar aviso a su seguro ante la posibilidad de un reclamo de tercero por responsabilidad civil –cuya cobertura también tenía con la demandada-, ya que se proporcionan los datos del conductor del otro automóvil y de su aseguradora; y además los daños materiales del propio vehículo asegurado no eran de tal trascendencia como para deducir que se estaba en presencia del riesgo cubierto (Daño total, fs. 35 vta.).

Es recién con su carta documento de fecha 10 de diciembre de 2009, cuando el accionante muestra su estrategia del caso, al intimar del siguiente modo:

“...habiendo cumplido con las cargas como asegurado y vencidos los plazos correspondientes establecidos en el art. 56 (Le 17.418). Y de acuerdo a lo dispuesto en condiciones de póliza N°818369, vigente al momento del siniestro y emitida por v. entidad, intimo al plazo perentorio e improrrogable de 48 horas de recibida la presente a la indemnización correspondiente a la destrucción total de mi vehículo, bajo apercibimiento de iniciar las correspondientes acciones legales” (fs. 16).

Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. responde mediante carta documento del 3 de enero de 2010, lo que sigue a continuación: “...Asimismo le informamos que en formulario de denuncia del hecho que obra en nuestro poder, realizada por el Sr. Huechapan Italo sólo se indicó colisión con otro vehículo, por lo tanto se atendió la cobertura de responsabilidad civil que es la única que justificaba el ingreso de la denuncia. Tampoco de los daños denunciados “rueda delantera derecha y demás daños a verificar” se puede inferir razonablemente que los mismos pudieran configurar tal extremo. Tampoco aportó presupuestos ni fotografías de daño alguno. Por lo expuesto, si Ud. desea solicitar la inspección del vehículo asegurado deberá presentar ante esta aseguradora sita en calle Tucumán N° 873 de General Roca, Provincia de Río Negro, nota firmada solicitando inequívocamente la inspección por el perito y designando el lugar donde puede ser inspeccionada la unidad, persona a cargo de la misma y teléfono de contacto. Hasta entonces quedan suspendidos los plazos para pronunciarnos sobre su derecho según póliza 244700, certificado 13757 y artículos 46 y 55 s.s. de la ley de seguros N° 17.417”.

Allí finalizó el intercambio epistolar entre las partes, y la demanda fue interpuesta el 22 de junio de 2011, adjuntándose a la misma un presupuesto de los daños materiales del rodado asegurado de fecha 17 de mayo de 2011 (v. fs. 376), vale decir, elaborado unos días antes de iniciar el juicio.

De manera que, no obstante el esfuerzo esgrimido por el recurrente para revertir la decisión de grado, sobre la base del supuesto de admisión tácita del siniestro derivado del vencimiento del plazo previsto por el Art. 56 LS y de los principios protectores vigentes de los usuarios y consumidores, el sustento jurídico que respalda la sentencia está apoyado sólidamente en que no cabe duda que en el caso ha mediado una declaración falsa del asegurado al momento de denunciar el siniestro ante Sancor, al haberse comprobado suficientemente, como se ha visto, que “el vehículo se encontraba afectado al uso de transporte público de pasajeros –taxi-, sin que el Sr. Ruiz, hubiere demostrado circunstancia alguna que justifique o lo exima de haber conocido la falsedad de tal afirmación como lo invoca en su escrito de responde de fs. 58, en especial, teniendo en cuenta que él mismo acompañó en estos autos la constancia de cobertura (ver fs. 15 y 371/373)”.

Lo concreto, es que el planteo formal del accionante, su verdadera pretensión, comienza con la carta documento del 10 de diciembre de 2009, donde pretende dar por decaído el plazo del art. 56 de la Ley 17.418, y por ello, de acuerdo a las condiciones de póliza vigente al momento del siniestro, intima al pago de la indemnización correspondiente a la destrucción total del vehículo.

Pareciera que intenta aprovechar una cuestión formal, que en principio lo beneficiaba en su posicionamiento frente a la aseguradora, de modo tal de liberarse de la carga que tenía de brindar el deber de información que pesaba sobre sus espaldas.

Y cómo responde Sancor Seguros a esa intimación? Ante el formulario de denuncia del hecho realizada por el Sr. Italo Huechapan en donde sólo se indicó colisión con otro vehículo, por lo tanto se atendió la cobertura de responsabilidad civil que es la única que justificaba el ingreso de la denuncia. Tampoco de los daños denunciados “rueda delantera derecha y demás daños a verificar” se puede inferir razonablemente que los mismos pudieran configurar la destrucción total reclamada, no obstante, y al no haber aportado presupuestos ni fotografías de daño alguno, le informa que si desea solicitar la inspección del vehículo asegurado deberá presentar una nota firmada pidiendo inequívocamente la inspección por el perito y designar el lugar donde puede ser inspeccionada la unidad, persona a cargo de la misma y teléfono de contacto.

Vale decir, que le da a su asegurado y se da también ella, la posibilidad de reencauzar adecuadamente el trámite administrativo y, sin embargo el reclamante nada hace al respecto, pues directamente inicia la demanda judicial que motiva los presentes. Por qué? Indudablemente algo quería ocultar o disfrazar.

Veamos, es sabido que el contrato de seguro se caracteriza por la cantidad y variedad de deberes de conducta recíprocos entre asegurado y asegurador, entre ellos el deber de información a cargo del primero, pero que también compete al segundo; en el caso, por cierto, ambos tenían que probar, uno que la denuncia del siniestro era lo suficientemente clara pese a no haber precisado que explícitamente reclamaba por destrucción



total, y acompañar la documentación respaldatoria suficiente; y el otro haber requerido del asegurado la información necesaria y su razonabilidad. Con respecto a los términos de la denuncia del siniestro, y la omisión de precisar expresamente que se reclamaba por destrucción total, si bien la misma no sólo importa anunciar sobre un hecho, sino también sobre la pretensión que tiene el denunciante de vincularlo con el riesgo asegurado y de ser indemnizado; la aseguradora por su lado argumenta que la denuncia en cuestión no estuvo enderezada a reclamar la indemnización por el acaecimiento del riesgo de destrucción total previsto en la cobertura, debido a que quién la presentó –conductor del rodado al momento del accidente- solo indicó colisión con otro vehículo, y que por eso se atendió la cobertura de responsabilidad civil que es la única que justificaba el ingreso de la denuncia.

Ahora bien, el hecho que el asegurado no haya procedido a calificar el evento acaecido como destrucción total al confeccionarse la denuncia del siniestro, puede eximir a la aseguradora de realizar la debida verificación de los daños?

En el caso, entiendo que sí, porque el señor Huechapan no expone circunstanciadamente los hechos constitutivos del siniestro ni los daños concretos producidos como consecuencia del mismo, pues sólo indica: “rueda delantera derecha y demás daños a verificar”, y de ello, no se puede inferir razonablemente que los mismos pudieran configurar la cobertura aquí reclamada.

Además en dicha oportunidad, tampoco aportó presupuestos ni fotografías de daño alguno.

Por eso, y frente a la intimación por carta documento del actor, me parece importante el comportamiento que asume la aseguradora al responder a través de su misiva (fs. 17), y requerir del asegurado las informaciones complementarias que le fueran necesarias para determinar si el hecho –destrucción total- se hallaba cubierto por la póliza.

De modo que, hace al principio de la buena fe sostener que para poder aspirar a una actividad concreta de investigación de la compañía aseguradora, el asegurado deba precisar exactamente –y no lo hizo- que el perjuicio sufrido coincide con el riesgo reclamado “destrucción total”, por lo que el planteo del seguro parece legítimo para verificar los daños y en caso de corresponder proceder al posterior pago de la indemnización, ya que reitero, de la descripción fáctica del asegurado no surge una razonable y cierta probabilidad de que el hecho pueda encuadrar en la cobertura reclamada.

Por ello, la misiva de fs. 17, viene a traer luz al caso, y a mi modo de ver, el plazo del art. 56 de la Ley Nacional de Seguros debe computarse a partir de la intimación por carta documento del asegurado que luce a fs. 16. Y al ser ésta remitida a Sancor Seguros el 10 de diciembre de 2009, cuya respuesta fuera impuesta el 5 de enero de 2010, el plazo de 30 días no se encuentra cumplido, y por lo tanto, no hubo una aceptación tácita del seguro como pretende el recurrente. Máxime que se procura imputar aceptación tácita de su responsabilidad por la prestación de la cobertura, cuando no se le suministró la información necesaria, y la omisión del asegurado se verificó luego de haber sido intimado a cumplir con la referida información complementaria, y no lo hizo.

En definitiva, en la sentencia de grado, la a quo desentraña el porqué de dicho accionar, y es que se trataba de un taxi y por ello no podía tener el uso consignado en la póliza –particular-, lo cual ha quedado corroborado con la fotografía del automóvil asegurado de fs. 381 y el informe de la Dirección Municipal de transporte de la Municipalidad de la ciudad de Neuquén, de donde se desprende que el rodado, dominio: GSZ-070, al 15 de agosto de 2009, estaba habilitado al servicio público de taxi en la licencia N°96, a nombre de la señora Diela del Carmen Contreras Fuentes.

El seguro contratado -su póliza- (v. fs. 34) al hablar de las exclusiones de cobertura, cláusula 23, punto 17) determina que no habrá seguro: “Cuando el vehículo sea destinado a un uso distinto al indicado en el frente de la póliza y/o certificado de cobertura sin que medie comunicación fehaciente al asegurador en contrario; o cuando sufrieren daños terceros transportados en el vehículo asegurado en oportunidad de ser trasladados en virtud de un contrato onerosos de transporte, sin haberse consignado tal uso o destino en el frente de la póliza o certificado de cobertura” (Pericias contables en extraña jurisdicción, punto 4) de fs. 232; y fs. 340.

Consecuentemente, juzgo que la sentencia apelada se ajusta a derecho y debe ser confirmada en todas sus partes, con costas al recurrente vencido, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales correspondientes a la Alzada de conformidad con el Art. 15 LA, todo lo cual propongo al Acuerdo.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fs. 383/387 vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori





Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"HIGUERA JESSICA PAOLA C/ ELFI CLAUDIO CRISTIAN MARCELO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 470768/2012) – Sentencia: 16/17 – Fecha: 07/02/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

INCAPACIDAD PSICOFISICA. CUANTIFICACION. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL. CUANTIFICACION. PAUTAS. GASTOS DE TRQATAMIENTO PSICOLOGICO. CUANTIFICACION. GASTOS DE FARMACIA, ATENCION MEDICA Y TRASLADO.

1.- Resulta procedente fijar el monto de la condena por el daño psicofísico en la suma de \$35.250,38 conforme el porcentaje informado –incapacidad del 8 %-, las perspectivas de ingreso, edad (28 años), vida productiva (65 años) admitidos, tal la fórmula matemática aplicada en la causa “Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina”, que considera una tasa de interés al 6%, para mantener el poder adquisitivo original.

2.- En lo concerniente a la cuantificación del daño moral o inmaterial, es dable sostener que aún cuando no derivara –el accidente- en una secuela incapacitante al descartarse indicadores de psicopatología grave o daño neurológico, la perito en psicología ha detectado en la actora signos de tensión, angustia, ansiedad, la necesidad de ser contenida, y una actitud meticulosa, con control de los impulsos, con cierta repercusión en su estabilidad individual (...). Por lo expuesto estimo ajustado elevar el monto de la condena a su favor por el rubro a la suma de \$12.000, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a la adecuación de prestaciones habitacionales que mejoren sus quehaceres diarios tanto como realizar un viaje de esparcimiento a lo largo de quince días.

3.- Es procedente el reclamo basado en el costo del tratamiento psicológico que deberá afrontar la parte actora, ya que atendiendo a la terapia recomendada por la perito, estimo suficientemente fundada la procedencia del reclamo por la suma de \$ 3.360,00 para afrontar el costo de dicho tratamiento trimestral, con una sesión individual por semana (\$2.80 x 12).

4.- [...] no habiéndose señalado la existencia de otras pautas que no sean la del costo de una radiografía para evaluar la posibilidad de mayores erogaciones por gastos de farmacia, radiología y asistencia médica, concluyo en que no se ha justificado la elevación del monto por dicho rubro.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 7 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “HIGUERA JESSICA PAOLA C/ ELFI CLAUDIO CRISTIAN MARCELO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, (Expte. N° 470768/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al



orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que a fs. 226/230 obra la expresión de agravios de la actora fundando el recurso de apelación concedido a fs. 221 contra a sentencia de fecha 04.05.2016 (fs. 209/214); pide se revoque en los términos de los cuestionamientos introducidos, con costas.

Crítica la decisión por violación de los principios legales de la estimación de las pruebas y una deliberada discreción a la hora de establecer los rubros indemnizatorios y su quantum que le generan perjuicio conforme la regla de la reparación integral establecida en la normativa nacional e integrada con los Tratados internacionales con jerarquía constitucional.

En concreto cuestiona que, no habiendo sido objetada por las partes la pericia médica donde se estableció una incapacidad física del 8%, sumado el parámetro de la edad (28 años) al momento del accidente y el salario mínimo vital y móvil, se haya fijado el monto de la reparación en la suma de \$17.000, cuando en el mismo pronunciamiento se consigna que aplicando la fórmula de matemática financiera como pauta indiciara se estimó justo y equitativo la de \$30.000, mientras que la derivada de la aplicación de la fórmula Vuotto alcanza a \$35.250,38, planteando que debe seguirse esta última.

Respecto a la reparación por daño psicológico, y ante el informe resultante de la experta que no fue impugnado por la contraria, donde se informa un grado de incapacidad del 8% derivado de las alteraciones psíquicas y que recomienda un tratamiento por tres meses con una sesión semanal que tiene un costo de \$280,00, objeta por arbitraria la conclusión por la que la juez de grado rechaza el rubro, importando ello una valuación errónea de la prueba.

Que en relación al daño moral, cuestiona su cuantificación por irrisoria al basarse en una valoración errónea, desde que no evidenció la fijación de la incapacidad señalada por la perito psicóloga, siendo que debe cumplirse en forma integral, y ambos peritos concuerdan la afectación de su persona.

Considera insuficiente la suma fijada por gastos de farmacia, atención médica y traslados, atento a que se han acreditado los tratamientos, medicación y traslados que debió asumir a los fines de poder subsumirse en su vida habitual luego de acaecido el siniestro, siendo prueba más que acabada la realización de un estudio radiológico para poder aportar al perito, además del insumo de calmantes por dolores.

II.- Contra el mismo pronunciamiento se alza el demandado, expresando agravios a fs. 232/234; pide se lo revoque, y subsidiariamente plantea que se decida la concurrencia de responsabilidad de las partes, con costas.

Crítica la valoración y la responsabilidad que concluye la sentenciante, por ausencia de una crítica razonada propia de las circunstancias en que ocurre el accidente, al limitarse a reproducir el relato de la actora y de la única testigo, apartándose infundadamente de la opinión del experto ingeniero mecánico, atento a que si conjugan los dos últimos, surge que la velocidad que llevaba la actora fue la que produjo la destrucción de su automotor.

Señala como irrelevante la declaración del testigo sobre que venía con las luces apagadas y que había una discusión dentro del automotor, y destaca que la pericial expresamente determina que las deformaciones sufridas por el rodado de la actora, le son atribuibles por derivarse de la velocidad que llevaba, y que en el caso la responsabilidad es, cuanto menos, concurrente en igual porcentaje.

En segundo punto se agravia para el caso de que se considere procedente lo expuesto antes, por la forma en cómo se imponen las costas, procediendo que lo sean conforme el art. 71 citando lo considerado por el Tribunal Provincial en la causa "Marcilla", o en la proporción que resulte de la responsabilidad.

III.- Sustanciados los recursos, responden la actora a fs. 240 y el demandado a fs. 236/38; ambos solicitan el rechazo de las apelaciones de la contraparte, con costas.

IV.- Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda de daños emergentes, físico y moral de la actora, material y por privación de uso del rodado, y por gastos de medicamentos, con fundamento en la pericia técnica, constancia policial y declaración de un testigo, que dan cuenta de la prioridad de paso la tenía la accionante, rechazando por falta de prueba la excesiva velocidad y la falta de luces, para atribuir la responsabilidad exclusiva al demandado, y de igual, forma por ausencia de comprobación, la reparación del daño psíquico y desvalorización del valor venal.

Que a tenor de los agravios planteados y por razones metodológicas, se abordará en primer lugar el planteo del demandado vinculado a la responsabilidad por los daños, y luego los de la actora relacionados con la procedencia de los rubros y su cuantificación:

A.- Que el accionado, para eximirse de responsabilidad, al responder la demanda invocó la culpa de la víctima (fs. 46vta), endilgándole exceso de velocidad, transitar sin luces y mientras discutía por celular, extremos que no logró acreditar a tenor de los términos de la pericia de fs. 134/136 que no fue impugnada; por ello introducir en la apelación que el primero de los reproches (velocidad) sea susceptible de comprobarse a través de las deformaciones que se observan en el automotor de aquella, de ninguna manera habilita a considerarlo como una refutación lógica y jurídica de la sentencia que posibilite el tratamiento del tema de referencia, tratándose en definitiva de una mera disconformidad, y cualquier avance en el análisis implicaría una elaboración intelectual que excede las facultades del tribunal de alzada y pone en grave peligro el derecho de debida defensa (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; 265 y 266 del Cód. Procesal).

Evaluando las constancias mencionadas, a los fines de apartarse de lo considerado y concluido por la juez de grado, resulta insuficiente atender la



invocación de hechos no debidamente acreditados en la causa respecto de la conducta de la víctima, que además avanzaba detentando la prioridad de paso reglamentaria, por lo que se impone el rechazo del agravio manifestado y la confirmación de la sentencia sobre este punto.

Que el artículo 265 del C.P.C.C. expresamente dispone: “El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores. ...”. Y el artículo siguiente establece: “Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él.” (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 del Cód. Procesal).

Que el contenido suficiente de la demanda de impugnación es una carga procesal del apelante, sin la cual es improcedente la revisión por parte del tribunal de alzada. Si bien no se estipulan formas sacramentales es imperioso que contenga una crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho, estudiando los razonamientos del juzgador y aportando la refutación lógica y jurídica que de lugar a la revocación perseguida.

Que en este sentido no constituyen expresión de agravios idónea las afirmaciones genéricas sobre la prueba, omitiéndose precisar el yerro en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquella; disentir con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas para un distinto punto de vista; las consideraciones subjetivas, discrecionales inconducentes o afirmaciones dogmáticas; la reiteración de argumentos ya planteados en escritos anteriores; las generalizaciones; y la simple proposición de una exégesis legal distinta que se considera más adecuada (p. 452, t. 1, Rev. De Derecho Procesal, Medios de impugnación-Recursos, Ed. Rubinzal-Culzoni).

B.- A tenor de las consideraciones efectuadas en el punto anterior, correrá la misma suerte el planteo subsidiario respecto a la imposición en costas.

C.- En orden a los cuestionamientos que la actora formula a la sentencia de grado respecto a la reparación del daño sufrido, los rubros no admitidos y la cuantificación de los reconocidos, y reuniendo los recaudos para su tratamiento (art. 265 del CPCyC) cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.

Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*) también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional (“Santa Coloma” Fallos, 308:1160, “Aquino” Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N. La reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional” (CSJN, “Díaz, Timoteo” Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

“Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”. (CSJN “Günter”-Fallos 308:1118).

Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación”, E.D. 167-969).

La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, “Aquino” Fallos 327:3753- Petrachi-Zaffaroni, “Cuello” Fallos 330:3483,-Lorenzetti).

La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación “consecuencias no patrimoniales”.

El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, “*alterum non laedere*”, con rango de “deber jurídico” latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título “Deber de reparar”, que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la



reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”, y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad –contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: “Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” (art. 1068), el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

“Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ...no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho (en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima.

No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores.” (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. También recepta lo sentado respecto a que deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Por último, mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711 admitió la reparación de la afectación de la esfera espiritual de la persona a través del daño moral, sobre el particular el nuevo art. 1741 CCyC prevé de manera más amplia la “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales” legitimando al damnificado directo a reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo, para finalmente dirigirse al aspecto cuantitativo: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

En lo que resulta de interés en los presentes, no ha perdido vigencia lo sostenido por la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez (Resarcimiento de daños, Tomo 2º, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada) al señalar que “cualquiera sea la concepción que se siga a propósito de la esencia del daño moral (atentado a un bien de la personalidad, menoscabo de intereses extrapatrimoniales o alteración del equilibrio espiritual del sujeto) siempre las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenarán un daño moral.” para continuar acerca de la evaluación de su importancia e indemnización a acordar que “si se parte del criterio que podríamos denominar abstracto, que atiende al derecho o interés motivo de ataque, intrínsecamente considerados, la reparación debía ser más o menos igualitaria frente a lesiones similares. Es que resulta evidente que la integridad personal encierra análogo valor espiritual cualquiera sea el sujeto de que se trate. En cambio, si lo relevante son, en concreto, las repercusiones subjetivas de la lesión en las afecciones de la víctima, averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual. Esta última opinión, que compartimos, es la que sigue de modo prevaleciente la jurisprudencia” (Dra. Matilde Zavala de Gonzalez (Resarcimiento de daños, Tomo 2º, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pag. 547/548).

Finalmente, el nuevo ordenamiento en su art. 1740 impone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación



de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

1.- Conforme los antecedentes fácticos y jurídicos expuestos, al llegar consentido el porcentaje de la incapacidad psicofísica determinada por el perito médico en el 8% (fs. 171/173) y admitida la fórmula de matemática financiera Vuotto a los fines de su cuantificación, hallo ajustada la crítica dirigida a la determinación del monto, cuando se aparta del resultado que arroja aquella, luego de considerar el ingreso tomando como base el mínimo vital y móvil (\$2.300 conforme Res. 2/2011 del Consejo Nacional del Empleo, la Producción y el Salario Mínimo, Vital y Móvil) y la edad de la víctima al momento del accidente (28 años), tanto como la otorgada por el rubro extra patrimonial, atento la afección emotiva y espiritual padecida, de la que da cuenta la perito psicóloga a fs. 144/145.

Al respecto procede atender a que el daño resarcible, más allá de la denominación que le puedan dar las partes, no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, ya que no es resarcible cualquier daño, sino únicamente aquel que trae aparejado un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar.

De allí que, la indemnización que se pueda otorgar como consecuencia de la incapacidad generada, debe atender primordialmente a mantener incólume una determinada calidad de vida cuya alteración, disminución o frustración constituyen en sí un daño susceptible de mensura patrimonial. Para su evaluación se deben apreciar las actividades del sujeto aun fuera del ámbito económico o productivo, abarcando aspectos de la vida social, de relación y esparcimiento, vale decir, que la reparación para que sea plena no debe ceñirse únicamente al aspecto laborativo, sino que además, se debe evaluar el estado del damnificado previo al infortunio que generó la incapacidad, sin que quepa estimarla únicamente recurriendo a la aplicación de fórmulas matemáticas, sino determinándola también en función de pautas relevantes, tales como las circunstancias personales del reclamante.

En función de lo expuesto, debe evitarse la superposición de los rubros reclamados que impliquen duplicar la indemnización por un mismo concepto, tal como sería que se reclame bajo una misma pretensión indemnización por incapacidad y a la vez por afectación de la calidad de vida. Y en particular el análisis de las secuelas que la actora pretende como incapacidad psíquica, sobre la que estimo ajustado el apartamiento del dictamen de la experta cuando le otorga incidencia sobre las posibilidades económicas, como pérdida de la fuente de trabajo o disminución del mismo), y que a tenor de lo informado sus consecuencias son susceptibles de ser evaluada al abordar cómo se traduce ello en daño emergente, esto es por el costo del tratamiento recomendado, y al compensarse la afección extrapatrimonial.

A tenor de lo expuesto, procede fijar el monto de la condena por el daño psicofísico en la suma de \$35.250,38 conforme el porcentaje informado, las perspectivas de ingreso, edad (28 años), vida productiva (65 años) admitidos, tal la fórmula matemática aplicada en la causa “Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina”, que considera una tasa de interés al 6%, para mantener el poder adquisitivo original.

2.- Respecto al incremento del rubro daño moral, cuestionando la insuficiente valoración probatoria de la a quo, en particular si se atiende a la incapacidad sobreviviente y lo sentado en la pericia psicológica de fs. 144/145, cabe destacar que las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre dicho daño, ahora receptado en el nuevo art. 1741, bajo la denominación de “no patrimonial”, equivalente al “extrapatrimonial”, y si bien no se ha definido su concepto, si se han fijado pautas para fijar su monto.

Que en su análisis y cuantificación resultan relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar su entidad supone una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto de naturaleza objetiva como subjetivas, pudiéndose enunciar entre las primeras las relativas al hecho mismo (sufrimiento físico y psíquico en el momento del suceso), a la curación y convalecencia (el dolor de la etapa terapéutica), y secuelas permanentes (lesión física); sin descuidar las segundas que hacen a la particular personalidad del sujeto, conforme sexo, edad, etc..

La prueba específica operará normalmente por vía de presunciones judiciales y hominis, es decir, por inferencia efectuada a partir de otros elementos, atento la imposibilidad de mensurar este daño de la misma forma material, perceptible a los sentidos que en el daño patrimonial.

Por ello, cuando se dice que este daño no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen un medio probatorio indirecto. Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

Que en tanto tal cuantificación constituye una “consecuencia de la relación jurídica” que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC –conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

“Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley





vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: “No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). “Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCCBA)” Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que “el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: “A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art., 7º, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación”. De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine.” Jalil sostiene que “el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza”; la palabra “modo” no es aquí del todo clara pues luego afirma: “cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad.” La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado su funciones reparatoria.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado “precio del consuelo” que procura “la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias”; se trata “de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado”, de permitirle “acceder a gratificaciones viables”, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales”. Agregó el Alto Tribunal que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido... El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”. En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual- Jorge Mario Galdós-<http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y-extracontractual.-Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf>).

Que aún cuando no derivara en una secuela incapacitante al descartarse indicadores de psicopatología grave o daño neurológico, la perito en psicología ha detectado en la actora signos de tensión, angustia, ansiedad, la necesidad de ser contenida, y una actitud meticulosa, con control de los impulsos, con cierta repercusión en su estabilidad individual (art. 144/145).

Por lo expuesto estimo ajustado elevar el monto de la condena a su favor por el rubro a la suma de \$12.000, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a la adecuación de prestaciones habitacionales que mejoren sus quehaceres diarios tanto como realizar un viaje de esparcimiento a lo largo de quince días.

3.- Asimismo, y atendiendo a la terapia recomendada por la perito, estimo suficientemente fundada la procedencia del reclamo por la suma de \$ 3.360,00 para afrontar el costo de dicho tratamiento trimestral, con una sesión individual por semana (\$2.80 x 12).

4.- Finalmente, no habiéndose señalado la existencia de otras pautas que no sean la del costo de una radiografía para evaluar la posibilidad de mayores erogaciones por gastos de farmacia, radiología y asistencia médica, concluyo en que no se ha justificado la elevación del monto por dicho rubro.

VI.- En conclusión, propiciaré al acuerdo el rechazo de la apelación del demandado, y acogiendo parcialmente la apelación de la actora, hacer



lugar a la indemnización por el costo del tratamientos psicológico, elevando los correspondientes al daño psicofísico y no patrimonial, y en consecuencia, fijar el monto de condena a la suma de \$60.443,38 importes a los que se habrá de adicionar los intereses a la tasa y conforme el cómputo estipulado en la sentencia de grado para los mismos conceptos, excepto el relacionado con el tratamiento psicológico que los devengará desde el 30.12.2014 (conforme valores fijados en la pericia de la especialidad).-

Con costas a cargo del demandado en su calidad de vencido (art. 68 CPCyc).

Conforme lo decidido deberán dejarse sin efecto las regulaciones de honorarios, debiéndose cumplir con una nueva conforme planilla a practicarse en la instancia de grado (art. 20 L.A.), a cuyo fin se fijan los honorarios de los letrados patrocinantes de la actora por su labor en la instancia de grado en el 18% en conjunto, para los letrados del demandado en el equivalente al 70% de los últimos, en los de la Alzada en el 30% de aquellos, y para los peritos intervinientes en el 4% de aquel monto para cada uno de ellos (arts. 6, 7, 9, 10, 11, 15 39 s.s. y c.c. de la L.A.).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 209/213 vta., elevando el monto de condena a la suma de PESOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$60.443,38), con más los intereses a la tasa y conforme el cómputo estipulado en la sentencia de grado para los mismos conceptos, excepto el relacionado con el tratamiento psicológico que los devengará desde el 30-12-2014 (conforme valores fijados en la pericia de la especialidad), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), conforme planilla a practicarse en la instancia de grado, estableciéndolos en los siguientes porcentajes: para los patrocinantes de la actora, Dres. ... y ..., en el 18% en conjunto; para los letrados de la demandada, Dres. ... y ..., en el equivalente al 70% de los anteriores, en conjunto; para los peritos ..., ... y ..., en el 4% para cada uno de ellos (arts. 6, 7, 9, 10, 11, 39 y c.c. de la Ley 1594).

3.- Imponer las costas de Alzada al demandado en su calidad de vencido (art. 68 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"BARREDA MARIO MIGUEL C/ SUR VIAL S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** -  
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III –  
(Expte.: 427642/2010) – Sentencia: 23/17 – Fecha: 14/02/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. DESPIDO INDIRECTO. OMISION DE APORTES. SOCIEDADES COMERCIALES. PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO. IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA AL SOCIO.

[...] estimo que las infracciones consistentes en omitir los aportes a la seguridad social y el pago integro del haber, no posibilitan por sí mismas la extensión de la condena a la co-demandada recurrente, socia que nunca detentó la representación de la sociedad ni se desempeñó como gerente, a tenor de lo informado por la Inspección de personas Jurídicas (...), mientras que también de esta última como de los



recibos de haberes (...), surge que la entidad se encontraba regularmente constituida y asentada en el ámbito jurídico y económico, como tampoco de las declaraciones testimoniales (...) se evidencia que aquella haya intervenido en una modalidad administrativa dirigida a concretar alguno de los presupuestos de haberse utilizado el tipo societario para violar la ley, el orden público, la buena fe, o perjudicar a terceros. Por ello, al no haberse acreditado el supuesto legal para aplicar la teoría de la penetración de la personalidad jurídica, cual es la presencia de una sociedad fraudulenta o ficticia, es decir aquella que se prevalece del velo social para incurrir en actos ilícitos en perjuicio de terceros, habré de concluir en la improcedencia de la condena respecto de la socia apelante, y en su mérito se revocará de manera parcial la sentencia.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 14 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BARREDA MARIO MIGUEL C/ SUR VIAL S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 427642/2010), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte co-demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 18 de abril de 2016 (fs. 281/288), expresando agravios a fs. 294.

Cuestiona por arbitraria la sentencia que extendió la responsabilidad a su parte, cuando el actor mantenía un vínculo laboral con la sociedad, persona jurídica distinta a los socios, y por no hacer lugar a la falta de legitimación que introdujera como defensa cuando la cesión de tal calidad, si bien fue publicada con posterioridad a la fecha en que el actor se consideró despedido, fue anterior a la promoción de la demanda, resultándole oponible al último.

Critica que la sentencia tampoco fundamente la condena, ni atienda al carácter excepcional en que se penetra las personas jurídicas para que sea evidente el abuso de la personalidad jurídica, es decir, que posea fines contrarios o ajenos a la vida societaria; que el a quo lo concreta sin indagar si se había configurado el supuesto; que si bien los incumplimientos denunciados son violaciones a la ley, no existen elementos que permitan demostrar con la certeza que requiere un pronunciamiento judicial que con la constitución y actividad de la sociedad se haya procurado la obtención de fines extrasocietarios o dirigida a violar la ley o frustrar los derechos del actor.

Agrega que tampoco corresponde condenar a su parte por cuanto como socia no tuvo ninguna participación en las decisiones de la empresa ni cargo alguno ni de representación, todo lo cual quedó perfectamente acreditado en el expediente.

II.- Que a fs. 300/303 hace lo propio el actor, cuestionando la interpretación que el juez de grado hace de los hechos probados en la causa, para considerar extemporáneo el despido indirecto y rechazar las indemnizaciones derivadas de ello, beneficiando a los demandados con su actuar temerario y dilatorio, cuando nunca abonaron la totalidad de los haberes devengados mes a mes, dejaron de hacer aportes de la ley patronal y coartaron la cobertura de la obra social, que derivó en la intimación extrajudicial en el mes de marzo de 2009, y luego la intervención de la autoridad administrativa del trabajo, donde se le hizo un ofrecimiento, para no concurrir a la siguiente audiencia que se fijara.

Considera un yerro que se tratara la situación como una simple renuncia expresa o tácita cuando lo que existió en realidad fue un claro y evidente fraude laboral, cuando el actor estaba a la espera de los ofrecimientos de los co-demandados, y ninguno de ellos adujo defensa alguna relacionada con la extemporaneidad o no del distracto.

III.- Sustanciados los recursos (fs. 298), las partes guardan silencio.

IV.- Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento, y en lo que es materia de agravios por las partes, resulta que la decisión en crisis considera extemporáneo y rechaza el despido indirecto con fundamento en que con fecha 21.03.2009 es intimado por vía telegráfica el pago de diferencias de haberes mensuales adeudados desde agosto de 2006, sumas no remunerativas, vacaciones, aguinaldos y la regularización de aportes a la obra social, las partes concurren a audiencia ante la Subsecretaría de Trabajo, donde en segunda audiencia del 20.04.2009 la demandada realiza una oferta que no fue aceptada por el actor, quien pide el archivo de las actuaciones administrativa el 08.06.2009, y no cumple otra actividad hasta el 04.11.2009 en que se considera despedido; también tiene por acreditado que el demandante había dejado de trabajar en junio de 2009, conforme lo postulara en su pretensión, y de ello improcedente del distracto posterior pretendido.

Que la condena al pago de las diferencias salariales, vacaciones no gozadas, SAC, multa del art. 80 y 132 bis de la LCT por \$ 234.273,84, con



más sus intereses, es impuesta en forma solidaria a los socios de la sociedad que mantenía el vínculo laboral con el actor, con fundamento en que son sus fundadores, que la integraron hasta la finalización de dicha relación, que aquella retuvo sin ingresar los aportes con destinos a la seguridad social, y han reconocido la violación sistemática de los deberes que le eran impuestos (conforme presunciones de los arts. 21 y 30 de la Ley 921 y arts. 55 y 57 de la LCT), con clara infracción del principio general relacionado con la utilización legal del tipo societario, constituyendo éste un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

Que por razones metodológicas, y en orden a los agravios articulados por las partes, habré de abordar en primer lugar el agravio de la socia co demandada por el que cuestiona el rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva, para luego analizar la procedencia de las indemnizaciones derivadas del despido incausado que persigue el actor.

A.- Que acerca de la extensión de la responsabilidad de la sociedad a los socios que decreta el juez de grado, el art. 54 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales establece que: “...Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extraordinarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Que en ese orden de ideas, la CSJN ha sostenido que: “...es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directores y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado a un trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).” (in re: Palomeque, Aldo R. C. Benemeth S.A. y otro, 03/04/2003, L.L. 2003,-E, 731).

Que respecto a la interpretación de los alcances de la citada norma, esta Sala III, en voto del Dr. Ghisini, en análisis que resulta aplicable a los presentes, ha sostenido:

“... Siendo éste un tema complejo por sus consecuencias, debo recordar que la doctrina del “levantamiento del velo”, que significa “allanar la personalidad jurídica” es de aplicación restrictiva, como lo ha sostenido esta Cámara en otros pronunciamientos (ver al respecto P.I. Sala II, 2000, R 227- T°III-, 439/443). En tal sentido decir que la actuación de la sociedad demandada constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público laboral y la buena fe, frustrando de esta forma derechos de terceros como consecuencia de la falta de registración de la relación laboral resulta ser excesivo a la luz de un criterio que, reitero, por su carácter de excepción debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario se estaría lisa y llanamente dejando sin efecto las disposiciones de los artículos 2, ley 19.550, 33 y 39 del Código Civil, aplicables a la materia.

Sentado ello, diré que no encuentro circunstancias ni hechos que pudieran autorizar a aplicar en autos la doctrina del levantamiento del velo, siendo esta teoría una especie de “última ratio” como argumento final a que debe llegarse tras una cuidadosa valoración de todas las pruebas de la causa y no como una decisión adoptada por el juez interviniente para arribar a un resultado determinado, pues la existencia de trabajadores en negro en una sociedad no constituye ni importa que la misma persiga, a través de la voluntad de los socios, fines extrasocietarios, es decir ajenos al objeto social, sino simplemente implica la realización de un hecho ilícito que se traduce en un grave incumplimiento contractual del cual la misma será responsable, siendo dicha situación diferente al presupuesto contemplado por el art. 54 LSC.

Asimismo, para que resulte de aplicación la teoría en análisis, y en consecuencia pueda imputarse a los socios la responsabilidad personal por la contratación de empleados en forma irregular, deberá demostrarse fehacientemente que la constitución de dicha sociedad fue instrumento para dicha violación, por lo que no habiendo quedado demostrado tal extremo y teniéndose en cuenta todo lo expuesto precedentemente, propondré al Acuerdo el acogimiento favorable de los agravios expresados por los codemandados, debiéndose revocar el fallo en cuanto a la extensión de responsabilidad dispuesta contra ... .

En el sentido expuesto, la Jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: “...La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad jurídica debe efectuarse con criterio restrictivo, debiendo buscarse la creencia de tal aseveración precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad...” (conforme El Derecho, T. 85, pág. 488).- y que: “La personalidad de los socios y directores de la sociedad comercial empleadora no se confunde, en lo que concierne a la imputación jurídica, con la persona de existencia ideal, sino en el caso que se invocare y acreditare eficazmente que ha mediado una utilización fraudulenta de la personalidad societaria o que se ha desviado su objeto con el propósito de encubrir un mero instrumento para violar la ley, el orden público o la buena fe. Tales extremos no se encuentran configurados mediante las inobservancias contractuales reprochadas y comprobadas en la causa, ligadas exclusivamente al contrato de trabajo existente entre los demandantes con la sociedad empleadora...” (C. Nac. Trab. Sala 2da, 3/12/03, “Durban, Fernando v. Andrea Peinados S.A. y otros”).... (“TORRES MARIA GRACIELA Y OTRO C/ CLINICA CENTENARIO S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO”) (Expte. N° 307890/4), sent. 20.06.2006).

A tenor del criterio de interpretación expuesto, estimo que las infracciones consistentes en omitir los aportes a la seguridad social y el pago íntegro del haber, no posibilitan por sí mismas la extensión de la condena a la co-demandada recurrente, socia que nunca detentó la representación de la sociedad ni se desempeñó como gerente, a tenor de lo informado por la Inspección de personas Jurídicas a fs. 150/164, mientras que también de esta última como de los recibos de haberes (fs. 17/29), surge que la entidad se encontraba regularmente constituida y



asentada en el ámbito jurídico y económico, como tampoco de las declaraciones testimoniales (fs. 13/138/139) se evidencia que aquella haya intervenido en una modalidad administrativa dirigida a concretar alguno de los presupuestos de haberse utilizado el tipo societario para violar la ley, el orden público, la buena fe, o perjudicar a terceros.

Por ello, al no haberse acreditado el supuesto legal para aplicar la teoría de la penetración de la personalidad jurídica, cual es la presencia de una sociedad fraudulenta o ficticia, es decir aquella que se prevalece del velo social para incurrir en actos ilícitos en perjuicio de terceros, habré de concluir en la improcedencia de la condena respecto de la socia apelante, y en su mérito se revocará de manera parcial la sentencia.

B.- Que acerca del planteo que el actor dirige a la sentencia por el rechazo de los efectos del despido indirecto que pretende, resulta manifiesta su insuficiencia en tanto deja subsistente y sin crítica el argumento por el que el a quo consideró extinguida la relación laboral al mes de junio de 2009, señalando que ello fue postulado expresamente por aquel al denunciar que hasta dicha fecha “mantuvo latente la relación de trabajo” (fs. 36), y que se corresponde con lo que postula a continuación, cuando al reclamar “los haberes adeudados de los últimos 24 meses anteriores a la denuncia del contrato de trabajo” fija el último “Días Junio/09”.

Que el artículo 265 del C.P.C.C. expresamente dispone: “El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores. ...”. Y el artículo siguiente establece: “Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él.”(cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 CPCyC).

Que el contenido suficiente de la demanda de impugnación es una carga procesal del apelante, sin la cual es improcedente la revisión por parte del tribunal de alzada. Si bien no se estipulan formas sacramentales es imperioso que contenga una crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho, estudiando los razonamientos del juzgador y aportando la refutación lógica y jurídica que dé lugar a la revocación perseguida.

Que en este sentido no constituyen expresión de agravios idónea las afirmaciones genéricas sobre la prueba, omitiéndose precisar el yerro en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquella; disentir con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas para un distinto punto de vista; las consideraciones subjetivas, discrecionales inconducentes o afirmaciones dogmáticas; la reiteración de argumentos ya planteados en escritos anteriores; las generalizaciones; y la simple proposición de una exégesis legal distinta que se considera más adecuada (p. 452, t. 1, Rev. De Derecho Procesal, Medios de impugnación-Recursos, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Que “la crítica concreta y razonada de los errores del decisorio impugnado y su eficacia no es cuestión de extensión del escrito, ni de manifestaciones sonoras, ni de profusión de citas, ni tampoco de injurias más o menos veladas al juez, sino de efectividad en la demostración del eventual error in iudicando (en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba) que evidencie la ilegalidad e injusticia del fallo.” (p. 200, Recursos ordinarios y extraordinarios, Arazi-De los Santos).

En atención a lo desarrollado, el agravio se constituye en un mero formulismo que en definitiva elude confrontar de manera integral la conducta seguida por el trabajador y la consecuencia que se le endilga, deviniendo en desierto de conformidad a las exigencias establecidas en regulación transcripta, así como la doctrina y jurisprudencia dictada a su respecto.

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propiciaré al acuerdo el rechazo de la apelación del actor en todas sus partes, confirmando el fallo en cuanto a la procedencia de los rubros de condena admitidos en la sentencia de grado, y revocarla respecto de su extensión a la co-demandada recurrente.

V.- En relación a las costas, considerando que las partes no controvertieron los agravios introducidos y que la co-demandada resulta vencedora en la litis omitió expedirse frente al requerimiento extrajudicial que le dirigiera el actor previo a la promoción de esta acción (fs. 10 y 240), estimo ajustado que aquellas sean cargadas en el orden causado en ambas instancias a su respecto (art. 68, 2do. Párrafo CPCyC).

En atención a lo expuesto, se confirmarán los honorarios determinados en la sentencia de grado, elevándose exclusivamente al 18% los del Dr. ... (arts. 6, 7, 9, 10 s.s. y c.c.), y fijar la retribución profesional de los letrados por su labor en la Alzada en el 30% de aquellos (art. 15 L.A.).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 281/288 vta. en cuanto a la extensión de la condena a la demandada Fabiana Marial Fernández, confirmándola en lo demás que fuera materia de recursos y agravios.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, atento lo explicitado en el considerando V (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).
- 3.- Modificar los honorarios regulados al Dr. ..., elevándolos al 18% del capital más intereses (arts. 6, 7, 9, 10 s.s. y c.c. Ley 1594).
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 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](#)

**"CONSULTORA BELLEVILLE S.A. C/ LOPEZ ROBERTO VICTOR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 420304/2010) – Sentencia: 25/17 – Fecha: 16/02/2017

DERECHO CIVIL: Prescripción.

DAÑOS Y PERJUICIOS. ACCION PERSONAL. PRESCRIPCION LIBERATORIA. ESCRIBANO. MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA. FALTA DE INSCRIPCION DE LA ESCRITURA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. COMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCION. INICIO DE LA ACCION. DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO. RECHAZO DE LA EXCEPCION. DISIDENCIA.

1.- Cabe rechazar la excepción de prescripción opuesta por la accionada contra la demanda incoada por quien reclamó por daños y perjuicios derivados de la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de un mutuo con garantía hipotecaria, pues la existencia del incumplimiento formal, como lo es la falta de inscripción en el Registro de la hipoteca constituida en escritura pública, no resulta suficiente para que el acreedor inicie una demanda de daños y perjuicios contra el escribano que incurrió en dicha omisión, ya que para que la acción se encuentre expedita es necesario, además de dicha inobservancia, invocar la existencia del daño que se procura reparar a través del ejercicio de la correspondiente acción. Consiguientemente, la acción de daños y perjuicios no se encuentra expedita por el conocimiento que el interesado haya tenido sobre la falta de inscripción del mutuo con garantía hipotecaria, pues en tal caso dicho incumplimiento no revela por sí mismo un daño, que sí se produce cuando tal circunstancia le haya impedido al acreedor cobrar el crédito así afianzado. (Del voto del Dr. Fernando GHISINI, en mayoría).

2.- El daño sobre el patrimonio de la actora se produce cuando no pudo ejecutar la garantía hipotecaria a raíz de su falta de inscripción en el Registro, para lograr compeler a su deudora al pago del crédito oportunamente otorgado mediante la ejecución de la garantía real. (Del voto del Dr. Fernando GHISINI, en mayoría).

3.- Que habré de disentir con el voto del vocal que antecede, y a propiciar la confirmación de la resolución de grado que hizo lugar a la excepción de prescripción, considerando aplicable al caso el plazo decenal que a tal fin fija el art. 4023 del C.Civil, el inicio del cómputo el día 19.11.1998, luego que la actora tomara conocimiento de que no se había inscripto la hipoteca en el Registro de la Propiedad Inmueble, y que la presente demanda se promovió el 18.06.2010 (...).- ( Del voto del Dr. Marcelo MEDORI, en minoría).

4.- Lo cierto es que la pretensión persigue la reparación de un daño que es de diferente etiología y disímil tratamiento normativo de las obligaciones que se derivan del acto que le da origen, de tal forma que para



fijar el comienzo del cómputo de la prescripción de la acción que se ejercita, corresponde establecer en qué momento la demandante estuvo en condiciones de ejercerla por haber sido exigible. (Del voto del Dr. Marcelo MEDORI, en minoría).

5.- Acerca del comienzo del cómputo que invoca el propio acreedor, y considerando la relevancia para el deudor, no procede dejar dicho episodio supeditado a un acto del primero, que de acuerdo a su voluntad e interés, lo trasladaría sucesivamente haciendo que no acontezca nunca, haciéndolo imprescriptible, y más aún, si tal actuación no llega a la esfera de conocimiento del obligado. [...] En concreto, no puede alegar la actora que para conocer el hecho dañoso debía finalizar la ejecución o practicar una planilla en ella para determinar el monto adeudado por la mutuaría, que en definitiva se relaciona con la entidad del daño, pues por conocimiento del hecho dañoso no debe entenderse la noticia subjetiva en sentido riguroso, sino más bien una razonable posibilidad de información por parte de la víctima (cfr. Borda Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", ps. 85/86, Ed. Perrot, Bs. As., 1976).- ( Del voto del Dr. Marcelo MEDORI, en minoría).

6.- Coincido con el Dr. Ghisini en que la sola falta de inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad Inmueble, no resulta suficiente para que el acreedor inicie demanda de daños y perjuicios, puesto que ese solo incumplimiento no revela la existencia de daños. De allí que no resulte correcto, a mi entender, fijar como punto de inicio del plazo de prescripción, el momento en que el actor toma conocimiento de la falta de inscripción de la hipoteca, en tanto ese método de cómputo omite considerar la inexistencia de daño actual. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

7.- Concuero también con el primer votante, en punto a que si bien la falta de inscripción de la hipoteca es el motivo por el cual la actora no pudo ejecutar la garantía y valerse del privilegio frente a terceros, lo cierto es que el daño no se concreta en ese momento, sino con posterioridad, cuando se determina la insuficiencia de bienes de la demandada para solventar el importe de crédito que se reclamaba. (Del voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE, en mayoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 16 de febrero de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CONSULTORA BELLEVILLE S.A. C/ LOPEZ ROBERTO VICTOR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PARTICULARES", (Expte. N° 420304/2010), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL NRO. 3 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- En instancia de origen se hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por el accionado y se impusieron las costas a cargo de la actora en atención a su carácter de vencida.

Es decisivo de fs. 439/447 vta., es recurrido por la demandante a fs. 450 vta., expresando agravios a fs. 456/458 y vta.

II.- Al fundamentar su recurso, la reclamante critica la forma cómo se computa en la resolución de grado el plazo de prescripción liberatoria, pues entiende que si bien su parte tomó conocimiento de la falta de inscripción del mutuo hipotecario el 20/11/1998, en dicha oportunidad no tenía expedita la vía para iniciar una demanda de daños y perjuicios en contra del escribano López.

Expresa, que el daño patrimonial no surge por la sola falta de inscripción de la hipoteca sobre el bien dado en garantía, sino que el surgimiento del daño está supeditado o condicionado a la falta de cobro del mutuo en la ejecución hipotecaria con el que tiene una vinculación inmediata.

Sostiene, que si bien la falta de inscripción de la hipoteca (efecto declarativo) representa un incumplimiento grave del escribano como tal, no implica que se haya concretado en ese momento el daño en el patrimonio del acreedor que lo habilite a reclamar, como razona el a quo, sino que el daño material (patrimonial representado por el monto del mutuo cuyo cobro se frustrare) en concreto, no surge ni se patentiza con la falta de inscripción de la hipoteca, sino que recién quedará evidenciado con el resultado de la ejecución del bien hipotecado.



Agrega, que el juez se contradice, pues dice por un lado que “imposibilitó la ejecución de la garantía”, para luego expresar “fue conocido por la actora al momento de iniciar la ejecución de la garantía”.

Indica, que la hipoteca constituida en escritura pública conforme a la ley –no inscrita- era válida entre acreedor y deudor y también lo era para el escribano. Por ello la acreedora inicia la ejecución.

Menciona, que si la hipoteca resultaba válida entre las partes y el notario, y su parte inicia entonces su ejecución para lograr el cobro del mutuo, no podría en ese momento hablarse de daño alguno, o iniciar proceso de daños y perjuicios, porque tenía el inmueble hipotecado que garantizaba el mutuo a ejecutar.

Expresa, que dadas las particularidades del caso, donde no solo no se inscribió la garantía del mutuo, sino que además se logró vender parte del bien hipotecado a terceros, circunstancia que se acreditó en el proceso de ejecución, determina que el cómputo de inicio de la prescripción liberatoria sea con la culminación de la etapa de ejecución de sentencia, y una vez determinado su saldo deudor sobre el mutuo hipotecario, que resultara parcial en ese supuesto. Es decir, que es el momento de planilla liquidatoria aprobada el que determina o marca la producción del daño patrimonial a su cliente.

Considera, que nunca entre las partes y el notario podría existir daño por la simple falta de inscripción de la hipoteca, ya que siempre se considera registrada por imperio legal.

A fs. 460/462 el accionado solicita en primer término, que se declare la deserción del recurso por considerar que el mismo no cumple con los requisitos del art. 265 del CCPyC.

Subsidiariamente, contesta el traslado de los agravios y pide su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, advierto que el cuestionamiento central de la parte recurrente se focaliza en el comienzo del cómputo del plazo de prescripción establecido en la instancia anterior, sobre la base del art. 4023 del Código Civil anterior, que determinaba que “toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años”.

Al respecto, prestigiosa doctrina se ha pronunciado al sostener: “Desde que razones elementales de lógica llevaran a acuñar el conocido aforismo *actio non nata non praescribitur*, brocárdico en latín acuñado por el antiguo derecho francés, que significa que el curso de la prescripción comienza a partir de que el derecho subjetivo se halla amparado siempre ha quedado en claro que, desde el punto de vista jurídico, la figura de la prescripción sólo puede concebirse a partir de la existencia de una obligación exigible, es decir, susceptible de ser reclamada por vía de acción. Este concepto, tan claro como irrefutable, está consagrado para el caso que nos ocupa en la regla del art. 4023 CCiv., en cuanto expresa: “Toda acción personal por deuda exigible...”, para luego establecer el plazo decenal ordinario para la liberación del obligado por inactividad del acreedor.” (Conf. Dr. Marcelo J. López Mesa, Sistema de Jurisprudencia Civil- Tomo IV- Pág. 5483- ed. Abeledo Perrot).

Por tanto, es importante destacar que la prescripción de la acción comienza a correr el día en que nace la acción, es decir, desde que el interesado tiene la posibilidad de accionar reclamando lo que considera que por derecho le corresponde.

Así pues, la existencia del incumplimiento formal, como lo es la falta de inscripción en el Registro de la hipoteca constituida en escritura pública, no resulta suficiente para que el acreedor inicie una demanda de daños y perjuicios contra el escribano que incurrió en dicha omisión, ya que para que la acción se encuentre expedita es necesario, además de dicha inobservancia, invocar la existencia del daño que se procura reparar a través del ejercicio de la correspondiente acción.

La acción de daños y perjuicios no se encuentra expedita por el conocimiento que el interesado haya tenido sobre la falta de inscripción del mutuo con garantía hipotecaria, pues en tal caso dicho incumplimiento no revela por sí mismo un daño, que sí se produce cuando tal circunstancia le haya impedido al acreedor cobrar el crédito así afianzado.

Precisamente, a partir de la existencia del daño patrimonial -señalado anteriormente- el actor tiene expedita la acción, es decir, cuando además del incumplimiento de la inscripción de la hipoteca, se visualizan las consecuencias perjudiciales que tal omisión acarreó para el acreedor, quién en función de tal falta no pudo percibir la totalidad de su crédito.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: “Por regla general la prescripción de las acciones por indemnización de perjuicios corre a partir de la fecha del evento dañoso, pero cuando el daño es posterior al hecho que lo causa, su curso comienza con la realización del perjuicio...” (Jurisp. de la Corte: autos: Daher, Abraham c/ Nación. 01/01/47 T. 207, p. 333).

“El plazo de la prescripción liberatoria comienza a computarse a partir del momento en que la pretensión jurídicamente demandable puede ser ejercida, es decir, coincide necesariamente con el momento del nacimiento de la acción”. (Autos: Cinturón Ecológico S.E. c/ Libertador S.A. Tomo: 318 Folio: 879 Magistrados: Moliné, Belluscio, Boggiano, López, Bossert. Disidencia: Nazareno, Fayt, Petracchi, Levene. Abstención: Exp.: C 85 XXVII - Fecha: 04/05/1995).

“La acción indemnizatoria no se encuentra expedita por el conocimiento que el interesado pudo obtener de la actuación irregular del Registro de la Propiedad, o de los derechos invocados por terceros respecto del inmueble hipotecado ya que el anoticamiento de tales circunstancias no revela la existencia de un daño definitivo y cierto en la efectividad del crédito, el que sólo se consumiría de mediar un pronunciamiento judicial firme que determine la frustración de la garantía real (Voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor). Autos: Martínez Hugo O. c/ Buenos Aires



Provincia de s/ cobro de australes. Tomo: 318 Folio: 2575 Ref.: Daños y perjuicios. Registro de la propiedad. Hipoteca. Magistrados: Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert. Disidencia: Nazareno. Abstención: Exp.: M 442 XXII - Fecha: 19/12/1995.-

En función de lo expuesto, si no hay daño el incumplimiento no es suficiente para habilitar satisfactoriamente el ejercicio de la acción de daños y perjuicios contra el escribano por la referida falta de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Inmueble Provincial.

Ahora bien, sentado lo anterior, corresponde determinar desde cuando ha comenzado a correr el plazo de prescripción para el señor Roberto V. López, y en función de ello, verificar si la acción se encuentra prescripta o no.

El daño sobre el patrimonio de la actora se produce cuando no pudo ejecutar la garantía hipotecaria a raíz de su falta de inscripción en el Registro, para lograr compeler a su deudora al pago del crédito oportunamente otorgado mediante la ejecución de la garantía real.

De las constancias referenciadas en la sentencia de primera instancia, surge que la ejecución hipotecaria iniciada por Consultora Belleville S.A. contra la Sra. Candía de Trianón, no pudo despacharse por falta del título original del mutuo hipotecario; Que al requerirle el título (escritura de mutuo) al escribano, recién lo adjunta el 19/11/1998, acompañando copia certificada de la escritura y manifestando en ese mismo acto que no procederá a inscribir dicho instrumento; que en los autos: “Consultora Belleville S.A. c/ Candía de Trianón, Ida s/ ejecución hipotecaria”, a fs. 55 obra certificado de dominio de fecha 20/10/1998, expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble, que daba cuenta de la afectación del inmueble en cuestión al Régimen de Propiedad Horizontal y de la falta de inscripción de la hipoteca constituida por Escritura N° 3.

De las constancias mencionadas en el párrafo anterior, se desprende que más allá de la negativa de inscripción manifestada por el escribano en oportunidad de requerírsele la escritura hipotecaria (19/11/98), la deudora con anterioridad –conforme da cuenta el informe de dominio (20/10/98)- ya había afectado el inmueble otorgado como garantía del crédito, al Régimen de Propiedad Horizontal, enajenado parte de las unidades que debían ser afectadas con hipoteca.

Si bien la falta de inscripción de la garantía hipotecaria es el motivo por el cual la actora no ha podido ejecutar dicha garantía, el daño no se concreta en ese momento, sino que se produce con posterioridad, es decir, cuando se determina claramente la insuficiencia de bienes de la demandada para solventar el importe del crédito que se le reclamaba.

Y para determinar cuándo existió concretamente una razonable accesibilidad al conocimiento del hecho que viabiliza la acción, habrá que analizar los antecedentes de la causa. Se trata, sin dudas, de un aspecto circunstancial y casuístico.

En el caso, surge de la causa “Consultora Belleville S.A. c/ Chandía de Trianon Ida s/ ejecución hipotecaria” (Expte. N°206692/98) que el embargo trabado por la ejecutante se inscribió condicionado por “certificados reglamento y compraventa UF 1, 2 y 5 ...y posición registral condicionada por certificado hipoteca...” (hojas 50/52, certificado extendido el 23/09/98).

Luego que el escribano dejara constancia en la causa del desistimiento de la inscripción de la escritura hipotecaria (hoja 68, 20/11/98), se dicta sentencia de trance y remate (hoja 78, 12/03/99) y se solicita la subasta de la unidad funcional n°1, respecto de la cual el actor había logrado trabar embargo sin condicionamiento alguno (ver condiciones de dominio en la hoja 96, extendida el 7/4/99). La subasta se decreta el 9/08/99 (hojas 107/8).

Con posterioridad a la publicación de edictos (B.O. del 5/11/99, hoja 165/6), la ejecutada se presenta en la causa y acompaña escritura de venta de la U.F. n°5 a favor de ATEN y boleto de compraventa a favor de Lucía Vejar, de un inmueble “a subdividir por el régimen de propiedad horizontal, designado como mitad este lote tres de la manzana ciento diez” (hoja 147/161, 12/11/99).

A raíz de la diligencia de constatación del estado y ocupación del inmueble realizado por el martillero (hoja 129), se decreta, a instancias del acreedor, embargo sobre las sumas que la demandada tuviera a percibir en concepto de alquileres con respecto al inmueble embargado en autos (hojas 175/6. 30/11/99).

El 7/12/99 la ejecutada se presenta nuevamente y manifiesta que no es locadora del inmueble, el cual había sido transmitido por boleto de compraventa con anterioridad. Denuncia que a raíz de esa venta se inició un juicio de escrituración en su contra (autos “Vejar Lucía c/ Chandía Ida s/cumplimiento de contrato”, Expte. 169044/96).

A su vez, la compradora por boleto, promovió una tercería a fin de lograr el levantamiento del embargo trabado por Consultora Belleville (“Vejar Lucía y otro s/ Tercería”, INC 242970/00). En esta causa se dictó sentencia el 23 de mayo de 2002, ordenándose el levantamiento del embargo trabado sobre la Unidad Funcional N°1 (hoja 142/147vta).

Estos sucesos permiten apreciar que, sin perjuicio del embargo que la ejecutante trabara sobre las sumas que ATEN debía abonar a la ejecutada por la venta de la Unidad Funcional N°5, con respecto a la Unidad Funcional N°1, claramente la aquí ejecutante tuvo conocimiento de la imposibilidad de proseguir la ejecución forzada luego que se dictara la sentencia que ordenara el levantamiento del embargo dispuesto en el juicio ejecutivo.

Esto determina que, habiéndose iniciado el juicio por daños y perjuicios el 18 de junio del 2010 (ver cargo de fs. 37 vta.), para reclamar los daños y perjuicios producidos como consecuencia de la falta de inscripción de la garantía hipotecaria, al no haber transcurrido el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil, la acción no se encontraba prescripta.

Antes de la oportunidad señalada, sólo existía un incumplimiento (falta de inscripción del mutuo con garantía hipotecaria) que de por sí no genera



un daño, sino que el mismo se concreta cuando a consecuencia de ello el acreedor se ve imposibilitado de cobrar el crédito así garantizado.

Por lo expuesto, propondré al Acuerdo, que se haga lugar a la apelación interpuesta por la parte actora, y se revoque la sentencia de fs. 439/447 y vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, y en consecuencia, se rechace la excepción de prescripción de la acción.

En cuanto a las costas y en atención a las particularidades que presenta la cuestión y la forma en que se resuelve la misma, entiendo que deben ser impuestas en el orden causado; igual suerte correrán las costas de Alzada.

Dejando sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado y diferir los correspondientes a esta instancia.

A los fines de no privar de la doble instancia a las partes, una vez firme, vuelvan los autos al juzgado de origen a fin de que se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada.

TAL MI VOTO.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

I.-Que habré de disentir con el voto del vocal que antecede, y a propiciar la confirmación de la resolución de grado que hizo lugar a la excepción de prescripción, considerando aplicable al caso el plazo decenal que a tal fin fija el art. 4023 del C.Civil, el inicio del cómputo el día 19.11.1998, luego que la actora tomara conocimiento de que no se había inscripto la hipoteca en el Registro de la Propiedad Inmueble, y que la presente demanda se promovió el 18.06.2010 (fs.37vta).-

II.-Que reuniendo el recurso de apelación interpuesto los mínimos requisitos exigidos por el art. 265 del código de rito a los fines de su abordaje, destacaré como de ineludible consideración lo admitido por la actora a fs. 29/31 al promover esta demanda:

-que la mutuaría no abonó ninguna de las cuotas pactadas en el contrato de mutuo, e incurrido en mora automática y de pleno derecho, y que sólo hizo un pago de \$2500 el 09.01.96,

-que envió intimación al demandado el 25.06.97 para que pusiera a disposición la escritura pública debidamente inscripta.

-que inició ejecución hipotecaria el 13.05.1998 por U\$S24.400 en la causa “CONSULTORA BELLEVILLE S.A. C/CHANDIA DE TRIANON IDA S/EJECUCION HIPOTECARIA” (Exte. 206692/98).

-que desde el 20.10.98 a través del certificado de dominio aportado conocía que el inmueble objeto de la escritura hipotecaria estaba al régimen de propiedad horizontal, y que aquella no había sido inscripta.

-que el demandado acompañó al mencionado proceso hipotecario la escritura sin inscripción el 19.11.98, admitiendo la caducidad por falta de inscripción.-

-que el 02.12.98 la causa promovida como hipotecaria fue despachada como ejecución común, y se ordenó e inscribió la inhibición general de bienes de la deudora y el embargo sobre una de las unidades funcionales existentes en el inmueble.-

Que se corresponde lo expuesto con las constancias de la ejecución citada, consistentes en el Informe de Condiciones de dominio del inmueble de fecha 27.03.1998 aportado al demandar (fs. 15/17); que a su instancia con fecha 21.08.1998 se intimó judicialmente al demandado a acompañar la escritura hipotecaria (fs. 33) y la adjunción de dicho instrumento el 19.11.1998 (fs. 61/68).-

2.-Que el reclamo contra el notario se funda en su omisión de inscribir una escritura pública de hipoteca que había sido celebrada para garantizar el crédito concedido por la actora y una mutuaría el día 19 de enero de 1996 (fs. 61/67), y se dirige a obtener una “justa reparación” invocando que ello le impidió obtener el pago (fs. 29).-

Lo cierto es que la pretensión persigue la reparación de un daño que es de diferente etiología y disímil tratamiento normativo de las obligaciones que se derivan del acto que le da origen, de tal forma que para fijar el comienzo del cómputo de la prescripción de la acción que se ejercita, corresponde establecer en qué momento la demandante estuvo en condiciones de ejercerla por haber sido exigible.-

La prescripción comienza desde el día que nace la acción y debe entenderse el derecho que se podrá ejercitar. La violación de derecho no es siempre un elemento necesario para el nacimiento de la acción. Las causas por cuales un derecho no es ejercitable son justamente las que impiden el principio de la prescripción y las causas que impiden el curso de la prescripción son circunstancias objetivas e inherentes al derecho mismo, que vuelven imposible su ejercicio y por lo tanto hacen que la prescripción no pueda surgir. Las causas que impiden que comience la prescripción son la condición y el término y cuando el derecho está sometido a una condición suspensiva, la prescripción no comienza mientras la condición no se cumple (Conf. VILLARREAL, JUAN CARLOS c/ GOBIERNO DE LA PROV. DE SANTIAGO DEL ESTERO s/ DAÑOS Y PERJUICIOSMAG. VOTANTES: BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ-CONTATO-Lex doctor).-

Tal como lo señala el a quo, si lo que se perseguía es la “justa reparación” del daño derivado de incumplir con la inscripción de la hipoteca, la acción a tal fin estaba expedita para la parte desde el mismo día en que tomó conocimiento de dicha omisión, que lo fija el 20.11.1998, coincidiendo con su análisis y conclusión que al haberse interpuesto la presente demanda el 18.06.2010 ya había operado el plazo decenal señalado en el art.4023 del C. Civil para la prescripción liberatoria, que sólo requiere la pasividad del acreedor y el transcurso del tiempo.-

Acerca del comienzo del cómputo que invoca el propio acreedor, y considerando la relevancia para el deudor, no procede dejar dicho episodio supeditado a un acto del primero, que de acuerdo a su voluntad e interés, lo trasladaría sucesivamente haciendo que no acontezca nunca, haciéndolo imprescriptible, y más aún, si tal actuación no llega a la esfera de conocimiento del obligado.-





Así se ha comprobado aquí, cuando la actora, ni al expresar agravios, ni al responder el traslado de la excepción, nunca señaló un día para el comienzo del cómputo, y lo relaciona genéricamente “al finalizar y agotarse el juicio de cobro de la ejecución hipotecaria ... al no poder cobrar por esa vía es donde se formaliza, se materializa el daño y su monto” (fs. 72) , o al referirse al “ saldo impago que resulte del proceso de ejecución” (fs. 457), la “culminación de la etapa de ejecución de sentencia”, y finalmente “el momento de la planilla liquidatoria aprobada y firme que determina o marca la producción del daño patrimonial” a su cliente (fs. 457vta).-

En el caso concreto, la parte había accedido en forma cabal a que no se había registrado la hipoteca (el 19.11.1998- fs.30) y que el bien había sido afectado a otros derechos (según el informe de dominio agregado a fs.15/17 de la ejecución hipotecaria), con lo que frente a la imposibilidad de ejercer los derechos que derivaban de aquella, la parte no tenía que esperar a que se comprobara o no el pago de la mutuaría, cuando además ya desde la misma promoción admite que la mutuaría había incurrido en mora automática y de pleno derecho el 09.01.1996 (fs. 18vta-III HECHOS), y de ello, que tampoco debiera aguardar a que se liquidara la deuda, tratándose de un acto del propio resorte del acreedor, que –como anticipara- el transcurso del plazo de prescripción quedaría supeditado a un acto potestativo o voluntario de la partes.-

En concreto, no puede alegar la actora que para conocer el hecho dañoso debía finalizar la ejecución o practicar una planilla en ella para determinar el monto adeudado por la mutuaría, que en definitiva se relaciona con la entidad del daño, pues por conocimiento del hecho dañoso no debe entenderse la noticia subjetiva en sentido riguroso, sino más bien una razonable posibilidad de información por parte de la víctima (cfr. Borda Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", ps. 85/86, Ed. Perrot, Bs. As., 1976).-

La jurisprudencia es pacífica en tal sentido: "La circunstancia de estar el daño en proceso de evolución, no impide el curso de la prescripción del art. 4037 del Cód. Civil" (CNEsp. Civ. y Com., sala I, 26/4/82, LA LEY, 1982-C, 299) y "No influye sobre el momento inicial de la prescripción de la acción resarcitoria, tratándose de un daño ya producido pero que continúa produciéndose, la agravación posterior, ya que no existe una nueva causa generadora de responsabilidad" (CNCiv., sala F, 228/67, ED, 21-362).-

3.-Que finalmente al decidir no puedo dejar de considerar, y oportuno resaltar, que se encuentra firme y consentido el despacho por el que el juez de grado difirió para el momento para dictar sentencia la decisión sobre la excepción de prescripción (fs. 77), implicando ello que presentaba particulares aristas por la escasez de elementos certeros en qué basar su resolución; es decir, luego de la producción de toda la prueba.-

Que como ya se reseñara, la actora ha afirmado que el comienzo el cómputo de la prescripción de la acción de daños y perjuicios se produce cuando se liquida en el expediente el monto impago por la deudora mutuaría y frente a la omisión de inscribir la hipoteca.-

Y tal falta de pago conduce al evaluar la prueba que instó la misma parte en extraña jurisdicción y no impugnada en su resultado y contenido, cuando en el punto c) requiere al perito contador informe si la documentación consistente en los libros contables consta que:

“la actora ha recuperado a la fecha de la pericia dicho préstamo o en su caso parte del mismo, informando a cuanto asciende la deuda a la fecha de la pericial, calculada a partir de la planilla de liquidación aprobada del Gabinete Técnico Contable (31/10/2004), con aplicación de CER y tasa del 30% anual), para lo cual se deberá acompañar copia de dicha liquidación al oficio” (fs. 211).-

Allí el experto responde (fs.223 y vta ):

-Que en los inventarios al 31/03/99, al 31/03/2000 y 31/03/2002 la deudora del mutuo figura como “deudores en gestión” por \$25.920.-

-Que de los inventarios al 31/03/2001, 31/03/2003 y 31/03/2004 no puede brindar información debido a que los inventarios no presentan el detalle de los deudores que componen el total.-

-Que el Libro Diario N° 3 en el f° 172, el día 02.12.2004 registra un ingreso de \$24.4000 imputado a capital con cargo a “cancelación Deudores Morosos en Gestión”.-

-Que el Libro IVA VENTAS N° 2 en el f°19 se registra una factura B N° 001-00001662 del 29/06/2005 por cobro judicial imputado a intereses de capital (expte. 206692/98) por \$7.957,07 (pesos siete mil novecientos cincuenta y siete con 07/100)”.-

Y frente al pedido de explicaciones de la parte de por qué no practicó la liquidación de la deuda, la perito respondió:

“La liquidación no fue practicada oportunamente pues de acuerdo a lo informado por esta perito en su informe pericial, el capital objeto de la litis a la fecha de realización de la pericia había sido cobrado” por lo tanto no existe deuda que me permita liquidar lo solicitado” (fs. 230).-

Cabe recordar que los libros de comercio comprueban por sí mismos la información que su titular vuelca en ellos, y su fe de verdad resulta del impedimento de aquel de introducir o eliminar registros o actos sin trastocar su equilibrio; esa fuerza probatoria plena la otorga la ley a "los libros", tal como lo prevé los arts. 43 y 63 del C.Comercio involucra a toda la contabilidad, entendida como un sistema congruente integrado por varios libros que se correlacionan y están regidos por insoslayables pautas de interdependencia y cronología dentro de un marco de inextricable concatenación que no deja resquicio para cabos sueltos, correcciones ni adulteraciones.-

El art. 63 se refiere, categóricamente, a los asientos de los libros, por lo cual, para reconocerles el valor probatorio que les atribuye la ley, no puede exigirse que ellos sean respaldados por otros documentos, aún cuando los arts. 43 y 44 dispongan, con otra finalidad de carácter general -como es la que persigue el llevar una contabilidad mercantil moderna, eficiente y documentada-, que las constancias contables deban ser complementadas con la documentación respectiva, porque con ello se desvirtuaría por completo las normas categóricas del Código de Comercio respecto del valor probatorio de los asientos, ya que los reduciría a una mera prueba documental, carente de valor por sí sola, lo cual es



contrario, como decimos, al sistema adoptado por el Código" (conf. Raymundo Fernández y Osvaldo Gómez Leo -"Tratado Teórico práctico de Derecho Comercial -De Palma B.A. 1993, tomo II, nº 30 "c").-

Abundando entonces respecto a lo ya expuesto, tampoco la actora acredita que fuera recién al practicar la planilla en la causa "Consultora Belleville S.A. C/Chandía de Trianon, Ida s/Ejecución Hipotecaria" (Exte. 206.692/98), cuando pudo comprobar el daño que le generaba la falta de pago de la deudora mutuaría, y lo cierto es que sus propios registros informaban sobre su entidad y liquidez, y aún, más que "el capital objeto de la litis a la fecha de realización de la pericia había sido cobrado" así como el "cobro judicial imputado a intereses de capital (expte. 206692/98)" concluyendo en experto que "no existe deuda que me permita liquidar lo solicitado".-

III.-En orden a las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, coincidiendo con el juez de grado respecto a que en el caso transcurrió el plazo de prescripción de la acción, propiciaré al acuerdo rechazar el recurso de apelación de la actora, y la confirmación de la sentencia de grado, con costas a cargo de la vencida (art. 68 del CPCyC), debiéndose proceder a la regulación de honorarios de esta instancia conforme el art. 15 de la L.A. vigente.-

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la Dra. Cecilia PAMPHILE, quien manifiesta:

Coincido con el Dr. Ghisini en que la sola falta de inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad Inmueble, no resulta suficiente para que el acreedor inicie demanda de daños y perjuicios, puesto que ese solo incumplimiento no revela la existencia de daños.

De allí que no resulte correcto, a mi entender, fijar como punto de inicio del plazo de prescripción, el momento en que el actor toma conocimiento de la falta de inscripción de la hipoteca, en tanto ese método de cómputo omite considerar la inexistencia de daño actual.

Es que la prescripción liberatoria no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable y el plazo respectivo sólo comienza a computarse a partir del momento en que ella puede ser ejercida (Fallos 308:1101).

Ha dicho la Corte: "El plazo de la prescripción decenal de la acción tendiente a obtener el resarcimiento de los perjuicios provenientes del incumplimiento de un contrato, comienza a correr desde que aquélla pueda ser ejercida. Ello ocurre, por regla general, después que se produce el daño cuya reparación se procura obtener" (Fallos 229:12).

"...La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el inicio del curso de la prescripción debe ubicarse en el momento a partir del cual la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer y, como regla general, ello acontece cuando sucede el hecho que origina la responsabilidad, pero, excepcionalmente, si el daño aparece después, la acción resarcitoria no nace hasta ese segundo momento, pues no hay resarcimiento si el daño es inexistente (cfr. autos "Wiater c/ Estado Nacional", sentencia del 4/11/1997).

La prescripción se funda en la inacción del acreedor, y no existe esta inacción si ha mediado imposibilidad de accionar judicialmente. Por ello, se ha sostenido que es un principio uniformemente aceptado que la prescripción comienza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala G, 15/12/1982, ED 104, pág. 526) (cfr. mi voto en "CELEDON JUAN CARLOS CONTRA FRUTICUL UNIDOS CENTENARIO SRL Y OTRO S/INDEMNIZACION", EXP N° 394176/2009).

Conuerdo también con el primer votante, en punto a que si bien la falta de inscripción de la hipoteca es el motivo por el cual la actora no pudo ejecutar la garantía y valerse del privilegio frente a terceros, lo cierto es que el daño no se concreta en ese momento, sino con posterioridad, cuando se determina la insuficiencia de bienes de la demandada para solventar el importe de crédito que se reclamaba.

Bien ha dicho la Corte Suprema de la Nación que si bien el comienzo de la prescripción no puede sujetarse a la discreción del acreedor, se exige en cambio que haya tenido conocimiento del hecho generador de la acción, mediante una razonable posibilidad de información (CSJN 16/10/74, ED 60-537, citado por Pizarro, Ramón, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 3, Hammurabi, p. 693/4).

Coincido con el Dr. Ghisini, entonces, en la revocación del pronunciamiento de primera instancia en cuanto hace lugar a la excepción liberatoria, imponiéndose el rechazo de la excepción, con por su orden, así como también en la remisión al juzgado de origen para que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

He señalado a dicho respecto: "...entiendo que se impone remitir las actuaciones a la instancia de origen a fin de que la magistrada se expida sobre el fondo de la cuestión, no correspondiendo que esta Alzada asuma su tratamiento en este estado, so pena de vulnerarse el principio de revisión garantizado por la doble instancia de conocimiento.

Este principio justifica la excepción al no reenvío, ya que es importante que la autoridad de apelación no pierda su carácter de revisor; en este caso y en atención a la forma en que fue resuelta la cuestión en primera instancia, en rigor no existe sentencia definitiva sobre el fondo del asunto, que pudiera ser materia de impugnación.

Entiendo que en el momento actual y en el esquema procesal del fuero civil y comercial, no es posible privar a las partes de una segunda instancia; por lo demás, al expedimos sobre el fondo del asunto, estaríamos resolviendo más allá de la litis planteada en la apelación.

En este sentido, entiendo que es aplicable lo resuelto por el TSJ al indicar:

"3) Que resulta necesario recordar que todas las resoluciones que han recaído en el expediente bajo estudio, en rigor, sólo se han expedido acerca de la improponibilidad o no de la demanda intentada por el trabajador.

En efecto: el A quo, luego de haber sustanciado el proceso y en ocasión de tener que dictar la sentencia definitiva, se pronunció por la



imposibilidad objetiva de la pretensión actoral. En igual sentido se expidió la Cámara de Apelaciones. Luego, al llegar a este Tribunal, si bien se revocaron esos decisorios, ello se hizo sólo juzgando sobre el tópico en discusión –proponibilidad–.

Con ello se quiere poner en evidencia que hasta el momento nunca ha existido una resolución que haga mérito sobre el planteo de inconstitucionalidad, articulado por la actora, que se adecue al caso “Aquino”, conforme, se reitera, lo exige el fallo de la C.S.J.N.

4) Que llegados a este extremo, se torna indispensable reflexionar sobre el efecto disvalioso que acarrearía para las partes -de este proceso- que este Alto Cuerpo sea quien dicte una sentencia definitiva, en orden al derecho de aquellos a recurrirla ante un superior, para así obtener una revisión cierta y, en caso de corresponder, su ulterior reparación.

Según lo sostiene la jurisprudencia y doctrina especializada (cfr. -entre otros- Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004), el derecho al recurso queda comprendido dentro de la garantía constitucional al debido proceso legal (Arts. 21º, 63º y ccdtes. de la Constitución Provincial; 75º, inc. 22, Constitucional Nacional, y 8.2, inc. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En el ámbito local, el legislador ha estructurado el proceso civil sobre la base de una doble instancia ordinaria y una extraordinaria.

A través de la primera, los litigantes tienen derecho, entre otros, a una sentencia definitiva que examine la totalidad de los hechos, pondere el valor de las probanzas, califique jurídicamente el factum, y dé razón suficiente de todas sus conclusiones.

Finiquitada esa etapa, mediante los recursos correspondientes, las partes tienen derecho a impugnar lo decidido. Su alcance puede derivar a un amplio reexamen por el superior, comprensivo tanto de los hechos fijados como del derecho aplicado y las formas que debe cumplir el pronunciamiento.

El proceso revisorio puede continuar con la instancia extraordinaria, a través de los recursos casatorios -según las causales y motivos previamente tipificados en la Ley 1.406-, ante este Cuerpo.

Si la reglamentación legal del derecho a recurrir la sentencia definitiva ha contemplado este derrotero, no agotarlo –en la especie- conllevaría una lesión al derecho de las partes a un debido proceso. Ello, se reitera una vez más, dado que en el particular supuesto de autos –improponibilidad objetiva de la demanda-, las instancias anteriores nunca hicieron mérito sobre la pretendida inconstitucionalidad –con arreglo a la doctrina sentada in re “Aquino”- y, en su caso, acerca del debate de fondo. De hacerlo en esta ocasión, se privaría a las partes de impugnarlo según el mecanismo dispuesto en el ordenamiento procesal civil (Ac. N°55/07 del Registro de la Secretaría Civil).

5) Que otro importante motivo lleva a la solución que en definitiva se propone al Acuerdo. De seguirse una alternativa contraria, también se provocaría un menoscabo al derecho de las partes a un trato igualitario ante la ley (Arts. 22 y 18, de las Constituciones Provincial y Nacional, respectivamente).

En efecto: si, según se afirmó en el anterior capítulo, cualquier litigante del fuero civil cuenta con la facultad legal de impugnar la sentencia definitiva, ante una instancia ordinaria y extraordinaria, para que pueda ser revisada y, en su caso enmendada, igual derecho le cabe a las partes de este proceso. De lo contrario, se comprometería el derecho constitucionalmente resguardado (considerando 12 del citado Acuerdo)...” -cfr. Ac. 19/09, Secretaría Civil, “QUINTULAF NELSON C/ORAZI JORGE HORACIO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” Expte.nº 438 - Año 2003, del voto del Dr. Massei- (“GEPRIN S.A. CONTRA FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESP. CONTRACTUAL”, EXP N° 361999/7). ASI

VOTO.

Por ello, esta Sala III POR MAYORIA,

RESUELVE:

- 1.- Revocar la sentencia dictada a fs.439/447 vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, y en consecuencia, rechazar la excepción de prescripción de la acción, debiendo en la instancia de grado dictar sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68 2º apartado del C.P.C.C).
- 3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en su oportunidad.
- 4.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad.
- 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisin - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



**"SINDICATO DEL PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL DEL PETROLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 547246/2016) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. CERTIFICADO DE DEUDA. TITULO EJECUTIVO. ASOCIACIONES SINDICALES DE TRABAJADORES. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. AGENTE DE RETENCION. CUOTAS. CONTRIBUCIONES DE LOS AFILIADOS. TITULO EJECUTIVO HABIL.

Cabe confirmar la sentencia de trance y remate en donde se rechaza la excepción de inhabilidad de título, toda vez que la actora ha demostrado que el certificado de deuda registra los antecedentes de las contribuciones sindicales establecidas por normas vigente que fueron objeto de verificación y determinación, reuniendo todos los requisitos formales para justificar la ejecución de la deuda con arreglo al art. 5 de la ley 24.642.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SINDICATO DEL PERSONAL JERÁRQUICO Y PROFESIONAL DEL PETRÓLEO Y GAS PRIVADO DE NEUQUEN RIO NEGRO Y LA PAMPA C/ YPF SERVICIOS PETROLEROS S.A. S/ APREMIO", (Expte. N° 547246/2016), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 180/182 obra memorial de la parte demandada fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de trance y remate de fecha 30 de agosto de 2016 (fs. 173/177 y vta.), que con imposición en costas a su cargo mandó llevar adelante la ejecución en todas sus partes, al rechazar las defensas opuestas.

Entiende que erróneamente se rechazaron las excepciones y que se le exija el integro pago del capital reclamado, intereses resarcitorios y punitivos.

Señala el error de haberse encausado el caso citando jurisprudencia de la Ley 11.683 y de la CSJN que deviene improcedente, indicando ligeramente que su parte pretende articular al debate la causa de la obligación en toda su amplitud.

Expresa que la ley especial 24642 que da marco a la pretendida ejecución, no admite excepciones que la entidad puede prever en su funcionamiento interno por su Estatuto, fundamentos que están relegados ante un orden de prelación superior, como lo es la ley antedicha y la que se aplica en particular a las Mutuales, como lo es la ley 18.820 y decreto 475/90.

Dice que mientras el art. 544 inc. 4 del CPCyC, limita las excepciones posibles a la de falsedad material o inhabilidad extrínseca del título, la entidad gremial ejecutante admite su incumplimiento y pretende justificarlo simplemente manifestando ausencia del Secretario General, sin probar ni argumentar los motivos justificantes de tal ausencia en la firma de un instrumento que la ley le otorga valor ejecutivo ante la autoridad judicial; que la arbitrariedad de la sentencia es manifiesta porque no es posible legalmente acreditar en el acotado marco del apremio los extremos sobre la inexistencia de la deuda, sin perjuicio de reiterar también la entidad gremial no logra demostrar su derecho a reclamar sobre el universo de los trabajadores que lista en una planilla omitiendo el recaudo legal que condiciona la admisibilidad del título.

Indica que el inc. h del artículo 1 de la Resolución 475/1990, resulta de la remisión del art. 7 de la ley 24642, y que se está premiando a la entidad ejecutante con la admisión de un apremio injustificado y viciado de nulidad al no cumplirse los recaudos legales mínimos que la ley exige para su cumplimiento.

Respecto al rechazo de la defensa de falta de legitimación activa del Sindicato actor, expresa que su parte expuso un muestreo de empleados



verificados que se encontraban en algunas de las siguientes situaciones: personal que no está representado convencional ni sindicalmente por el Sindicato actor, y personal que tampoco está representado por el CCT 637/11 en el ámbito de aplicación territorial del mismo. Refiere a la prueba adjuntada en su responde de demanda.

Consecuentemente, entiende que el Sindicato no tiene legitimación alguna para determinar la deuda como lo hace.

Concluye solicitando se haga lugar a la defensa interpuesta de inhabilidad de título, con costas al Sindicato actor, manteniendo la reserva del caso federal.

Corrido traslado a fs. 183, es contestado por la parte actora a fs. 186/193, advirtiendo que la expresión de agravios no se ha formulado en los términos del art. 265 del CPCyC., entendiéndose que corresponde hacer efectivo el apercibimiento previsto en el art. 266 del mismo cuerpo legal. Cita jurisprudencia. Seguidamente responde los agravios y peticona se confirme la sentencia de grado, con costas.

II.- Que son antecedente del presente, la sentencia de trance y remate recurrida dictada bajo el argumento de que el certificado de deuda en ejecución ha sido emitido conforme el art. 5° de la ley 24642, y considera improcedente objetar su habilidad en cuanto al incumplimiento en el proceder de la conformación de la deuda, estando vedada la discusión acerca de la causa y origen de la obligación, considerando el limitado ámbito cognoscitivo en trámites como el presente.

A su vez, sobre la pretensión de enervar el título en relación a las firmas insertas en el certificado de deuda que se vincula a los requisitos extrínsecos de su conformación, citando la previsión del art. 1 de la Res. 475/1990, por remisión del art. 7 de la Ley 24642, y aplicación de su art. 5, lo tiene por cumplido con la rúbrica del Secretario Adjunto, por la subrogancia legal del Secretario General habilitada por el art. 22 del Estatuto del Sindicato, desde que el primero reemplaza al segundo, asumiendo el cargo con las mismas atribuciones y deberes, en caso de enfermedad, ausencias, muerte o renuncia. Finalmente rechaza la excepción de pago y espera bajo al argumento de que, atento el art. 605 del CPCyC, sólo podrá probarse en forma documentada, extremo que no tiene por cumplido con la prueba instrumental acompañada.

Cabe recordar a su vez que el título en ejecución obrante a fs. 171 fue emitido como “CERTIFICADO DE DEUDA” fechado el 28 de Septiembre de 2015, en el que resulta de interés para los presentes que consigna a la demandada como la deudora, los antecedentes “listado de personal, libro especial de sueldos y jornales, Acta de Verificación de Deuda n° 351/15; notificación postal 27/08/15; recibida el día 02/09/15 según historial de seguimientos de envío de Correo Argentino. Intereses Compensatorios y Punitivos (ley 24642, art. 37 y 52 ley 11683, Dto. Nac. N° 507/93 y Resolución (MEyP) N° 841/2010, desde que cada suma es debida y hasta el efectivo pago”, la certificación de “que a la fecha de emisión del presente Certificado de Deuda, la persona física/jurídica designada precedentemente registra una deuda líquida y exigible a favor del SINDICATO del PERSONAL JERARQUICO Y PROFESIONAL del PETROLEO Y GAS PRIVADO de NEUQUEN, RIO NEGRO y LA PAMPA (Personería Gremial N° 1671 otorgada por Resolución N° 598 del 01 de agosto de 2005, con domicilio real en Chrestía N° 250, Neuquén); por la suma de \$2.101.526, 05 (PESOS DOS MILLONES CIENTO UN MIL QUINIENTOS VEINTISEIS CON 05/100), suma determinada al 10 de Agosto de 2015” por capital, según contribuciones extraordinarias y ordinarias que detalle, más intereses, agregando que “El detalle mensual de los rubros montos e intereses se adjunta en planilla anexa, conforme Acta de Verificación de Deuda N° 351/15 (artículo 21 del Decreto N° 358/90), en 7 fs. y anexo 4 fs. formando parte del presente. El vencimiento del plazo de pago de la deuda es de diez días hábiles posteriores a la notificación postal fehaciente. Esta deuda será actualizada hasta el momento de su efectivo pago, incluyendo los recargos, multas, intereses resarcitorios y punitivos, gastos de gestión de cobro, costos, costas y honorarios que establecen las normas legales en vigencia. La deuda determinada en este certificado es extracto fiel de la constancia bancaria y contable obrante en los registros de la entidad sindical acreedora. La deuda mencionada en el presente certificado en favor del sindicato no implica liberación de deuda anterior o posterior que la persona física y/o jurídica mantenga con el sindicato, por conceptos y/o períodos diferentes a los fiscalizados. Quienes suscriben el presente se encuentran autorizados para realizarlo conforme los estatutos de la entidad gremial, y las leyes 23551 y ley 24642. El presente certificado de deuda detenta el carácter de título ejecutivo (procedimiento fiscal, art. 5 ley 24642) que se dicta cumplimentando los arts. 1°, 5°, 7° y cc y ss de la ley 24642; arts. 604 y 650 CPCyC; y legislación supletoria (a. arts. 21 y 24 d la ley 236609; b. artículo 21 y 24 del Decreto Regl N° 358/90; c. arts. 11, 17 y cc Ley 18820, d. Res. Gral AFIP N° 79/98; e. Res. AFIP N° 247/98; F. Res Gral AFIP N° 3329/12; g. Res. INOS N° 475/90; h. Res. Inos N° 482/90; i. arts. 86/87 decreto 2284/91)”. Firmado Tesorero y Secretario Adjunto.

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la inhabilidad de título en procesos como el que nos ocupa, exige acreditar que el título acompañado no reúne los requisitos fijados por el Código Procesal (art. 523 del CPCyC), o que el ejecutante no es el titular del derecho invocado, o el sujeto a quien se persigue no es el obligado al pago, así como, si la deuda está sujeta a plazo o condición.

También vale recordar que las excepciones no proceden cuando se pretende discutir la legitimidad o el origen de la deuda, o causa de la obligación, y a su vez, es a cargo del ejecutado probarlas (art. 544 inc. 4° CPCyC).

Que tal como lo analiza y concluye el juez de grado, las circunstancias para habilitar las defensas introducidas no se han comprobado en el caso, considerando que la actora ha demostrado que el certificado de deuda registra los antecedentes de las contribuciones sindicales establecidas por normas vigente que fueron objeto de verificación y determinación, reuniendo todos los requisitos formales para justificar la ejecución de la deuda con arreglo al art. 5 de la ley 24.642.





Que en tanto la excepción de inhabilidad de título, sólo es admisible cuando se funda en el cuestionamiento de la ausencia o defectos en los recaudos externos y formales del título, estando vedada la discusión acerca de la causa y origen de la obligación, concluyo, como lo hizo la juez de grado, acerca de la improcedencia del planteo de aquella en estos autos.

Que en primer lugar, la ejecutada insiste en cuestionar que en el certificado de deuda haya intervenido el Secretario Adjunto y no por el General, y a su respecto cabe citar que por el art. 22 del Estatuto del sindicato, el “Secretario Adjunto designado reemplazará al Secretario General, asumiendo el cargo con las mismas atribuciones y deberes, en caso de enfermedad, ausencia, muerte o renuncia del mismo” (fs. 30).

Que la pretensión de acreditar o analizar el mecanismo de configuración del supuesto convencional, no sólo excede el objeto del presente, sino que además, y fundamentalmente, la impugnación implicaba la carga probatoria en cabeza de la excepcionante de que tal autoridad no reemplazaban ni ejercían las funciones, y ninguna prueba se ha aportado al respecto, máxime si tampoco se ha negado que el firmante detentara el cargo invocado.

De igual forma, importa introducirse en el examen de la causa de la obligación que veda la ley, pretender que en este juicio se abra el debate acerca de los trabajadores que no estaría alcanzados convencional ni sindicalmente por la parte actora y por los que se reclamaron aportes sindicales, no satisfaciendo tal imperativo el planteo que se limita a invocar la realización de un “muestreo de empleados verificados” que no reunirían tal condición.

Sin perjuicio que con lo expuesto hasta aquí no se pretende adelantar decisión acerca del fondo del asunto, toda vez que las cuestiones esgrimidas podrían llegar a transitar la acción ordinaria ulterior prevista en el art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial, más lo cierto es que la última pretende aquí discutir la legitimidad o el origen de la deuda, o causa de la obligación, que como anticipé, la ley no admite.

Ejecución fiscal. Planteo de inhabilidad de título. Conforme lo normado en el inc. 4º del art. 544 del CPCCN, la excepción de falsedad o inhabilidad del título con el que se pide la ejecución, veda toda posibilidad de cuestionar la causa de la obligación. Ello es así por cuanto el procedimiento de cobro de aportes y contribuciones, dentro de la teoría general del juicio ejecutivo, constituye un trámite de verificación restringido, del cual –dado su limitado ámbito de conocimiento–, se debe excluir todo aquello que vaya más allá de lo meramente extrínseco, pues solamente corresponde admitir como defensa al progreso del juicio las deficiencias formales del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa, ello –obvio parece tener que decirlo– sin perjuicio de la facultad que asiste al afectado de actuar de conformidad con lo dispuesto en el art. 553 del CPCCN. (CNAT Sala VII Expte N° 1719/2010 Sent. Def. N° 43.398 del 15/3/2011 “S.U.T.E.R.H Sindicato Único de Trabajadores de Renta y Horizontal c/Consortio de Propietarios del Edificio Tucumán 359/361 s/ejecución fiscal” (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Ejecución fiscal. Planteo de inhabilidad de título de certificado de deuda emitido por una asociación sindical. El título es inhábil si no está comprendido en la enumeración legal, o si su habilidad no surge pura y simplemente del documento, sino que debe integrarse con hechos y circunstancias extrañas a él y que no estén, a su vez, debidamente instrumentados. La excepción no admite fundamento sino en la validez extrínseca del título y no puede sustentarse en la falta de causa de la obligación. CNAT Sala V Expte N° 32.739/2010 Sent. Int. N° 28.506 del 23/03/2012 “Unión de Trabajadores del Turismo Hoteleros Gastronómicos de la República Argentina UTHGRA c/ TEB SRL s/ Ejecución Fiscal” (García Margalejo – Zas – Arias Gibert).

Ejecución fiscal. Inhabilidad de título. Si la ejecutada cuestionó la existencia de la deuda en función de no haber tenido ningún empleado en relación de dependencia durante el período reclamado por la SRT, es evidente que la impugnación de la apelante se encuentra dirigida no a las características extrínsecas del instrumento ni a quién lo emite, sino a la legitimidad de la deuda, por lo que cabe remitirse al art. 544 inc. 4º del CPCCN. Por lo tanto, sin desmedro de los derechos que puedan asistir a la recurrente y las más y mayores pruebas que la ejecutada pueda eventualmente articular en el marco de un posterior juicio ordinario, el planteo aquí formulado excede el límite del propio marco propio del proceso de que se trata y corresponde confirmar el rechazo de la excepción de inhabilidad de título opuesta. (CNAT Sala V Expte N° 48.879/2010 Sent. Def. N° 74.296 del 8/8/2012 “Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/El Galeón del Norte SA s/ejecución fiscal” (García Margalejo – Zas – Arias Gibert).

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 de la recurrente vencida, 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. 173/177 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 558 C.P.C.C.).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).



4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"H. M. C. N. S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I  
Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 78355/2016) – Interlocutoria: 05/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO DE FAMILIA: Guarda.

MENOR. GUARDA DEL MENOR. ABUELOS. DERECHO A LA SALUD. AFILIACION A OBRAS SOCIALES.  
INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

Cabe conceder la guarda de una menor a su abuelo para que sea incorporada a su obra social, si las razones formuladas son debidamente justificadas, y permiten concretar de manera efectiva, la protección requerida atento la situación en la que se encuentra la pequeña, poniendo en juego el derecho a la salud, y como corolario, el derecho a la vida. Ello así, en consideración a que el plexo normativo vigente, le otorga a la menor una protección preferente, por tratarse de una niña, nacida el 15/06/2016 que debido a su diagnóstico de gastrosquisis, necesita ser afiliada a la obra social de su abuelo a efectos de obtener la cobertura de las prestaciones medicas que demande su salud.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de Febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "H. M. C. N. S/ GUARDA" (Expte. N° 78355/2016) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y,

CONSIDERANDO:

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fecha 15 de septiembre de 2016 obrante a fs. 16/17, presentando memorial a fs. 28/31.

El recurrente expresa que la juez de grado no ha efectuado una valoración total e integral de los hechos manifestados y prueba ofrecida, omitiendo la apreciación de parte de ella lo que conlleva a realizar una análisis parcial que desvirtúa el real acontecer de las circunstancias de autos.

Se agravia por cuanto el decisorio afirma que no se encuentra acreditado el vínculo paterno – filial, siendo ello falaz dado que surge del acta de nacimiento adjuntada de la menor C.N.H.M., DNI: ..., el emplazamiento filiatorio de su progenitor Sr. F. E. H. Y., razón por la cual no existe óbice alguno para desacreditar el carácter de abuelo que posee el Sr. J. D. H. respecto de la menor.

Destaca que en la presentación que dio origen a estos actuados hace especial hincapié en la necesidad de suma urgencia para incorporar a la niña a la obra social que el abuelo se encuentra en condiciones de proveer.

Fundamenta la petición en el interés superior del niño y el derecho a la vida y a la salud, que su nieta posee, explicitando que es de vital importancia acceder a dicha pretensión en razón de que la menor deberá ser intervenida quirúrgicamente, a mediados del mes de Octubre del corriente año por encontrarse su vida en riesgo.

Crítica que la jueza solo limitó a fundar su decisión en dos figuras receptadas en los arts. 643 y 657 del Código Civil, sin atender a la totalidad



del plexo normativo del ordenamiento jurídico vigente.

Asevera que los derechos y garantías de la niña fueron altamente vulnerados por su resolución, causándole un gravamen irreparable, al denegar la solicitud de guarda a fin de obtener la posibilidad de contar con la cobertura de la obra social y asistencial por parte de su abuelo, tan necesaria para su intervención quirúrgica,

En virtud de ello, solicita se revoque el pronunciamiento, otorgándole debida intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente; y se conceda la guarda al abuelo Sr. J. D. H., DNI ... –solo con fines asistenciales- para la incorporación a la obra social de su nieta C.N.H.M., DNI ....

II.- A fs. 33 se expide la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente Nro. 2 compartiendo los fundamentos de la Juez A quo, entendiéndose que la imposibilidad material actual de los progenitores de C. de asumir los gastos de su hija, no son “razones suficiente justificadas” tal como establece el art. 643 del Código Civil y Comercial.

Agrega que por más loables que sean los motivos que llevan al abuelo paterno a solicitar la guarda a un pariente, las figuras receptadas en los artículos 643 y 657 del C.C., son de carácter excepcional, al requerir razones debidamente justificadas para su admisibilidad y en el supuesto de suma gravedad.

Señala que la responsabilidad parental como máxima institución protectora de niños, niñas y adolescente reside en cabeza de sus progenitores y tiende a su protección, desarrollo y formación integral. En el caso concreto, se trata de una madre adolescente –C. N. M. (15) y su pareja F. E. H. Y. (18), quien recientemente ha adquirido la mayoría de edad.

Por último, expone que una de las tantas modificaciones que efectuó el Código Civil se centra en el régimen de la capacidad de las personas. En virtud de la constitucionalización del derecho privado se incorporaron a nuestra legislación múltiples principios receptados en los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, el principio de autonomía progresiva de niños y adolescente. Ello trajo aparejado sin lugar a dudas la redacción del actual artículo 644 mediante el cual se regula que los progenitores adolescentes ejercen la responsabilidad parental.

III.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento, anticipo que se habrá de revocar la resolución y propiciar que se conceda la guarda de la menor C.N.H.M. a su abuelo Sr. J. D. H. con fines asistenciales, de tal forma de obtener su incorporación a la obra social.

Sentado ello, entiendo que las “razones” que han sido expuestas en el escrito de inicio obrante a fs. 13/15 por el Sr. J. D. H., DNI N° ..., quien solicita se conceda la guarda de su nieta C.N.H.M. –solo- con fines asistenciales para incorporarla a su obra social, tornan admisible su pretensión.

En efecto, allí relata que los progenitores de la niña C. se encuentran ambos sin trabajo motivo por el cual, los gastos de la menor son solventados por los abuelos.

Dice que se desempeña como maestro soldador calificado especializado, percibiendo una remuneración mensual de aproximadamente \$21.292.66 y, que su obra social es O.S.PE.PRI (obra social de petroleros privados), aclarando que la petición de la guarda, es solo con la finalidad de proveerle a su nieta, la cobertura de la obra social.

Solicita, en pos de proteger la salud física y moral de su niña, definir de manera urgente, la situación jurídica atento que la menor padece gastroquiasis, y que habiendo sido detectada desde el embarazo debieron trasladarse a la Ciudad de Buenos Aires, al Hospital Universitario de Saavedra de Alta Complejidad a fin de ser intervenida ni bien se produjera el alumbramiento.

Finalmente, manifiesta que la niña C. deberá ser intervenida quirúrgicamente a mediados del mes de Octubre de 2016, y que siendo sumamente delicada su salud, deberá ser sometida a nuevas intervenciones y tratamientos médicos prolongados.

Destaca que ésta, es la razón de la urgencia para que se proceda a otorgar la guarda solo con la finalidad de incluirla en la obra social, por lo que solicita se emita una constancia de inicio de los presentes autos a efectos de ser presentada ante la obra social para su conocimiento.

Cabe mencionar que el Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su artículo 643 la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental bajo ciertas y específicas condiciones. Así prescribe: “en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un periodo mas con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que solo tiene un vínculo filial establecido”.

Al respecto, explica Marisa Herrera al efectuar el comentario del citado artículo: “...otra de las novedades del CCyC es, justamente la posibilidad excepción de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provoco a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas –como la guarda de personas o la tutela-, o creaciones pretorianas –las conocidas “guardas asistenciales” a



los fines, por ejemplo, de obtener cobertura de su nieto a cargo” (Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723. Dirección Editorial: Julián Álvarez. Coordinadoras Generales: María Paula Pontoriero, Laura Pereiras, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, julio de 2015, ISBN: 978-987- 3720-31-4, Id Infojus: LB000171, [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigocomentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_II.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigocomentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf)).

En base a lo expuesto precedentemente, valoro que las razones formuladas por el Sr. J. D. H. –abuelo de la niña- cuya guarda aquí solicita, son debidamente justificadas, y permiten concretar de manera efectiva, la protección requerida atento la situación en la que se encuentra la pequeña, poniendo en juego el derecho a la salud, y como corolario, el derecho a la vida.

Ello así, en consideración a que el plexo normativo vigente, le otorga a C. una protección preferente, por tratarse de una niña, nacida el 15/06/2016 que debido a su diagnóstico de gastrosquisis, necesita ser afiliada a la obra social de su abuelo a efectos de obtener la cobertura de las prestaciones medicas que demande su salud.

Y es que, por aplicación del principio rector “interés superior” del niño, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos (cfr. Fallos: 328:2.870); y atento a que el derecho a la vida - que incluye la salud- es el primer derecho de la persona garantizado por la constitución nacional y por los tratados internacionales, y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (fallos: 323:3229 y 324:3569), concluyo que admitir su petición, es la solución que mejor se compadece en este caso concreto.

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional, que contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4, inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, del art. 24, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del art. 12, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y de los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

Para concluir, agrego que teniendo en cuenta que la titularidad de la responsabilidad parental alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, y les mantiene el derecho a supervisar la crianza y educación, en tanto el ejercicio de la misma, se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos, es decir, la que pone de relieve la forma en que se van a efectivizar los derechos y deberes; y que de los términos del art. 643 del CCyC surge expresamente la temporalidad de la medida.

Que esta Alzada se ha expedido recientemente en el sentido que vengo exponiendo por interlocutoria de fecha 20 de diciembre de 2016 en los autos “J.T. S/ GUARDA” (EXPTE N° 78484/2016), oportunidad en que fueron abordados similares antecedentes y fundamento de derecho, haciéndose lugar al pedido de homologación de un acuerdo por el que se delegaba el ejercicio de responsabilidad parental, oportunidad en que adherí al voto preopinante de la Dra. Pamphile.

IV.- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que se revoque la decisión de grado, y se haga lugar a la pretensión, concediendo la guarda de la menor C.N.H.M. a su abuelo Sr. J. D. H. a los fines solicitados, esto es, con fines asistenciales de tal forma de obtener su incorporación a la obra social.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución dictada a fs. 16/17, y en consecuencia, conceder la guarda de la menor C.N.H.M. a su abuelo Sr. J. D. H. con fines asistenciales, de tal forma de obtener su incorporación a la obra social, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"FORTUNATI MARCELO DANIEL C/ DPS S.A. Y OTROS S/ PRUEBA ANTICIPADA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.:



508613/2016) – Interlocutoria: 06/2017 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA ANTICIPADA. RECHAZO DE LA PRUEBA.

1.- En relación a la prueba informativa al Correo Argentino para que remita copia de la filmación de seguridad del día 10 de junio de 2016, consideramos que no hay un peligro o urgencia eminente que justifique la anticipación de su remisión, pues el Correo es un tercero ajeno a la litis, por lo que no hay motivos para siquiera sospechar que dicha prueba pueda ser fraguada, alterada o destruida. Además ni siquiera se ha probado que la misma no va a ser conservada, vale decir que no se va a contar con ella al ser requerida en la etapa de prueba pertinente.

2.- En cuanto a la pericia técnica informática, diremos que del relato del demandante en realidad se extrae que pretende la entrega de su Notebook, en función de una supuesta apropiación indebida que imputa a la demandada. De manera que, interpretamos que los hechos invocados no justifican -por lo menos en esta etapa- la realización de dicha pericial como prueba anticipada, pues para ello se debe contar con la computadora en cuestión, y en tal caso deberá el actor solicitar -no una prueba anticipada- sino una medida cautelar como el secuestro, a los fines de recuperarla para así, oportunamente realizar la pericia pertinente.

3.- Sobre la última medida de prueba -informativa- peticionada -Escribanía-, no se advierte la urgencia o peligro, para requerir los antecedentes mencionados, pues en caso de adulteración el apelante cuenta con los mecanismos legales para responsabilizar a quién haya actuado en indebida forma. Además es necesario aportar elementos de juicio que autoricen a presumirlo con determinado grado de verosimilitud.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 2 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FORTUNATI MARCELO DANIEL C/ DPS S.A. Y OTROS S/ PRUEBA ANTICIPADA", (Expte. N° 508.613/2016), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL N° 6 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia del Secretario actuante, Dr. Oscar SQUETINO y,

CONSIDERANDO:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 43/45 y vta., que rechaza el planteo de producción de prueba anticipada.

En sus fundamentos que lucen a fs. 47/48 vta., sostiene en primer lugar, que la a quo omite considerar la prueba informativa al Correo Argentino y a la Escribanía de María Celeste Pinotti, y la pericia técnica informática, con claro perjuicio del actor, ya que se enfrenta con la posibilidad de perder la misma o bien que ésta se vea alterada, de modo tal que se dilapide su relevancia para la solución del caso.

En relación a la prueba informativa al Correo, manifiesta que la necesidad de contar con la filmación de seguridad de fecha 10/06/2016, es para poder acreditar cómo se le hizo formalizar la renuncia al trabajador.

Afirma, que la idea de anticipar una pericia técnica e informática, es para que el licenciado a designarse proceda a retirar la Notebook marca Toshiba de propiedad del actor, que se encuentra en posesión indebida de los demandados, a fin de constatar del disco rígido de la misma la distinta información a recuperar, como mensajes de correo electrónico, información del sistema PALJET, datos del programa y todo lo referido a correos privados.

Y finalmente, la prueba informativa a la Escribana María Celeste Pinotti, es para requerirle la totalidad de los antecedentes, protocolo y las actas de escritura, demás actas y notificaciones referidas al accionante.

En segundo lugar, expresa que no se ha considerado la urgencia ni la peligrosidad que se requiere para la procedencia de la prueba anticipada.





Expone, que el hecho que se considere que las pruebas peticionadas exceden lo dispuesto por el art. 326 del CPCyC, no tiene sustento alguno si se tiene en cuenta la gravedad de los sucesos y la importancia que las mismas tienen para el futuro litigio a desarrollarse en esta sede.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a juzgamiento, en primer lugar debemos tener presente que el anticipo preventivo de prueba importa la admisión excepcional de medidas, en una etapa no propia, con fundamento en la eventualidad de su desaparición o difícil obtención. De ello se sigue que la concesión de este tipo de medidas debe ser hecha con carácter restrictivo, evitando el adelantamiento de la solución de fondo y fundamentalmente, sin vulnerar la igualdad de las partes en el proceso (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala B, “Insua Sáenz, Carlos”, 17/2/1983, LL 1983-B, pág. 481).

Dado el carácter excepcional de la producción de medios probatorios en una etapa anterior a la que corresponde propia –por su imposible o difícil concreción en el momento procesal oportuno- es que tenemos que analizar cada una de las pruebas requeridas por el apelante y evaluar si cumplen o no con la urgencia y la necesidad propias que caracterizan su procedencia.

Para aproximarnos al instituto en cuestión, previamente debemos brindar algunas precisiones, pues la prueba anticipada prevista en el art. 326 del Código Procesal, de aplicación supletoria en virtud del art. 54 de la Ley N° 921, no constituye una categoría procesal autónoma, sino que se trata de una forma excepcional de producir prueba –iniciado o no el juicio- según la urgencia que hubiere en la ejecución de la medida.

El gran procesalista Enrique M. Falcón nos enseña que la gran dificultad en la producción de las pruebas en la etapa oportuna puede deberse a circunstancias particulares del futuro demandado, o a actos de éste o de un tercero que tiendan a alterar las cosas o lugares objeto de la prueba. (Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación, T° II, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 861).

“Las medidas previstas en los arts. 326 y 327 del Cód. Procesal tienden a recoger pruebas útiles para un proceso futuro o en trámite. En consecuencia, su finalidad, aunque de naturaleza cautelar, no es asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia, sino posibilitar la solución conservando pruebas cuando se acredite “prima facie” que la parte que la propone está expuesta a perderlas, o que éstas resultan de imposible o dificultosa producción en el período pertinente.” (Marcelo López Mesa, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo III, Pág. 647, Ed. LA LEY).

Luego, al confrontar los conceptos expuestos con las pruebas solicitadas, advertimos que los motivos invocados por el accionante a los fines de su procedencia resultan insuficientes.

En efecto: respecto a la prueba informativa al Correo Argentino para que remita copia de la filmación de seguridad del día 10 de junio de 2016, consideramos que no hay un peligro o urgencia eminente que justifique la anticipación de su remisión, pues el Correo es un tercero ajeno a la litis, por lo que no hay motivos para siquiera sospechar que dicha prueba pueda ser fraguada, alterada o destruida. Además ni siquiera se ha probado que la misma no va a ser conservada, vale decir que no se va a contar con ella al ser requerida en la etapa de prueba pertinente.

En cuanto a la pericia técnica informática, diremos que del relato del demandante en realidad se extrae que pretende la entrega de su Notebook, en función de una supuesta apropiación indebida que imputa a la demandada. De manera que, interpretamos que los hechos invocados no justifican –por lo menos en esta etapa- la realización de dicha pericial como prueba anticipada, pues para ello se debe contar con la computadora en cuestión, y en tal caso deberá el actor solicitar –no una prueba anticipada- sino una medida cautelar como el secuestro, a los fines de recuperarla para así, oportunamente realizar la pericia pertinente.

Sobre la última medida de prueba peticionada –Escribanía-, no se advierte la urgencia o peligro, para requerir los antecedentes mencionados, pues en caso de adulteración el apelante cuenta con los mecanismos legales para responsabilizar a quién haya actuado en indebida forma. Además es necesario aportar elementos de juicio que autoricen a presumirlo con determinado grado de verosimilitud.

Asimismo, la prueba anticipada no cumple con la finalidad mencionada por el actor, en cuanto a poder refutar los hechos allí mencionados, redargüir de falsedad dicho documento, pues para ello cuenta con las diligencias preliminares reguladas en el art. 323 del Código Procesal, las que, de considerarlo necesario y a los fines de poder preparar su demanda, podrán ser solicitadas en la instancia de grado.

Consecuentemente, al interpretar que no se encuentra debidamente justificado que las medidas no podrán ser producidas en la etapa procesal oportuna, no deben ser ordenadas más allá de lo estrictamente necesario para no comprometer los principios de igualdad y lealtad en la plenitud del contradictorio.

III.- Por todo lo expuesto, se rechazará el recurso presentado, y en consecuencia, se confirmará el auto apelado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios. Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada entre el tribunal y la parte.

Por ello esta Sala III,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar resolución dictada a fs. 43/45 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada entre el tribunal y la parte (art. 68 2° apartado del C.P.C.C).
- 3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIA



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

**"CECCARELLI GUSTAVO OSCAR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 509014/2016) – Interlocutoria: 30/17 Fecha: 21/02/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

AGRIMENSORES. ESTADO PARCELARIO. MENSURA. AUTORIZACION. DENEGATORIA DE LA SOLICITUD. COLEGIOS PROFESIONALES. CUESTIONES DE COMPETENCIA. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO. VIA IDONEA. DISIDENCIA.

1.- Corresponde confirmar la resolución que declara inadmisibles las acciones de amparo entabladas por un ingeniero agrimensor matriculado, a quien la provincia le niega autorizar y/o dar curso a los trámites de verificación de estado parcelario (VEP) y de mensuras que ha presentado, toda vez que esta vía no es idónea para propiciar una solución adecuada a la situación planteada, máxime cuando se trata de un posible conflicto institucional de competencia provocado indudablemente a partir de la disolución del Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería del Neuquén (C.P.A.G.I.N.), que fuera abarcado durante muchos años por la Ley Provincial N° 708, y que regulaba el ejercicio profesional de geólogos, técnicos, agrimensores, licenciados e ingenieros. (Del voto del Dr. Gishini, en mayoría).

2.- La vía del amparo no resulta idónea para dar respuesta al planteo realizado por el actor en su calidad de ingeniero matriculado y habilitado para trabajos de mensuras por el CAPGIN, que le está siendo denegada por la provincia demandada, conforme hechos y certificados expedidos por el Colegio de Ingenieros que detalla los trabajos presentados y retenidos en la Dirección de Catastro Provincial, que denegó el visado compulsivamente, pues no entiendo cuál es el problema de hacer el visado de sus trámites en el Colegio de Agrimensores hasta tanto se resuelva entre ambos colegios la cuestión referida a la instrumentación de la aplicación de las nuevas leyes que regulan las profesiones de los ingenieros y de los agrimensores, ya que del Acta de Acuerdo integral agregada por el propio amparista, que fuera suscripta por los representantes del Centro de Ingenieros de Neuquén y por la Unión Neuquina de agrimensores, reconocen que cualquier problemática de incumbencia entre las dos profesiones, y que exceda por su magnitud y trascendencia el espacio del mismo, será resuelta en el marco del diálogo establecido entre las dos instituciones. Ello lo habilita a pagar cómo se le exige y luego, zanjada la situación, y en caso de corresponder, se harán entre ambas instituciones los respectivos reintegros de los visados, pero en ningún momento se le impide al amparista realizar sus trámites, ya que repito, la cuestión de competencias debe ser solucionada por las instituciones involucradas, por tratarse de cuestiones más profundas propias de cada colegio, referidas a la recaudación que quiere llevar adelante cada uno de ellos o al ámbito del poder disciplinario; etc. (Del voto del Dr. Gishini, en mayoría).

3.- En atención al planteo realizado por el amparista expresando la calidad de ingeniero agrimensor



matriculado y habilitado para trabajos de mensuras por el CAPGIN, que le está siendo denegada por la demandada, y en el marco de la declaración de admisibilidad del remedio procesal constitucional de que se trata, estimo que corresponde abrir el proceso, principalmente, ante la naturaleza del acto lesivo que restringe y pone riesgo el desempeño laboral del actor, y con ello los ingresos que destina a su desarrollo humano (arts. 14, 16 y 18 Const. Nacional y 21, 22, 23, 24 y 37 Const. Provincial), no requiriéndose un debate o prueba que no pueda sumariamente realizarse en el presente trámite en su caso y siendo necesaria la intervención judicial rápida a los fines de evitar daños irreparables. (del voto del Dr. Medori, en minoría).

4.- Resulta procedente ordenar a la demandada que, a través de la Dirección Provincial del Catastro e Información Territorial, cese en su conducta y que continúe dando curso a los trámites iniciados por el actor con motivo de su ejercicio profesional y hasta tanto recaiga sentencia definitiva. (del voto del Dr. Medori, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 21 de Febrero del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CECCARELLI GUSTAVO OSCAR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 509014/2016) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 6 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 46/53 obra el memorial del actor fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del 21.11.2015 (fs. 22/45), que declara inadmisibile la acción de amparo y rechaza la medida cautelar, solicitando se la revoque.

Que en primer capítulo destaca que el acto arbitrario e ilegal manifiesto fue suficientemente expuesto tanto en la documental aportada como en el relato plasmado en su escrito inicial, expresando la calidad de ingeniero matriculado y habilitado para trabajos de mensuras por el CAPGIN, que le está siendo denegada por la demandada, conforme hechos y certificados expedido por el Colegio de Ingenieros que detalla los trabajos presentados y retenidos en la Dirección de Catastro Provincial, que denegó el visado compulsivamente.

En segundo lugar señala que de la resolución no surge explicación alguna que se pueda siquiera inferir al razonamiento para no advertir el actor arbitrario e ilegal manifiesto que perpetra la demanda cada vez que rechaza, observa, o devuelve a la mesa de entradas los trámites de mensura y VEP (Verificación Estado Parcelario), excediéndose asimismo en su funciones de control atento a que no lo hace por cuestiones de forma o del contenido propio de la materia, que debe realizarse mediante acto administrativo; respecto a la prueba o fuerte indicio de la manifestación de este accionar, destaca que se encuentra en la documental acompañada por el que se devuelve por mesa de entradas, con la observación, "se adjunta copia de la nota enviada por el secretario del colegio de agrimensura de Neuquén. En tanto resuelve la situación el expediente se envía a mesa de entrada", siendo arbitrario el contenido de dicha leyenda porque no hay ninguna situación por resolver, atento a que todo el conjunto de normas en vigencia –Ley 2217 de Catastro y su de decreto Reglamentario la Ley del Col. De Ingenieros N° 2990, Res. CIN N° 009/2016, y concordantes, habilita la continuidad del visado de los trabajo de su parte.

En tercer agravio se dirige a cuestionar que el a quo no advierte sobre las consecuencias de que existe una alteración de los trámites legales que perpetra la demandada en su accionar ilegítimo, pues la alteración o caso omiso a la normativa se hace a través de vías de hecho en que incurre con su negativa a dar curso a los trabajos presentados en la dependencia pertinente, vulnerado lo dispuesto en el art. 5 inc. c de la Ley 2990 del C.I. P.N. que lo habilita realizar mensuras, y VEP –que es una su especie del trabajo anterior-, el Dec. 3382/1999 reglamentario de la Ley de Catastro. 2217, Cap. I Disp. Generales, art. 1 y 2 y vigente en cuanto al procedimiento de visados, cercenar el derecho constitucional a trabajar y percibir una justa retribución conforme art. 14 bis de la Constitución y a mayor abundamiento, vulnerando la Res. Del C.I.P.N. N° 09/2016 que en su art. 1° da validez y continuidad a la legislación preexistente y a las resoluciones del Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería, con lo cual queda en evidencia la validez del Acta N° 1785 del CPAIN que habilita la realización de mesuras desde el año 2008; que se acredita así el daño grave y concreto, cierto y visible que se ocasiona a su parte, y en relación a la existencia de otros medios más idóneos, sin fundamentar el por qué.

Que en relación al rechazo de la medida cautelar, señala que se realiza sin previo análisis, careciendo de argumento o fundamento, al no distinguirlos del utilizado para declarar la inadmisibilidad de la acción interpuesta, tratándose de un planteo autónomo, tal como se solicitara,



acotada, específica, puntual y limitada en el tiempo.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis decreta la inadmisibilidad de la acción de amparo entablada por no darse el supuesto de admisibilidad previsto por los arts. 1, 3 de la ley 1981 y 43 de la Const. Nacional con fundamento en que no aparece evidente el “acto arbitrario e ilegal manifiesto”, ni demostrado que el derecho esgrimido sea “cierto e indudable”, de manera que o exija una indagación profunda para constatarlo, y que el caso se encuentra condicionado a que existen otros medios judiciales más idóneos y de mayor debate (Leyes 1284 y 1305).

El amparista persigue en el presente proceso el cese inmediato del comportamiento ilegal de la demandada que desde el 01.09.2016 le niega autorizar y/o dar curso los trámites de verificación de estado parcelario (VEP) y de mensuras que ha presentado, contrariando la regulación administrativa y actos propios por haberlo hecho desde hace más de 8 años, afectando su derecho sin notificación del acto que lo justifique, limitándose a devolver los expedientes a Mesa de Entradas, habiéndole señalado informalmente que sus presentaciones debían estar visados por el Colegio de Agrimensores, siendo que dicha entidad no se encuentra facultada para visar trámite de ingenieros, como es su caso, cuando se encuentra facultado para la realización de mensuras según el art. 5 inc. c) de la Ley Provincial N°2990 del Colegio de Ingenieros de la Provincia de Neuquén; y que tal proceder le ocasiona un grave perjuicio al verse afectada su labor profesional que realiza como principal, lesionado su derecho al trabajo, al libre ejercicio de la profesión y su salario, conforme arts. 14 y 14 bis de la Const. Nac. Y 37 y 38 de la Const. Provincial, y la igualdad de trato oportunamente garantizado por el art. 16 y cc. de la citada norma fundamental.

Que el actor es Ingeniero en Construcciones que contando con habilitación para realizar mensuras expedida por el Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería del Neuquén conforme nota N° 9671 del 01.10.2008 (fs. 19), mientras que el Ing. Marcelo Fernández Dotzel, Presidente del Colegio de Ingenieros de la Provincia del Neuquén, con fecha 11.11.2016 certifica su matriculación, y que en el transcurso de los años 2015 y 2016 se ha desempeñado realizando trabajos mensuras y VEP en el transcurso de los años 2015 y 2016 que detalla, y en particular aquellos cuyo trámite se encuentra restringido por la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial (fs. 24/26), aportando el “REPORTE DE CONTROLES” con la “Observación”: “Se adjunta copia de la nota enviada por el secretario del Colegio de Agrimensura de Neuquén, en tanto resuelve la situación el expediente se envía a Mesa de Entadas” (fs. 19).

Que tal situación fue denunciada por el propio actor ante la Presidencia del Colegio de Agrimensura con detalle de que son observados los trámites que no tiene el visado de los mandatarios de agrimensura para que la situación sea destrabada, hasta que se resuelva a nivel institucional, sin que ocasione la paralización del trámite (fs. 13/14), recibiendo como respuesta de que dicha institución “se encuentra estudiando la situación planteada”, que se encuentran manteniendo reuniones con el Colegio de Ingenieros a fin de acordar los pasos a seguir, que realizado consultas a la entidad rectora de la profesión a la espera de una respuesta, que se ha reunido con el Director de la Dirección Provincial de Catastro Territorial con idéntica finalidad, y que se compromete a informarle a la brevedad sobre los pasos a seguir (fs. 15), aportando el “REPORTE DE CONTROLES” con la observación: Se adjunta copia de la nota enviada por el secretario del Colegio de Agrimensura de Neuquén, en tanto resuelve la situación el expediente se envía a Mesa de Entadas” (fs. 19).

Que por Resolución N° 383/15 del 16.04.2015 el Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería del Neuquén resolvió que “Los Ingenieros Civiles, en construcciones y otros de la Universidades de La Plata, del Sur u otras, facultados para realizar mensuras por la Resolución 159/87 y que posean antecedentes laborales de mensuras en la provincia, registrados en el CPAGIN con anterioridad a la fecha de la puesta en vigencia de la Resolución ME N° 2145/2014, continúan habilitados (fs. 10/11).

Que el artículo 43 de la Constitución Nacional estipula expresamente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, 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 y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. ...”. Texto similar al art. 59 de la Constitución Provincial. (cfme. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. k y o de la Const. Prov.; y 11 de la ley 1981).

El amparo es antes que un remedio procesal, una garantía concreta para los derechos del hombre. Es una figura preventiva. La acción de amparo procede cuando, aun existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no reporten la seguridad que para los derechos se necesita, de forma tal que una actuación condicionada a ese tránsito puede ocasionar un grave e irreparable daño. Cuando no sea efectivo el remedio pensado como vía de reparación a la violación del derecho constitucional conculcado, un pasaje obligado por esa garantía procesal ordinaria, además de un absurdo, es provocar un riesgo innecesario que el amparo puede evitar.

La necesidad de mayor debate y prueba es una restricción proveniente del criterio que ubica al amparo-proceso como una vía excepcional y extraordinaria. Actualmente este temperamento debe ser revisado, especialmente, porque la inutilidad del amparo sólo se da cuando exista una vía judicial más idónea, y esta idoneidad debe congraciarse con los requisitos de urgencia y sencillez a que refieren el primer párrafo del artículo 43 de la carta magna y los principios contenidos en leyes y tratados. (p. 259, Derecho Procesal Constitucional, Amparo, Osvaldo Alfredo Gozaini).

Atento los hechos denunciados y en el marco de la declaración de admisibilidad del remedio procesal constitucional de que se trata, estimo que



corresponde abrir el proceso, principalmente, ante la naturaleza del acto lesivo que restringe y pone riesgo el desempeño laboral del actor, y con ello los ingresos que destina a su desarrollo humano (arts. 14, 16 y 18 Const. Nacional y 21, 22, 23, 24 y 37 Const. Provincial), no requiriéndose un debate o prueba que no pueda sumariamente realizarse en el presente trámite en su caso y siendo necesaria la intervención judicial rápida a los fines de evitar daños irreparables.

Que con la provisoriedad admitida en esta etapa del proceso, estimo suficientemente acreditados los antecedentes por los que el actor resulta idóneo, se encuentra matriculado, siendo habilitado desde el año 2008 a realizar mensuras y VEP, incluso con los alcances de la vigente Resolución 383/15 de la entidad que agrupaba las profesiones de agrimensores, geólogos e ingenieros, y fundamentalmente, ante la ausencia de una expresa disposición que haga cesar sus efectos y máxime al no poderse otorgarse otro que el silencio a la respuesta de la administración, no exteriorizada la posible colisión con el ejercicio profesional de la agrimensura regulado por la novedosa ley 2989, resultando suficiente manifestación de ello la indefinición de la respuesta dada por las propias autoridades del Colegio Profesional de Agrimensura de la Provincia del Neuquén.

Que vale recordar que las leyes de creación y que regulan las asociaciones profesionales, no tienen acotado su fin el régimen de su existencia o actividades propias, y en tal sentido si bien las Cartas Magnas contempla que algunos derechos fundamentales -como los antes citados- son ejercidos en forma individual, y otros colectivamente (arts. 14 bis Const.Nac., y 31, 42, y 52 Const.Prov.), también en estos últimos siempre el objetivo y función es la protección del individuo sea como tal o en colectividad.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: “El rechazo in límine debe ejercerse con debida prudencia, en tanto la desestimatoria oficiosa puede cercenar el derecho de acción -íntimamente ligado al derecho constitucional de petición-, contrayéndolo sólo a los supuestos en los que la inadmisibilidad de la pretensión aparezca en forma manifiesta, a punto tal que su gravedad impida que constituya un requerimiento revestido del grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia. Tal evaluación, requiere una cuidadosa y severa ponderación de las circunstancias de hecho y derecho que la sustentan, porque no debe perderse de vista que nuestra Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial (art. 15 Const. Prov.)” (CONB Art. 15, CC0002 QL 6293 RSI-59-3 I 22-4-3, Devincenzi Sergio Raul c/ Municipalidad de Florencio Varela s/ Amparo, MAG. VOTANTES: Reidel - Manzi – Cassanello-LDT).

III.- Que en relación a la medida cautelar, el art. 230 del Código Procesal estipula expresamente: “Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara -en su caso- la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 2) La cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.” (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. k de la Const. Prov.; 8 inc. a del Tratado internacional de derechos económicos, sociales y culturales; y 195 y ss., 230 y 232 del Cód. Proc.).

Vale recordar que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad. La fundabilidad de la pretensión que constituye objeto de aquel no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca del derecho y el peligro en la demora. (p. 32 y ss., t. VIII, Procesos cautelares y voluntarios, Derecho Procesal Civil, Palacio).

En particular, la prohibición de innovar está encaminada a preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la inalterabilidad de determinada situación de hecho o de derecho, en virtud de los principios de igualdad y buena fe de las partes. La doctrina se pronunció en el sentido de que no cabe descartar la procedencia de la medida examinada respecto de situaciones ocurridas con anterioridad a la interposición de la demanda. El CPN ha adoptado una fórmula comprensiva de ambas hipótesis.

Se percibe, pues, con suficiente claridad, que el primer supuesto mencionado por la norma transcripta apunta a la posibilidad de que el resultado del proceso principal resulte comprometido si, desde el comienzo, no se dispone determinada modificación en el estado fáctico o jurídico, sea retrotrayéndolo a un estado anterior o bien estableciendo uno nuevo. El segundo supuesto a que alude contempla, por el contrario, el peligro que significaría la modificación de la situación existente al tiempo de requerirse la medida. Lo que interesa, por ende, en las dos hipótesis incluidas en la norma, no es tanto la subsistencia o la alteración del statu quo, sino la necesidad de acatar, mientras dura la sustanciación del proceso principal, la situación de hecho o de derecho delimitada en la resolución cautelar, con prescindencia del emplazamiento temporal de esa situación, que puede por lo tanto ser existente al tiempo de promoverse el juicio, una anterior que se restablece e incluso una nueva. Basta, en definitiva que vivenciando una valoración jurídica de paz el magistrado preserve adecuadamente la eventual utilidad y eficacia del pronunciamiento final (p. 181, ídem).

La doctrina la define como “aquella de carácter excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor”. Señala que además de los tradicionales presupuestos de las medidas cautelares hay que agregar el de la irreparabilidad del perjuicio, como elemento propio y característico de la medida





innovativa que la distingue (Peyrano, La medida cautelar innovativa, p. 21).

Atento la medida de que se trata y con la documental aportada, se ha evidenciado el grave peligro que existe en la demora y la verosimilitud de lo solicitado, con las consecuencias de verse restringido a la nula expresión su actividad profesional fuente de ingresos, cuya entidad resulta certificada por el Presidente del Colegio de Ingenieros de Neuquén, Ing. Marcelo Fernández Dotzel, a fs. 24/26, reuniendo como se expresara ambos requisitos básicos e inclusive se puede afirmar que existe irreparabilidad teniendo en cuenta la afectación que se producirá a su principal medio de vida.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantea el recurso, estimo procedente ordenar a la demandada que, a través de la Dirección Provincial del Catastro e Información Territorial, cese en su conducta y que continúe dando curso a los trámites iniciados por el actor con motivo de su ejercicio profesional y hasta tanto recaiga sentencia definitiva.

IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, revocando el fallo recurrido, y declarando la admisibilidad de la acción y procedencia de la medida cautelar en los términos establecidos en el capítulo anterior.

Sin costas por tratarse de una controversia suscitada con el tribunal (art. 68, 2da. parte CPCyC).

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Voy a disentir con el voto que antecede y a proponer la confirmación de la resolución de grado con todos sus alcances, pues el criterio que viene sosteniendo esta Sala en reiteradas oportunidades (PS-2006-N°87-T°II-F°332/334; PS-2006-N°1-T°I-F°1/5; PS-2006-T°II-F°261/264, entre otros), es en relación al carácter restrictivo con el que debe interpretarse la viabilidad de este remedio procesal de carácter excepcional.

En efecto, sin perjuicio de la razón o sin razón del planteo efectuado, esta vía no es idónea para propiciar una solución adecuada a la situación planteada, máxime cuando se trata de un posible conflicto institucional de competencia provocado indudablemente a partir de la disolución del Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería del Neuquén (C.P.A.G.I.N.), que fuera abarcado durante muchos años por la Ley Provincial N° 708, y que regulaba el ejercicio profesional de geólogos, técnicos, agrimensores, licenciados e ingenieros.

El año próximo pasado, la Legislatura Provincial sancionó las leyes Nros. 2989 y 2990 de creación de los Colegios de Agrimensura e Ingeniería, respectivamente, tal como lo expone el amparista, y ésta situación ha provocado sin dudas, problemas de competencias, incumbencias, etc., que deben ser resueltos en un ámbito de mayor discusión, debate y prueba, no obstante las medidas cautelares que puedan plantearse allí.

Así entonces, en el caso concreto, un ingeniero en construcciones que se encontraba inscripto en el C.P.A.G.I.N., y que ejerce la profesión de manera activa e independiente, mediante la prestación de servicios de realización de mensuras desde el año 2008, como él mismo lo relata, no quiere visar sus trabajos de mensura ante el Colegio de Agrimensores, por ser a su criterio de imposible cumplimiento al encontrarse comprendido en la Ley N° 2990, por lo que entiende que debe hacerlo en el Colegio de Ingenieros.

De modo que no entiendo cuál es el problema de hacer el visado de sus trámites en el Colegio de Agrimensores hasta tanto se resuelva entre ambos colegios la cuestión referida a la instrumentación de la aplicación de las nuevas leyes que regulan las profesiones de los ingenieros y de los agrimensores, ya que del Acta de Acuerdo integral agregada por el propio amparista (v. fs. 4), que fuera suscripta por los representantes del Centro de Ingenieros de Neuquén y por la

Unión Neuquina de agrimensores, reconocen que cualquier problemática de incumbencia entre las dos profesiones, y que exceda por su magnitud y trascendencia el espacio del mismo, será resuelta en el marco del dialogo establecido entre las dos instituciones.

Ello lo habilita a pagar cómo se le exige y luego, zanjada la situación, y en caso de corresponder, se harán entre ambas instituciones los respectivos reintegros de los visados, pero en ningún momento se le impide al señor Gustavo Ceccarelli realizar sus trámites, ya que repito, la cuestión de competencias debe ser solucionada por las instituciones involucradas, por tratarse de cuestiones más profundas propias de cada colegio, referidas a la recaudación que quiere llevar adelante cada uno de ellos o al ámbito del poder disciplinario; etc.

Además, observo que ni siquiera se trata de diferentes montos en las tasas, sea que se trate de un colegio u otro, pues ni siquiera plantea la acción en esos términos.

Siguiendo con el lineamiento expuesto, puedo afirmar con total convicción que esta acción debe reservarse para aquellas situaciones en las que no existen otros medios legales o cuando aun existiendo éstos, peligraría la concreción del derecho que se pretende tutelar, lo que no ocurre aquí.

Dentro de este límite es que debe encarrilarse el planteo efectuado. Tal es así que aun ante la existencia de los hechos denunciados por el amparista -a mi entender- no corresponde buscar su solución a través del amparo bajo el entendimiento que éste medio es el “más rápido y eficaz” pues ello no puede servir de pretexto para obviar los trámites administrativos o judiciales pertinentes. Una interpretación contraria desvirtuaría -sin lugar a dudas- el objetivo que se ha tenido en mira al implementarse esta vía de carácter excepcional, logrando así su ordinarización.

Advierto que la materia introducida por el recurrente en procura de la solución del conflicto planteado a través del procedimiento de amparo, es palmariamente inadmisibile pues se trata de una temática que debe necesariamente ser encausada por la vía contencioso administrativa, con las eventuales medidas cautelares conjuntas o autónomas.

Por otra parte el amparo, no obstante la reforma constitucional, sigue siendo un proceso excepcional contra un acto en que la arbitrariedad o



ilegalidad se perfila notoria, inequívoca, incontestable, cierta, ostensible, palmaria, todo lo cual no se presenta en el caso de marras.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: “El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisibles, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1º de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal”. (LDT. Autos: PRODELCO c/ PEN s/ amparo. Tomo: 321 Folio: 1252 Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Disidencia: Abstención: 07/05/1998).

También que: “La vía del amparo no es apta para enervar los efectos de una resolución de autoridad competente dictada en ejercicio de facultades legales, siendo inadmisibles cuando la intervención judicial impediría o perturbaría el ejercicio de facultades privativas de los otros poderes del Estado. Por lo demás, es requisito ineludible para la procedencia del amparo, tanto la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo, como el agotamiento o inexistencia de otras vías aptas para dar respuesta al reclamo efectuado.” (LDT. Autos: LUNA, Luis Miguel c/ CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES s/ AMPARO - Nº Sent.: 217525 - Civil - Sala F - 15/04/1997).

En función de lo expuesto, entiendo que la vía del amparo resulta inadmisibles y, compartiendo los fundamentos de la señora Juez de grado, propongo al Acuerdo la confirmación de la resolución apelada, sin costas de Alzada atento a la naturaleza de la cuestión planteada.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Federico GIGENA BASOMBRI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 42/45, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Sin costas de Alzada atento la naturaleza de la cuestión planteada.
- 3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Federico Gigena Basombrio

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE C/ W. H. C. P. S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nº 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 77820/2016) – Sentencia: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. DERECHO Y OBLIGACION DE LOS PADRES. ESCOLARIZACION. EDUCACION PRIMARIA.

1.- Cabe hacer lugar a la acción de amparo promovida por la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente en contra de la madre de una niña, quien manifiesta ante las autoridades escolares, y a la Defensoría del Niño, su decisión de no mandar a su hija a la escuela con justificación en la situación de Bullying a la que la niña estuvo expuesta y que la decisión familiar es adoptar el método alternativo de estudiar en casa, en tanto la conducta de la titular de la responsabilidad parental lesiona en forma actual con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho y obligación de su hija a la escolarización.

2.- En tanto el interés superior de la menor, cuya efectivización resulta primordial, es su derecho –y obligación- a la educación que se garantiza mediante la escolarización inmediata, y éste prevalece sobre



la opinión que la madre pueda tener respecto del sistema de educación formal o su preferencia por el de estudiar en casa y sobre las condiciones y evaluación de su reinserción al sistema escolar propuestas de forma alternativa; corresponde ordenar a la demandada a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria) -Art. 111 de la Constitución Provincial), bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial (Art. 239 del Código Penal).

Esta decisión es coincidente con la reciente postura adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en autos: “DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expte. N° 69529 - año 2015) fecha 03/03/2016.

3.- En la Provincia de Neuquén: a) La educación es obligatoria para quienes la habitan; b) Desde el nivel inicial hasta el nivel medio. c) Se imparte en los establecimientos de educación de carácter fiscal o particular, siempre que estén sujetos a las leyes y condiciones previstas por ley. d) debe ajustarse a los objetivos establecidos en el Art. 29 de la C.I.D.N. y Art. 110, Inc. b), de la Constitución Provincial.

**Texto completo:**

Neuquén, 1 de Febrero del año 2017.

AUTOS Y VISTOS: los autos caratulados "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE C/ W. H. C. P. S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte Nro. 77820 / 2016, del Registro del Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia N° 2 a mi cargo, secretaria única, traídos a despacho para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: Que a fs. 92 se presenta la Dra. Marcela Fabiana Robeda, Defensora Adjunta de la Defensoría del Niño y Adolescente N° 2, por la intervención prevista por el art. 103 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación a favor de la niña T. S. A. W..

Promueve acción de amparo contra la Sra. H. C. P. W., D.N.I. N° .... Dice que la demandada tomó una decisión arbitraria que de manera actual e inminente lesiona y restringe los derechos de su hija T. S. A. W. a la escolarización obligatoria hasta la finalización del nivel secundario, lo que le brindará en definitiva las posibilidades necesarias para su formación integral y la capacidad de definir un proyecto de vida individual y colectivo. Menciona que ante esta conducta, se abrió desde la Defensoría del Niño un caso extrajudicial con la finalidad de lograr el restablecimiento del derecho conculcado, situación que no se ha logrado revertir y es por ello que interpone la presente acción de amparo a fin de garantizar el pleno goce de los derechos de la pequeña T..

Solicita se intime a la accionada a garantizar el cumplimiento del derecho/deber de escolarización de su hija durante el plazo de educación obligatoria que culmina con la finalización del ciclo secundario, todo ello bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a una orden judicial prevista en el artículo 239 del Código Penal. Peticiona asimismo, se ordene a la autoridad pertinente –Consejo Provincial de Educación- a que de manera inminente adopte las medidas adecuadas para la reinserción escolar de la niña.

Funda su legitimación activa en la Constitución Nacional art. 43 1°, en el art. 59 de la Constitución Provincial, en los art. 1 y 5 de la Ley 1981 al referirse a “toda persona”, otorga posición en el proceso a quienes reclamen por la violación de un derecho o garantía reconocido constitucionalmente en un tratado o ley, tutelado constitucionalmente en un tratado o ley, en el art. 49 de la Ley de Protección Integral del Niño y Adolescente N° 2302 en sus incisos 1, 3, 4 y 5 instituye como funciones de éste Ministerio Público defender los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés, debiendo promover y ejercer las acciones para ello.

Reseña que la Constitución Provincial en su art. 47 reconoce a los NNyA como “sujetos activos de derechos”, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño la que incorpora al texto Constitucional y sustenta el principio de prioridad absoluta.

Señala que el “Derecho a la Educación” se encuentra reconocido tanto en el Bloque de Constitucionalidad Federal específicamente en los arts. 28, 29 de la CDN, como así también la legislación Nacional y Provincial, y funda la presente acción en la vulneración del derecho a la educación de la niña, quien se encuentra sin escolarización en el presente ciclo lectivo. Y sugiere que deben tenerse presente en el sistema de protección Integral local y nacional los arts. 23 y 15 respectivamente como las Observaciones generales del Comité 1, 12 y 14.

Enumera los presupuestos que según su postura hacen a la admisibilidad del presente: a) Refiere que el acto lesivo emana de la progenitora de T., quien con su actuar lesiona en forma actual con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho y obligación de su hija a la escolarización. Marcando el límite del ejercicio de la responsabilidad parental conforme art. 638 y 649 del CC yC. b) Alega que la ilegitimidad del acto lesiona



un cúmulo de derechos constitucionales que tornan admisible el amparo por no existir otros remedios idóneos de reparación eficaz.

Menciona la ley provincial N° 2.945, de aplicación en todo el territorio de la provincia, cuyo artículo 12 establece la obligatoriedad de la escolarización de niños desde los cuatro años hasta la finalización del nivel secundario; y que el art. 23 de la ley 2302 2° párrafo dispone "El Estado adoptara las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derechos sin discriminación de ningún tipo y en igualdad de oportunidades y posibilidades para el ingreso, la permanencia, el egreso y la reinserción con logros equivalentes en todos ciclos, niveles y modalidades del sistema educativo". c) Dice que el acto lesivo es actual y por encontrarse en juego el derecho a la educación, el requisito de actualidad adquiere una nota preponderante ya que los perjuicios la accionada consolida con su actuar ilegítimo no son susceptibles de reparar mediante otro proceso. d) Asimismo cabe considerar que la cuestión traída a debate indudablemente no requiere mayor debate y prueba que la prevista por la ley provincial N° 1981.

Finalmente expone que se encuentran reunidos los recaudos o requisitos para que proceda la presente acción de amparo, a saber: 1) Urgencia. 2) Irreparabilidad. 3) Inexistencia de otros remedios para subsanar los perjuicios que se invocan, y solicita se declare la admisibilidad de la misma en los términos del art. 11 de la ley 1981.

Relata que desde el comienzo de clases desde el Sistema Integral de Unidades Educativas se realizó el chequeo de la lista de grados y alumnos que asisten a la institución educativa N° 201, constatándose que la niña A. W., alumna de 6° grado turno mañana, no se encontraba asistiendo durante el ciclo lectivo 2016 al establecimiento.

Que la Vicedirectora de la Escuela, Sra. Natalia Fernández, se comunicó el día 16 de Marzo al número de referencia de la pequeña, siendo atendida por la abuela materna de T. quien informa que no estaría concurriendo a ninguna institución educativa. A raíz de ello, desde la escuela se le deja un mensaje a la madre, comunicándole la necesidad de reunirse en la institución para aclarar la situación de la alumna.

Dice que ante ello, al siguiente día se presenta ante la institución educativa la Sra. H. W. con una nota dirigida a la Directora, comunicando la decisión de comenzar con escuela en casa o como se denomina en inglés home school.

Luego de ello, se le ofrecieron diferentes alternativas para que su hija continúe escolarizada, por ejemplo: cambio de turno, pedido de intervención al equipo interdisciplinario y/o búsqueda de vacante por intermedio de la supervisora escolar Sra. Fátima Evelyn Mariscal a una escuela cercana a su domicilio.

Cuenta que la demandada rechazó las opciones y se mantuvo en su postura sin que la institución lo haya podido revertir y que las actuaciones labradas como la nota presentada por la Sra. W. donde cita normativa constitucional e infraconstitucional que respalda su tesitura de llevar adelante la educación de su hija por fuera del sistema educativo, fueron elevadas a la Defensoría.

Continúa relatando que la Sra. W. ha descartado escuelas alternativas de la zona, y que su principal motivo es que T. ha recibido de sus compañeras maltrato y burlas, lo que generó un creciente grado de angustia y desgano, lo que considera un claro ejemplo de "bullying".

Expone que formaron caso extrajudicial, se realizaron las evaluaciones técnicas de práctica. El día 4/06/15 se mantiene entrevista con la niña T. y luego se lleva a cabo audiencia entre la Sra. Defensora y la Sra. H. W.. Durante dicho encuentro, la Sra. W. se comprometió a que su hija inicie alguna actividad de integración social, concurrencia a tratamiento psicológico y a la reincorporación a la escuela primaria durante el ciclo lectivo 2016.

Que pese a ello, en el mes de Junio del corriente año, el Consejo Provincia de Educación, elevó las acciones llevadas adelante y las alternativas que le han sido realizadas a la Sra. W. para dar respuesta a las necesidades de la niña, señalando que no han sido aceptadas, exteriorizando que continuará con la educación de su hija en su casa. Por ello, solicitaron su intervención en consideración que la niña debería estar cursando el 7° grado, con la finalidad de restablecer los derechos de la niña de ser educada.

Por ello, solicita que se condene a la accionada Sra. W. a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria) bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial.

Requiere el dictado de medida innovativa con la finalidad de procurar el inmediato inicio de la escolarización de la pequeña. Sostiene que se encuentran dados los requisitos de admisibilidad de dicha cautelar y la medida resulta un medio adecuado para evitar el perjuicio que traería aparejada la pérdida del segundo semestre de escolaridad. Pide se la exima de prestar contracautela. Cita jurisprudencia para fundar la medida cautelar. Enumera los derechos vulnerados, expone que el derecho a la educación como derecho humano fundamental es el género, resultando el derecho a aprender la especie dentro de aquel, y ambos resultan vulnerados por la conducta deliberada de la progenitora de T..

Además, menciona que la educación primaria de la niña ésta vinculada al pleno desarrollo de las personas, ya que incide decisivamente en las oportunidades y en la calidad de vida de los individuos, las familias y las colectividades.

Que dicha importancia es resaltada por distintos instrumentos internacionales se debe concretamente a que la educación, y principalmente, la educación primaria, cumplen un papel clave en la distribución de las oportunidades.

Que este derecho se apoya en otro fundamental que ayuda a concretar que es la dignidad humana. El derecho a la educación prepara a NNyA a desarrollar su autoestima, englobándose en un cúmulo de experiencias vitales y desarrollo de su personalidad.

Cita jurisprudencia de nuestro máximo tribunal de la provincia se ha expedido recientemente sobre un caso análogo, cuyas circunstancias



coinciden con la del caso planteado, señalando: “Más aún, cuando lo resuelto obtura la posibilidad de acceso a la jurisdicción de la Defensoría del Niño, quien ejerce la acción ante la existencia de intereses contrapuestos entre la niña y su progenitora, en tanto se denuncia que la conducta materna es el acto manifiestamente arbitrario e ilegal que vulnera el derecho constitucional de la niña, lo que conlleva incumplimiento de la responsabilidad parental en lo atinente a la educación de su hija (Art. 103 b), II) del Código Civil y Comercial, por lo cual la intervención judicial deviene imprescindible. (TSJ, Sala Civil, FALLO 03/16 en autos: "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO”

Ofrece prueba-

A fs. 99 se declara la admisibilidad de la acción y se fija audiencia de partes.

A fs. 102 obra acta de audiencia de partes donde no se arriba a ningún acuerdo.

A fs. 106 y ssg. Se presenta la Sra. H. C. P. W. con el patrocinio letrado de la Dra. Natalia Gabriela Cofré.

Realiza una negativa de los hechos expuestos por la Defensora del niño, especialmente que la señora Fernández se comunicara al teléfono de contacto de su hija. Niega que su madre haya contestado el llamado, que le hayan dejado un mensaje para reunirse con personal de la Escuela Nro. 201.

Niega que le hayan ofrecido alternativas con la finalidad de que su hija continuara escolarizada

Que haya descartado escuelas alternativas de la zona y que el motivo por el cual decidió sacar a su hija del sistema educativo sea el estado de este.

Realiza informe, donde expresa que si hija T. concurrió desde primer grado a la Escuela Primaria Nro. 201 con buen rendimiento escolar, que era una niña sana, alegre, respetuosa y sociable.

Que desde sus comienzos en el ámbito escolar, empezaron a surgir problemas socio afectivos con sus compañeros era aislada y objeto de constantes burlas y agresiones verbales y hasta en ocasiones físicas.

Que luego de investigar el tema notó que su hija era víctima de Bullying, ya que estas situaciones continuaron hasta quinto grado y se agravaron con el correr del tiempo llegando a provocar daños graves de tipo psicológico.

En el año 2014 ante esta situación, y el ploteo que ella realizo por las consecuencias que esta situación estaba provocando en la personalidad de su hija, la Directora de la Escuela Nro. 201 junto a las docentes le proponen un cambio de grado, dentro del mismo turno, el cual ella acepto y las relaciones con los compañeros en el inicio fueron buenas. Ello funciono en un primer momento pero luego del receso invernal continuaron las agresiones provocando el aislamiento de su hija, hasta discriminándola por su religión Evangélica.

Continúa su relato diciendo que esta situación fue planteada en reiteradas oportunidades, por lo que efectuaron varias reuniones con las docentes, quienes se comprometían a hablar con los padres de los niños y que tratarían el tema en el aula. Menciona que en el caso 12862/15 se encuentran agregadas las actas formuladas al efecto en la escuela 201.

Dice que T. ya no es la niña alegre sociable ni saludable, ya que a raíz de todo lo relatado, comenzó a tener situaciones de mucha angustia, desgano, falta de concentración y por las noches se orinaba en la cama, todo ello en el período escolar.

En el mes de marzo de 2015 trasmite en la escuela su decisión familiar de adoptar el método educativo de estudiar en casa, teniendo en cuenta que T. fue víctima de Bullying durante varios años y desde la institución escolar no se había abordado desde la escuela y no se tuvo en cuenta la situación de su hija, aclara que fue ella la que informo a la Vicedirectora sobre los pasos a seguir por parte del establecimiento educativo, con la nota que presento en la escuela sobre la decisión de escuela en el hogar ya que desconocían el trámite referido.

Sostiene su decisión no tuvo por objeto perjudicar a su hija, sino proteger su integridad física psíquica y espiritual de conformidad con el art. 7 de la ley 26061 de Protección Integral de Niñas y adolescentes.

Refieren que fundaron su decisión en la ley 242 que crea el Consejo Provincial de Educación y en su decreto reglamentario regula la enseñanza en el hogar, de acuerdo a la elección de los padres. En este último caso los padres probarán el hecho ante las autoridades educativas respectivas y el consejo de educación determinará los medios de control de esa enseñanza y fijará el sistema de reconocimiento y certificación.

Señala que los padres tendrán un derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, ya que la educación es de su exclusiva responsabilidad, art. 7 de la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Denuncia que el Consejo Provincial de Educación jamás mando un asistente social a su domicilio para interiorizarse de la situación de T. y menos una docente para acercarlos un programa u orientarles sobre la modalidad, dejándolas desamparadas en cuanto a la decisión de escuela en casa adoptada para su hija.

Enumera actividades que realiza su hija tales como estudio bíblico para pre-adolescentes, clases en la Escuela Dominical, Manualidades para adultos y por sugerencia de la terapeuta asiste a Scout, y expresa que a mediados de este año comenzó tratamiento con Marta Basile con quien se encuentra trabajando sobre la seguridad emocional de la niña y así favorecer la reinserción de T. al ámbito escolar.

Solicita el rechazo de la medida innovativa, por considerar que viola los derechos de su hija, fundamentalmente el de la dignidad humana.

Afirma que la acción de amparo es improcedente, ya que no existe arbitrariedad e ilegalidad manifiesta.





Cita instrumentos legales que avalan su decisión de educar en casa. La Constitución Nacional en el art. 19, art. 28, art. 31.

Afirma que educar en casa es legal en Argentina y que por ello considera que su obligación respecto de la responsabilidad parental está cumplida. Refiere que la Convención de los Derechos del Niño plasma principios que garantizan que en todo proceso o medida concerniente a niños o adolescentes se tendrá en consideración primordial el interés superior del niño.

Reitera que la accionante yerra al considerar que se encuentra afectado el derecho a la educación de su hija y que en ningún momento cometió una conducta arbitraria, solo consideró como urgente proteger el bienestar psíquico, físico y emocional de T. a raíz de los sucesos vividos en la escuela, y sin contar con ninguna orientación.

Acompaña Certificado de tratamiento expedido por la Lic. Basile.

Ofrece prueba y funda en derecho.

Solicita la fijación de entrevista para escuchar a T..

Asimismo propone a S.S. analizar otras formas o métodos para llevar adelante la educación de su hija entre las que sugiere: 1) Solicitar apoyo al Consejo Provincial de Educación, un docente Guía y entrega de programa, a fin de orientar en el proceso de educación en el hogar, como así, también hacer efectivo los exámenes anuales para que T. tenga su certificado de educación primaria. 2) Solicitar apoyo al Consejo Provincial de Educación, debiendo tomar examen nivelatorio a fin de año o cuando, este estime conveniente para reinsertar a T. en 7° grado en el ciclo lectivo 2017. Ya que existe la posibilidad de anotar a su hija en la escuela privada El Sol. 3) Solicita se tenga en cuenta la fecha del año en la que se encuentra ya que de reinsertar a T. en este momento, sin tener un informe cierto de su nivel y teniendo en cuenta lo vivido por su hija en sus relaciones socio-afectivas en el ámbito escolar, estaríamos provocando en ella, un perjuicio más que un beneficio.

Por último: Peticiona el rechazo de la acción, se impongan las costas a la contraria y se tenga en cuenta las propuestas plateadas por esa parte con relación a la educación de su hija al momento de emitir alguna resolución.

A fs. 111 se abre a prueba la causa.

A fs. 116/8 obra declaración testimonial de la Lic. Marta Basile, psicóloga tratante.

A fs. 119, en fecha 13 de septiembre de 2016 T. fue escuchada por la suscripta y la defensora del niño.

A fs. 123; la actora hace saber, que luego de la entrevista con la niña en la cual estuvo presente, en forma conjunta con la suscripta, y luego de explicarle los motivos de la acción interpuesta y sus alcances. La niña relata que el día anterior estuvo con su psicóloga la Lic. Basile, que concurrió con motivo de fortalecerse para la audiencia, manifiesta que ha comenzado a gradualmente a socializarse con otros niños, en vóley, un coro, con que las clases en privado que le paga su madre, en scout que concurre los días sábados y en la escuela dominical, se muestra temerosa que le pase lo mismo con otros chicos en la escuela, se le hace saber que el hecho de una mala experiencia no significa que todos los grupos sean iguales. Asimismo se le hace saber que era necesario retomar la escuela nuevamente y que pudiera rendir sexto grado tal fuera propuesto por la madre oportunamente en su contestación, ella se muestra entusiasmada a que sea en un ámbito escolar reducido proponiendo la escuela del Sol, aunque aclara que no existirían allí vacantes. Además no puede clarificar si se estaría preparando para rendir el examen ya que no cuenta con programa ni con seguimiento escolar, dice que solo busca algunos temas en internet. Luego de informar, lo relacionado con la entrevista mantenida con la niña, peticona que luego de cumplida el informe al Consejo de Educación se dicte sentencia.

A fs. 128/129 responde el Consejo Provincial de Educación. Contestó que en la provincia no existe modalidad o propuestas como la mencionada y de acuerdo a la ley Orgánica de Educación de la Provincia de Neuquén 2945, la educación primaria “obligatoria dura siete años y está destinada a la formación Integral de niños a partir de los seis años de edad “ además, contempla flexibilidad y movilidad de alumnos en el “marco de las trayectorias escolares”, por lo que proponen que la niña pueda ingresar a la brevedad al sistema educativo formal al 1° año del 3° ciclo que es el año que debió cursar, realizar un diagnóstico en relación a los contenidos que corresponda al mismo y luego determinar un dispositivo de acompañamiento si fuera necesario para el año próximo de manera que no se vea perjudicada en sus derechos. Informa además que no existe examen de nivelación.

A fs. 131 dictamina la defensora Nara Osés considera vulnerado el derecho a la educación de T. y solicita se haga lugar a la acción.

A fs. 138 se presenta la demanda y en primer término informa que se solicitó al Consejo Provincial de Educación, una maestra a domicilio para su hija, quien se encuentra bajo tratamiento psicológico, tal como lo informa la Lic. Basile, con la finalidad de poder reinsertar en el sistema educativo a su hija en el periodo 2017.

En segundo, acompaña, copia de la Nota de solicitud de docente a domicilio, recibida por el CPE en fecha 20/10/16 y su reiteratorio con fecha 5/10/16 ya que a la primera no recibieron respuesta. Y ante lo relatado solicita, se informe a la Defensoría sobre los hechos mencionados a fin de que tome las medidas pertinentes en defensa de los derechos del niño, toda vez que la Sra. Defensora busca la protección del Derecho a la educación de su hija.

A fs. 139, se da conocimiento a la actora.

A fs. 140 se presenta la actora y manifiesta que toma conocimiento del oficio remitido al CPE, del cual no surge se peticione maestra domiciliaria en pos de recuperar contenidos, pese a la respuesta obrante a fs. 128/129 que el propio CPE hace mención que el sistema pregonado por la madre



no se encuentra garantizado por la Ley de Educación Provincial. Considera que deberá especificarse al CPE al momento de requerir la necesidad imperiosa de maestra domiciliaria para la recuperación de contenidos en pos de rendir materias libres del grado que corresponda, más allá de adicionar el certificado psicológico que da cuenta de la situación emocional de la niña tal luce no solo en los certificados que se adunan sino también en la testimonial de la Lic. Basile. Solicita se dicte sentencia.

A fs. 141 se llama autos para sentencia.

CONSIDERANDO: El marco del proceso constitucional de amparo y con las particularidades del caso, corresponde en forma preliminar examinar si se acreditan los extremos que invoca la Defensora de los Derechos del Niño al fundar la presente acción.

1. El derecho constitucional lesionado. Derecho a la educación.

Nuestra Carta magna provincial establece y organiza bajo el Título III Cultura y Educación, Capítulo II un “Sistema de Educación” en todos los niveles y ramas del conocimiento.

Seguidamente dispone que el estado garantiza la educación pública, laica, gratuita y obligatoria desde el nivel inicial hasta completar el nivel medio en sus diferentes modalidades, en las condiciones que la ley establezca procurando que en todas las escuelas se imparta cada ciclo de educación y enseñanza completo (Art. 110, Inc. a).

Además consagra entre los fines de la educación: “formar el carácter de los niños en el culto de las instituciones democráticas, la solidaridad humana, la familia y los principios de moral que respeten la libertad de conciencia (Art. 110, Inc. b).

También estipula que: “es obligatoria la enseñanza del idioma, la geografía, la historia, realidades económica, social y política del país y del Neuquén en especial; de la Constitución nacional y provincial e instituciones republicanas, federativas y comunales en todos los establecimientos de educación, sea de carácter fiscal o particular...” (Art. 110, Inc. e).

Luego, el artículo 111, se titula “Mínimo de enseñanza obligatoria” y expresa: El mínimo de enseñanza que el Estado se obliga a dar y los habitantes están obligados a recibir que deberá impartirse en las escuelas oficiales, particulares y en el hogar. Las escuelas particulares se sujetaran a las leyes y reglamentos escolares en cuanto al mínimo de enseñanza y régimen de funcionamiento. El Estado fomentará el establecimiento de estas últimas siempre que funcionen en las condiciones prevista por la ley.”

Además, conforme el Art. 29 de la C.I.D.N. (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional y 47 Constitución de la Provincia de Neuquén), el Estado Argentino “...debe garantizar la obligatoriedad de una escolarización que se ajuste a los siguientes objetivos:

- a) Desarrollar la personalidad, aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas.
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya.
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.”

Coincidentemente nuestra Constitución provincial establece el sentido social de la educación (Art. 113) y señala que: “La educación tendrá entre sus fines el de formar el carácter de los niños en el culto de las instituciones democráticas, la solidaridad humana, la familia y los principios de moral que respeten la libertad de conciencia” (Art. 110, Inc. b).

Pues bien, del análisis constitucional precedente surge con claridad que en la Provincia de Neuquén: a). La educación es obligatoria para quienes la habitan;

b) Desde el nivel inicial hasta el nivel medio. c) Se imparte en los establecimientos de educación de carácter fiscal o particular, siempre que estén sujetos a las leyes y condiciones previstas por ley. d) debe ajustarse a los objetivos establecidos en el Art. 29 de la C.I.D.N. y Art. 110, Inc. b), de la Constitución Provincial.

2. La omisión que en forma actual lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho constitucional.

En esta instancia aparece reconocida expresamente por la demandada, la omisión actual en su obligación de garantizar la asistencia de su hija a la escuela primaria. La conducta de la titular de la responsabilidad parental lesiona en forma actual con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho y obligación de su hija a la escolarización.

Tal gravísima omisión se sostiene desde marzo del 2016 y continúa hasta el presente, encontrándose ya concluido el ciclo lectivo 2016 y ante el próximo inicio del 2017.

Para ello, cumplo previamente con la evaluación y determinación del mentado interés superior en el caso concreto (siguiendo las pautas dadas por el Comité de Derechos del Niño en el punto V. de la Observación General N° 14).

Así evalúo que el interés superior de la T., se encuentra integrado por:

- a) el derecho y la obligación de la niña a asistir a la escuela primaria,



b) la obligación de la progenitora de cumplir con la responsabilidad parental, y garantizar la escolarización, que conforme nuestro ordenamiento es obligatoria. La circunstancia de que la niña no asiste a la escuela desde marzo del 2016 y que la madre manifiesta que la educará en su casa, pero el CPE no tiene prevista la modalidad propuesta por la demandada.

c) el derecho de la niña a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, (fs. 119)

d) derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona en situación de vulnerabilidad de la niña y por los intereses contrapuestos con su progenitora, dado el incumplimiento de su responsabilidad parental en el aspecto referido.

Establecido el marco legal, y luego del relato de las actuaciones, para un mejor abordaje del caso es necesario analizar los siguientes ejes:

I – La cuestión a resolver es una acción de amparo promovida por la Dra. Marcela Robeda en su carácter de Defensora de Derechos del Niño, contra la Sra. H. C. P. W. madre de la niña T. S. A. W. en virtud de considerar manifiestamente arbitraria e ilegal la decisión de la progenitora de no enviar a su hija, a la escuela primaria, conducta que lesiona un cúmulo de derechos constitucionales de la niña, fundamentalmente al de educarse. Solicita se ordene inmediatamente a la demandada la escolarización obligatoria de su hija T. hasta la finalización del nivel secundario los que en definitiva le brindara las posibilidades necesarias para su formación integral y la capacidad de definir un proyecto de vida individual y colectivo.

2- Se acredita que previo a la judicialización, han existido distintas instancias de dialogo y abordaje tendientes a que la madre de la niña desista de su negativa a la escolarización formal, o la realización de los trámites necesarios para incorporar a la niña a un programa de escuela en casa o Home School manifestado por la progenitora tanto ante la Escuela 201 fs. 52/ 53, como las actuaciones ante la Defensora del Niño (equipo interdisciplinario fs. 40 entrevista del Lic. Cabezas con la niña y audiencia jurídica con la Sra. H. W.), o presentación de fs. 82/87 ante la Defensoría por parte de la Demandada.

3- Consta en autos, que la demandada ha manifestado ante las autoridades escolares, y a la Defensoría del Niño, su decisión de no mandar a su hija a la escuela, con justificación la situación de Bullying a la que la niña estuvo expuesta y que la decisión familiar es adoptar el método alternativo de estudiar en casa.

Afirma que educar en casa es legal en Argentina y que por ello considera que su obligación respecto de la responsabilidad parental está cumplida.

Refiere que la Convención de los Derechos del Niño plasma principios que garantizan que en todo proceso o medida concerniente a niños o adolescentes se tendrá en consideración primordial el interés superior del niño.

Reitera que la accionante yerra al considerar que se encuentra afectado el derecho a la educación de su hija y que en ningún momento cometió una conducta arbitraria, solo consideró como urgente proteger el bienestar psíquico, físico y emocional de T. a raíz de los sucesos vividos en la escuela, y sin contar con ninguna orientación por parte del Consejo Provincial de Educación.

Asimismo, tanto por los informes escolares agregados en autos, de la entrevista mantenida con la niña por la Suscripta a fs. 119, como de la declaración de la Lic. Basile terapeuta de T. de fs. 116/8 quien expresa a la pregunta Nro. 6: “...: Con relación al psicodiagnostico que resultado tuvo: es una niña que es muy fácil entablar un dialogo con ella y se la nota entristecida, con muchos temores, con muchas ganas de hacer cosas, Se la nota con tristeza por este lío de su situación escolar. Y también porque hace meses que no tiene relación con su papa. Y un tercer motivo, su mejor amiga esta misionando en África, entonces se quedó sin su referente. Con respecto al tema puntual de la escolaridad, cuando concurría a la escuela N° 201 ella se sintió agredida por sus compañeros y dejada de lado. Había niños que le decían a otros no te juntes con ella. Frente a esto los docentes hacen un cambio de grado, y como no resulto, entonces tuvo volver al grado al cual iba y ahí comienza con una enuresis reactiva nocturna. Lo mismo paso cuando en una instancia ella debe volver al colegio, por una indicación de defensoría.” A la 7:” ella refiere situaciones de maltrato en el colegio. Si, se sentía muy expuesta. Hay un líder que le decía a los demás compañeros no se sienten al lado de esta “negrita, sucia”. Antes de 5 grado tuvo algunos compañeros que por la misma situación fueron cambiados de escuela”.

Por las cuales, tengo por acreditadas, las situaciones vividas por la niña, en el ámbito escolar (causa de su abandono escolar) y sus temores de retornar la escolarización. De igual manera la falta de escolarización de T. en ciclo lectivo 2016 y que la niña se encuentra en tratamiento psicológico, como así también la finalidad del mismo, ya su madre en la contestación de demanda a fs. 107 vta. manifiesta: “... a mediados del corriente año mi hija T. debió comenzar con tratamiento psicológico, y el cual se extiende hasta el momento, con la Dra. Marta Basile de quien adjunto certificado de tratamiento psicológico, y quien se encargara de trabajar sobre la seguridad psíquica y emocional de mi hija y así favorecer la reinserción de T. al ámbito escolar.

Que como dije anteriormente, la decisión es solo momentánea y hasta asegurarme de que mi hija se encuentra fuerte y entera emocional y psíquicamente para volver a ser reinsertada en el ámbito escolar. Y para ellos me gustaría contar con el alta de la Dra. Marta Basile.”

4.- Analizando las propuestas concretas de la demanda con relación a las maneras o formas de llevar adelante la educación de T., podemos concluir que con los elementos agregados en autos, la primera y la segunda no son viables ya que la posibilidad de: “ Solicitar apoyo al Consejo Provincial de Educación, un docente Guía y entrega de programa, a fin de orientar en el proceso de educación en el hogar, como así, también hacer efectivo los exámenes anuales para que T. tenga su certificado de educación primaria.”, el Consejo de Provincial de Educación en su informe (de fs. 128/129), responde de manera negativa ya que sostiene que no existe la modalidad propuesta por la demandada (educación en



casa) : “...en la provincia no existe modalidad o propuestas como la mencionada y de acuerdo a la ley Orgánica de Educación de la Provincia de Neuquén 2945, la educación primaria “obligatoria dura siete años y está destinada a la formación Integral de niños a partir de los seis años de edad”.

A la segunda propuesta: “Solicitar apoyo al Consejo Provincial de Educación, debiendo tomar examen nivelatorio a fin de año o cuando, este estime conveniente para reinsertar a T. en 7° grado en el ciclo lectivo 2017. Ya que existe la posibilidad de anotar a su hija en la escuela privada El Sol.”. En el informe mencionado precedentemente, el CPE respondió que no existe examen de nivelación y propone: “proponen que la niña pueda ingresar a la brevedad al sistema educativo formal al 1° año del 3° ciclo que es el año que debió cursar, realizar un diagnóstico en relación a los contenidos que corresponda al mismo y luego determinar un dispositivo de acompañamiento si fuera necesario para el año próximo de manera que no se vea perjudicada en sus derechos”.

Con relación a su ingreso a la escuela El Sol, del cual T. se mostró en la audiencia muy entusiasmada por la propuesta educativa y ser un ámbito escolar más reducido, (dictamen de fs. 123), en forma coincidente se manifestó la terapeuta Lic. Basile en su testimonio a fs. 117 vta. En la pregunta n° 10 “... la mamá está evaluando como posibilidad de reinserción escolar la escuela del sol. Si, se está trabando en relación a las características de la escuela. Como favorable es un grupo chico, que están mirado por los docentes y se trabaja la inclusión. Ella se lleva mejor con niños más chicos que ella. Si la reinsertamos en séptimo grado o 1 año, en una escuela grande, con chicos de su edad puede sentirse agredida, por lo cual se va a agravar su situación.”, por lo cual concluyó que la escuela mencionada parece ser una alternativa favorable a la niña, pero su ingreso estará sujeto a la vacantes de dicho establecimiento y es una decisión que deberá ser tomada por la madre en el ámbito de la facultades otorgadas por el CCy C.

Por último, plantea que previo a la reinserción, se cuente con el alta de su terapeuta y se evalúe la altura del año escolar.

Referido a este tema, considero importante señalar que la demandada, en forma posterior a la contestación a la presente acción, a fs. 138 informa, que solicitó al CPE maestra domiciliaria, para poder reinsertar a su hija al sistema educativo en el periodo 2017. Conducta consecuente con su manifestación, que su decisión fue “solo momentánea y hasta asegurarme de que mi hija se encuentra fuerte y entera emocional y psíquicamente para volver a ser reinsertada en el ámbito escolar”.

La suscripta puede advertir, que si bien en autos no contamos con el alta de la Lic. Basile, de las respuestas de su declaración testimonial se puede inferir, que la situación emocional de la niña actual difiere de la que generó su deserción escolar, en tanto a la pregunta 12°: “... Que postura tiene T. de reincorporarse a la escuela: está contenta al principio dijo no porque tenía mucho miedo y de a poco vamos trabajando que pueda reinsertarse, la idea es que vaya a una escuela que la pueda contener, una escuela chica”, a la 13° “haberse reinsertado en otras actividades, le posibilita hacerlo más adelante en la escuela”, respondió de manera afirmativa. En la entrevista mantenida con la suscripta y la Dra. Robeda, luego de relatar sus actividades de reinserción social (vóley, iglesia, canto), cuando se le hizo saber que era necesario retornar a la escuela nuevamente, la misma se mostró entusiasta a que lo sea en un ámbito escolar reducido proponiendo la escuela del Sol. (13/9/16).

A fs. 135 obra un certificado emitido por la Lic. Basile de fecha 12/9/16, donde indicaba que por el momento la niña no sea enviada al colegio, recomendó maestra domiciliaria por un periodo no inferior a tres meses, para luego ser reevaluada a fin de determinar si se encuentra en condiciones emocionales de asistir a la escuela.

Habiendo transcurrido un tiempo considerable, desde la fecha del informe de la terapeuta y en atención al inminente inicio del nuevo periodo escolar 2017, considero que la niña deberá ser inscripta en el periodo mencionado y su madre en el ejercicio de la responsabilidad parental que la ley le otorga y con la sugerencia de la profesional que asiste a su hija, seleccionar una escuela con las características acordes a las necesidades de su hija. Así también, la Lic. Basile (o profesional psicólogo interviniente) realizar su acompañamiento en esta reinserción.

Considero que la propuesta de una nueva evaluación como condición suspensiva al reinicio de su actividad escolar es dilatoria y perjudicial en consideración a los derechos detallados, marco legal y como ya lo dije, al inminente inicio del nuevo periodo escolar.

Ahora bien, una vez analizadas puntualmente las propuestas de la demanda con relación a las maneras o formas de llevar adelante la educación de T., evaluando la viabilidad de las mismas y los impactos que estas pueden generar en los derechos constitucionales de T., cumplida la evaluación de los derechos, procedo a sopesarlos y determinar concretamente en el caso de marras, cual es el interés superior de la niña y cuales los perjuicios actuales y futuros que le ocasiona la exclusión del sistema educativo formal.

Así, concluyo que en este marco, el interés superior de T. cuya efectivización resulta primordial, es su derecho –y obligación- a la educación que se garantiza mediante la escolarización inmediata.

Éste prevalece sobre la opinión que la madre pueda tener respecto del sistema de educación formal o su preferencia por el de estudiar en casa y sobre las condiciones y evaluación de su reinserción al sistema escolar propuestas de forma alternativa.

Sin perjuicio de ello, es importante dejar constancia expresa, que esta decisión no afecta el derecho que asiste a la progenitora de elegir el establecimiento escolar que mejor contemple las características y circunstancias emocionales actuales de su hija, en el ejercicio de la responsabilidad parental otorgada por nuestro ordenamiento legal.

Luego, corresponde resaltar que T. tiene derecho a la tutela judicial efectiva con relación a su derecho a la escolarización, y ello se satisface con



la presente resolución.

Esta decisión es coincidente con la reciente postura adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en autos: “DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expte. N° 69529 - año 2015) fecha 03/03/2016.

Conforme los argumentos expuestos, a fin de dar efectiva y pronta protección al derecho del interés superior de la niña en virtud de las características excepcionales del caso, y en cumplimiento del mandato constitucional-convencional de los Arts. 3.1, 28 y 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén); Art. 639, Inc. a), del Código Civil; Art. 3° de la Ley 26.061; y 4 de la Ley 2.302) y Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, considero corresponde, ordenar su escolarización en forma inmediata, por lo cual.

FALLO: I- Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente y ORDENAR a la demandada H. C. P. W. a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija T. S. A. W. durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria) -Art. 111 de la Constitución Provincial), bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial (Art. 239 del Código Penal.).

Debiendo acreditar su inscripción en el término de 10 días de notificada la presente. II Encomendar al Sr. Presidente del Consejo Provincial de Educación que en el menor plazo posible adopte las medidas necesarias para la reinserción escolar de la niña de autos, para que se la inscriba en la escuela primaria que corresponda o la que la progenitora elija de acuerdo a la particular situación emocional en la que se encuentra la niña, brindando acompañamiento y seguimiento en el proceso educativo a T. y a su familia a través de una equipo interdisciplinario especializado, debiendo informar el plazo de 10 días a tal fin librese oficio. II. Imponiendo las costas a la demandada en su condición de vencida (art. 68 CPCC). III. Sugerir a la demandada la necesidad de continuar con el tratamiento psicológico de la niña a fin de acompañar su reinserción escolar. IV. Ordenar a la Defensoría del Niño el control del cumplimiento de la sentencia y el seguimiento de la reinserción escolar de la niña. V.- Regulando los honorarios de la Dra. ... por su actuación como patrocinante de la demandada en la suma de once mil doscientos pesos (\$ 11.200) (arts. 9, 10 y ccdtes. Ley 1594). VI.- Regístrese. Notifíquese.

Dra. María Gabriela Ávila - Juez

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

**“SANCHEZ JOSE ROBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART”** - Juzgado Laboral N° 5 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 473215/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 31/10/2016

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

INCAPACIDAD LABORAL. INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD.

En casos recientes “CURIFUTA, LILIANA NOEMI c/HORIZONTE COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (Expte: N°471.760/2012)”, entre otros, consideré inconstitucional el Art. 12 de la L.R.T. en cuanto parámetro para establecer la indemnización de la trabajadora; también sostuve que se debe analizar en cada caso concreto el agravo constitucional o la lesión de derechos del trabajador/a al momento determinar la indemnización por incapacidad. Situación que no se aprecia en el presente, en tanto el monto del IBM y la indemnización a la que se arriba resulta razonable a la luz de la interpretación que allí se efectuó. El importe anterior, debe compararse con el piso mínimo establecido por el Decreto 1694/09 según el cual el importe a percibir en concepto de incapacidad igual o inferior a 50% no podrá ser inferior a la suma que resulte de multiplicar \$ 180.000 por el porcentaje de incapacidad, que en el caso, el piso resulta de \$ 85.050. Por tanto, el monto indemnizatorio a tener en cuenta es el que resulta de aplicar la tarifa del Art. 14 apartado 2 de la L.R.T.





por cuanto supera el piso legal.

**Texto completo:**

Neuquén, 31 de Octubre de 2016.

VISTOS: Estos autos caratulados: “SANCHEZ JOSE ROBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (Expte. N° 473215/12) que tramitan -conforme Ac. TSJ 5503 -punto 20- ante este Juzgado en lo Laboral N° 5 de esta ciudad, a mi cargo, y vienen a despacho para dictar sentencia;

RESULTA:

1.- A fs. 81/88, se presenta el actor -Sr JOSE ROBERTO SANCHEZ- por apoderado y con patrocinio letrado iniciando demanda contra CONSOLIDAR ART S.A reclamando la minusvalía que padece del 51 % e impugnando el porcentaje abonado por la demandada del 17,75% en razón del dictamen de la Comisión Médica.

Justifica competencia.

Relata que trabaja en la Policía del Neuquén y que el 10 de junio de 2011, alrededor de las 19:30 hs, en momento en que circulaba como acompañante del vehículo oficial JP 885, el cual sufre un autovuelco, padece a consecuencia del mismo un traumatismo encéfalo craneano, golpe maxilofacial y lesiones en ambas rodillas.

Que, fue atendido en el Hospital Público y luego derivado al Sanatorio Plaza Huincul prestador de la ART. Describe la atención médica recibida.

Que, el 6 de noviembre la Comisión Médica dictamina una incapacidad del 17,75 como consecuencia de la minisectomia parcial de la rodilla derecha.

Lo que no se condice con su real discapacidad que estima en un 51 %.

Practica planilla, con base en un 33,25% de incapacidad -producto de descontar el reclamado y el abonado- y un IBM de \$ 6.205,62.

Funda en derecho, ofrece prueba y peticiona en consecuencia.

2.- A fs. 110/125, comparece la demandada GALENO ART S.A., por apoderado y con patrocinio letrado, manifestando que es la actual denominación de CONSOLIDAR ART y continuadora de aquella. Contesta demanda solicitando el rechazo con costas.

Reconoce el contrato de afiliación que limita la vigencia, el objeto y el ámbito de cobertura.

Sostiene la improcedencia de la vía judicial por no haber continuado con el trámite previsto en el Art. 21 de la LRT.

Dice, que después del accidente de trabajo del 10/06/11 se inició expediente de siniestro, donde se informó que cuando se encontraba circulando como acompañante del vehículo identificado como JP 885 debido a la alta velocidad que circulaba derrapo provocando un autovuelco. Como resultado del mismo el actor sufre traumatismo encefalocraneano, golpe maxilofacial y lesiones en ambas rodillas. Que se le otorgaron las prestaciones médicas y que la Comisión Médica N° 009 dictaminó que el actor tiene una incapacidad del 17,75%

Que actuó conforme la Ley de Riesgos de Trabajo.

Opone la excepción de pago total, ya que abono en virtud de lo dictaminado le abono la suma de \$ 86.228,47.

Que el actor fue íntegramente indemnizado según las prestaciones dinerarias de la Ley 24.557 por lo que opone la defensa de pago total, y subsidiariamente solicita compensación

Contesta demanda efectuando negativas genéricas y específicas, desconoce documental impugna liquidación.

Contesta los planteos de inconstitucionalidad de la ley 24557, defiende la constitucionalidad de los arts. 21, 22 y del art 46 LRT.

Solicita la aplicación de Leyes 24.307 y 24432 y decreto 1813/92 (que fue modificado por el art 33 de la ley 24.307) y la improcedencia de la actualización monetaria.

Ofrece prueba, reserva el caso federal y peticiona en consecuencia.

3.- A fs. 129/130, la parte actora contesta el traslado conferido y reconoce el pago parcial.

4.- A fs. 133, se abre la presente causa a prueba.

5.- A fs. 186/188 obra la pericia médica elaborada por el Dr. .... La parte actora solicita explicaciones que son respondidas a fs. 196.

6.- A fs. 199 y vta, dictamina la Lic. ....

7.- A fs. 203, se certifica la prueba producida y, a fs. 213 se ponen los autos para alegar, agregándose a fs. 216/220, el alegato presentado por la parte actora.

8.- A fs. 223, obra llamamiento de autos para sentencia; a fs. 224, me avoco al conocimiento de la causa, firme pasa a despacho para resolver en definitiva aclarando que se modificó el orden cronológico (art. 34 inc. 2 del CPCC) en razón de los temas a tratar, su complejidad, y sobre los que esta magistrada ya tomó posición jurídica sobre algunos de los debatidos (Acuerdo T.S.J. 50825/2013 punto 6 en cuanto incorpora el Art. 47 bis del Reglamento de Justicia);

CONSIDERANDO: I.- Se encuentra fuera de discusión entre las partes la existencia de la relación laboral del actor y la Provincia del Neuquén;



el contrato de seguro en los términos de la Ley 24557 entre ésta y la ART demandada, la prestación de asistencia médica y el paso por la Comisión Médica N°009.

En cambio, resultan, temas controvertidos y por ende, a decidir: a) La posibilidad de reclamar por esta vía, b) si el actor fue evaluado en forma correcta por la Comisión Médica o, por el contrario, posee un grado de incapacidad superior al determinado.

Con respecto al primero, la demandada sostiene la constitucionalidad del Art. 46 de la L.R.T. debate que –a esta altura- se encuentra resuelto a partir de la doctrina consolidada de la C.S.J.N en los fallos “Castillo” (07/09/2004); “Venialgo”(13/03/2007; “Marchetti” (04/12/2007), entre otros, en el sentido que resulta competente la Justicia Provincial del Trabajo para entender en reclamos contra una aseguradora de riesgos del trabajo a fin de obtener el pago de las prestaciones dinerarias de la Ley 24.557. Por lo que, deberá estarse a los argumentos expuestos en la resolución de fs. 42 y vta. en oportunidad de asumirse la competencia de ésta jurisdicción laboral provincial.

O sea, los trabajadores se encuentran autorizados a recurrir ante los tribunales locales, por ser contrario a la Carta Magna imponer a la Justicia Federal cuando la competencia de la misma es de excepción y tiene origen en la Norma Suprema.

En autos, el reclamo o pretensión se funda en las obligaciones emergentes de la Ley de Riesgos de Trabajo. Según dicha norma, es la ART la responsable del otorgamiento de las prestaciones e indemnizaciones provenientes de la ley.

En cuanto a los argumentos que fundan la constitucionalidad del Art. 21 de L.R.T. y Decreto 717/96, viene al caso, citar la doctrina del T.S.J. Acuerdo n° 14/12: "SALINAS PEDRO EDUARDO C/ LIBERTY A.R.T. S. A. S/ INDEMNIZACIÓN INCAPACIDAD ABSOLUTA" del 19/09/2012, por cuanto los dictámenes administrativos deben ser “apreciados como una opinión médica anticipada o meros aportes periciales”

Allí, se dijo: “Es decir, la demanda no implica articular un recurso contra el decisorio de la Comisión Médica que fijó la minusvalía. Este aspecto se enlaza con la declarada invalidez constitucional del Art. 46.1 L.R.T. (fs. 125), firme y consentida, lo que trae consigo aceptar que la jurisdicción provincial es la facultada para regular el modo de dirimir la contienda de los intereses aquí comprometidos, y, entonces, que su trámite deba hacerse conforme la Ley 921. Y como ésta no establece la competencia de la Justicia Laboral para actuar como tribunal de alzada de las resoluciones de las Comisiones Médicas, la pretensión, más allá del nombre o designación realizada por la parte, debe ser interpretada como una acción de pleno conocimiento a despachar por el proceso ordinario.” (confr. Fallo ciado).

En lo que respecta a la excepción de pago total, cabe resaltar que el instituto se aplica en los casos en que la prestación haya sido cumplida de manera total por parte del deudor.

En el caso, la ART abonó el porcentual de incapacidad fijado por la Comisión Médica (17,75%), consistente en la suma de \$86.226,47 (conf. fs. 79 y 80).

En virtud de ello, y a los fines de decidir la defensa deducida es menester, primero, determinar cuál es la real minusvalía que posee el actor, toda vez que de ello depende si la demandada ha cumplido su obligación de manera acabada o no.

II.- Corresponde, ahora, resolver si la incapacidad dictaminada en sede administrativa resulta correcta y, en su caso, la cuantía de la indemnización.

En instancia administrativa, según surge del dictamen de fs. 72, luego de describir el siniestro y las prestaciones otorgadas por la demandada, se caracteriza a la contingencia como accidente de trabajo y como consecuencia de ello evalúa la incapacidad laboral permanente y definitiva con fundamento en meniscetomía parcial de rodilla derecha con hipotrofia muscular, miembro superior derecho, otorgándole un 15% de incapacidad..

El actor, considera –tal como surge del escrito de demanda- que su incapacidad real es del 51 %.

Por consiguiente, el medio idóneo para determinar la minusvalía alegada, es la prueba pericial médica que se produce en el expediente con el control de las partes y del Juez/a.

De la lectura del dictamen médico que obra a fs. 186/188 surge que el actor sufrió un accidente laboral con politraumatismo y lesión meniscal en rodilla derecha, todo ello como consecuencia del accidente de trabajo y que conforme con el baremo (Decreto 659/96) fija para la dolencia Menicetomía con hipotrofia muscular, una incapacidad funcional del 15%, a lo que agrega los factores de ponderación.

La parte actora, a fs. 192/193, solicita explicaciones, que son respondidas por el profesional conforme surge del escrito de fs. 196. Y, ante el traslado dispuesto a las partes consintieron el dictamen.

Sentado ello, corresponde decidir si el actor padece alguna afección psíquica y, –en su caso- si deriva alguna incapacidad permanente.

A fs. 199/200 obra pericia psicológica, en la que, la profesional describe los test realizados que sustentan el diagnóstico y afirma que el actor posee un gran deterioro psíquico para concluir en que “se considera imperioso la necesidad de continuar un tratamiento psicológico para poder dar contención, mitigar alguno de los síntomas ya cronificados y disminuir el grado de angustia en el actor a fin de reducir el monto de ansiedad y el alto riesgo psicopatológico [...] se observa una alta incidencia de los hechos enunciados que provocaron un trastorno de angustia que desencadenó en depresión psicótica tal como se la denomina en el apartado 4 que establece la Tabla de Evaluación de incapacidades laborales 659/96”. El porcentaje de incapacidad para tal patología es de 50%.

Luego, a fs. 200 se confiere traslado a las partes consintiendo el dictamen ante la inexistencia de impugnación.

Si bien las pericias médicas no resultan vinculante para la judicatura, lo cierto es que, en este caso, la opinión de los expertos se encuentran



fundadas en bases científicas y técnicas, como también probadas en el expediente, por lo que debo atribuirle fuerza convictiva.

Ahora bien, para obtener un único porcentaje de incapacidad, en el que se conjuga una incapacidad física y una psicológica, el Decreto 659/1996 establece que se debe emplear el criterio de capacidad restantes, utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar la evaluación y continuando de mayor a menor con el resto de incapacidades medibles.

En éste caso, el porcentaje de mayor valor es de 50%, o sea, que el actor queda con una capacidad restante del 50%. Así, 15% (incapacidad física) del 50% asciende a 7,5%, por lo que la incapacidad total es del 57,5%.

Corresponde, expedirme sobre los factores de ponderación que deben sumarse al valor de la incapacidad unificado, que en el caso, es del 57%.

Al respecto, el Decreto 659/96 establece que la ponderación de los factores es una tarea que ha de abordarse caso por caso, para determinar si corresponde aplicar –según las características del sujeto accidentado y de la lesión, las posibilidades de reubicación, la afectación para el desempeño de su tarea habitual, etc.

En el caso, el factor edad es de 2% por la edad del trabajador (44 años) que la dificultad para realizar las tareas habituales de policía es alta 20% (de 57%) por las lesiones comprobadas en autos; además amerita recalificación laboral 10% (de 57%) en el que coinciden los peritos y no impugnada por las partes. Sin perjuicio de ello se encuentra suficientemente fundada en el Baremo 659/96 y constancias de la causa. Ellos totalizan 19,10% que se adicionarán a la incapacidad funcional dando como resultado un 76,1%.

Dada la incapacidad permanente parcial por aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales y que por la incorporación de los factores de ponderación arroja un porcentaje superior al 66 % el valor máximo de dicha incapacidad, se determina en el 65% VTO conforme el Decreto N°659/1996.

Encontrándose cancelado el 17,75% corresponde indemnizar el 47,25% en tanto la pretensión de autos se funda en la diferencia de la incapacidad determinada en sede administrativa.

En razón de lo expuesto, corresponde desestimar la defensa de pago total interpuesta por la demandada.

III.- Resuelto ello, corresponde expedirme sobre el monto indemnizatorio, en tanto, una de las finalidades del Sistema de Riesgos del Trabajo es “reparar los daños derivados de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales.”

La misma la efectúa a través de una tarifa.

Esto nos lleva, necesariamente, a establecer la normativa aplicable al caso, por cuanto desde la fecha del accidente de autos –10/06/2011- la Ley 24.557 ha sido reformada por la Ley 26.773.

La aplicación de la Ley 26.773 –que introdujo profundas modificaciones al régimen originario- llevó a un abundante debate doctrinario y jurisprudencial en lo atinente a la posibilidad -o no- de hacerlo respecto de accidentes o enfermedades ocurridos o cuya manifestación fuera anterior a la publicación de la norma.

Ahora bien, después de muchos años, la Corte Suprema de la Nación, a partir del caso “Espósito”, sentó doctrina en el sentido que: “[...] la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los importes a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto N° 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de sumas fijas y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5 [...] no dejó margen alguno para otra interpretación [...] Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado [...]” (C.S.J.N. “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial” 7/06/2016, considerando Nro.).

Más allá de la postura personal sobre el tema, lo cierto es que la interpretación del Art. 17.5 de la Ley 26.773 ha sido efectuada por el máximo Tribunal de la Nación, por lo que, además del deber moral que impone sus decisiones en casos similares, principios de celeridad y economía procesal llevan a esta magistrada a adecuar este pronunciamiento con la doctrina citada y evitar de este modo un desgastes jurisdiccional perjudicial para el trabajador.

En razón de lo expuesto, en tanto el accidente de trabajo se produjo antes de la vigencia de la Ley 26.773, será de aplicación en el presente caso la Ley 24.557 y sus modificatorias tales como el Decreto N° 1.278/00 y Decreto 1694/09, este último en cuanto eliminó los topes indemnizatorios estableciendo pisos mínimos.

Consecuentemente, conforme lo establece el art 14 apartado 2 de la LRT, la indemnización debida al trabajador es de \$ 229.564.- importe que surge de multiplicar 53 veces el IBM \$ 6205,65 (no desconocido por la parte y liquidado a fs. 80) por 47,25% (diferencia del porcentaje de incapacidad) por 1,4772 (65:44).

Pues bien, en casos recientes “CURIFUTA, LILIANA NOEMI c/HORIZONTE COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART” (Expte: N°471.760/2012)”, entre otros, consideré inconstitucional el Art. 12 de la L.R.T. en cuanto parámetro para establecer la indemnización de la trabajadora; también sostuve que se debe analizar en cada caso concreto el agravio constitucional o la lesión de derechos del trabajador/a al momento determinar la indemnización por incapacidad. Situación que no se aprecia en el presente, en tanto el monto del IBM y la indemnización a la que se arriba resulta razonable a la luz de la interpretación que allí se efectuó.



El importe anterior, debe compararse con el piso mínimo establecido por el Decreto 1694/09 según el cual el importe a percibir en concepto de incapacidad igual o inferior a 50% no podrá ser inferior a la suma que resulte de multiplicar \$ 180.000 por el porcentaje de incapacidad, que en el caso, el piso resulta de \$ 85.050.

Por tanto, el monto indemnizatorio a tener en cuenta es el que resulta de aplicar la tarifa del Art. 14 apartado 2 de la L.R.T. por cuanto supera el piso legal.

Atento al grado de incapacidad que padece la actora corresponde el pago de los montos únicos fijados por el art 11 de la Ley de Riesgos de Trabajo (según la reforma del decreto 1278/00 y 1694/09), que en el caso resulta de \$ 80.000.

IV.- En consecuencia, y conforme expusiera prospera la demanda por la suma de \$ 309.564 . A dicha suma, deberán adicionársele los intereses a una tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde 10/06/2011 hasta el efectivo pago (doctrina del T.S.J. en casos "Alocilla" y "Mansur").

V.- Con respecto a las costas, se imponen a demandada atento su condición de perdedora. Ello, de conformidad con lo estatuido por los arts. 17 de la ley 921 y 68 y c.c. del C.P.C. y C.A esos fines, la tasa de justicia se fijará en un 2,5% sobre el monto de demanda o de la sentencia, la que fuere mayor (Conf. Ley 2982 –arts 35 inc a- y Código Fiscal con la reforma de la Ley 2796 -Art. 286.)

También, cabe aclarar que en esta causa no se han efectuado adelantos de gastos por parte del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en los términos del Art. 16 de la Ley 921.

Por todo lo expuesto;

FALLO: I) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por JOSE ROBERTO SANCHEZ y, en consecuencia, condeno a la demandada -GALENO ART S.A. a abonar al actor la suma de PESOS TRESCIENTOS NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO (\$ 309.564) dentro del plazo de cinco (5) días de quedar firme la presente, con más los intereses determinados en el considerando respectivo. II.) Costas a cargo de la demandada vencida, a cuyo fin regulo los honorarios de los letrados intervinientes (usando como base el capital más los intereses a la fecha de la sentencia), POR LA PARTE ACTORA: a los Dres.: ... en el carácter de apoderado en el 6,4% y ... -patrocinante- en el 16%; POR LA PARTE DEMANDADA: al Dr. ... en el doble carácter en 15,68% . Los honorarios han sido regulados de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 20, 39 y cc. de la ley 1594. Asimismo, regulo los honorarios de los peritos intervinientes: Dr. ... y ..., en el 6% para cada uno de ellos, conforme labor realizada y la relevancia para la resolución del caso. Se deja constancia que en caso de corresponder a estas sumas se adicionará I.V.A. III) Determinase Tasa de Justicia (Cta. N° 122/6) en la suma de \$ 7.739,10 y Contribución al Colegio de Abogados (Cta. N° 109474/3) en la suma de \$ 3.095,64 e intímese a la condenada en costas en el término de DIEZ (10) DIAS días de notificada a efectuar el depósito correspondiente en tales conceptos bajo apercibimiento de ejecución (art. 51 CPCyC). IV) Regístrese (S), notifíquese electrónicamente en los términos de la Ley 2801 y oportunamente archívese.

Dra. Dalma R. TEJADA - Jueza Lab. 5-

REGISTRADO EN EL PROTOCOLO DE SENTENCIAS AÑO 2016 DEL SISTEMA DEXTRA. Se notifica electrónicamente a las partes.  
CONSTE.-----

Dr. Leandro Troncoso - Asistente jurídico-

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

## "ACUÑA RODRIGO C/ MARBELLA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE PAGO HABERES"

- Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28902/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

ENFERMEDAD LABORAL. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. DERECHO DE DEFENSA. EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO INDIRECTO.

1.- Cuando existe discrepancia entre el diagnóstico del médico del trabajador y el profesional que efectúa



el control en representación del empleador no cabe otorgar preeminencia a una opinión o certificado sobre otro. El obrar prudente del empleador le impone cuando menos la realización de una tercera consulta por otro especialista en la materia, y si continuara la discrepancia, zanjarla administrativamente o judicialmente.

2.- La actitud asumida por la patronal ante el conflicto suscitado de intimar al dependiente a reintegrarse a sus tareas y en su ínterin incumplir con la principal obligación que pesaba sobre la misma, como es la falta de pago de las remuneraciones devengadas, no se ajusta a derecho toda vez a los fines de dirimir la cuestión debió sin duda alguna recurrir a la vía judicial pertinente o de forma consensuada ante un tercero imparcial. "...es el empleador quien debe arbitrar –por encontrarse en mejores condiciones fácticas- una prudente solución para determinar la real situación de su empleado, a modo de ejemplo... designar una junta médica con participación de profesionales de ambas partes... (lo que no sucedió en autos).

3.- Aun cuando el diagnóstico final fuera que no hubo impedimento para cumplir con el débito laboral, al haber observado el trabajador lo dispuesto por los arts. 209 y 210 de la LCT, el empleador no puede considerar la conducta de su empleado que se aferra a su diagnóstico inicial como una falta grave que justifique la extinción del contrato, por lo que resultara injustificado el despido directo con motivo del desconocimiento patronal del estado de enfermedad alegado por el trabajador, pese a la comunicación fehaciente comunicada a éste y la negativa del empleador de efectuar el control médico respectivo.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los un (01) días del mes de Febrero del año 2017, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Alejandra Barroso y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "ACUÑA RODRIGO C/ MARBELLA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES" (Expte. 28902, Año: 2015), del Registro de la Secretaría Nro. 2 del Juzgado Civil, Comercial, Laboral, Minería y Juicios Ejecutivos N° 1 de la III Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Zapala, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Zapala dependiente de esta Cámara de Apelaciones.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- A fojas 133/141vta. luce sentencia definitiva mediante la cual se hace lugar al reclamo laboral intentando por el Sr. Rodrigo Acuña contra Marbella S.R.L. y se condena a ésta última al pago de la suma allí consignada, más intereses.

El pronunciamiento es recurrido por la empleadora accionada quien expresa a agravios a fs. 145/149vta., los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 151/152vta.

II.- A) La quejosa, previo a manifestar que la sentencia de primera instancia resulta de excesivo rigor formal toda vez que aplica un criterio jurisprudencial abstrayéndose de la búsqueda de la verdad material y el valor justicia, cuestiona el pronunciamiento por entender que la judicante al momento de decidir no tuvo en cuenta la conducta desleal y carente de buena fe del Sr. Acuña.

Sostiene que el actor siempre tuvo la intención de irse a vivir a la ciudad de General Roca, localidad esta distante a 350 km de su lugar de labor, por lo que presentó certificado psicológico malicioso en el cual alegaba maltrato laboral pese a no tener, por las tareas que desarrollaba, interacción permanente con sus superiores jerárquicos.

Manifiesta que de las constancias de autos surge que el accionante se trasladó junto a su grupo familiar a vivir a la ciudad de General Roca, extremo del cual toma conocimiento por parte de sus compañeros de trabajo, lo que demuestra que Acuña tenía decidido no volver a prestar servicios a su favor.

Indica, previo a formular una serie de consideraciones relacionadas con la actitud asumida ante la presentación de certificados médicos por parte del demandante, que a raíz del dictamen de junta médica realizada al actor se lo intimó a que se presente a cumplir funciones, intimación esta que fue desoída por aquel.

Alega que el reclamante ha hecho un uso abusivo de su derecho, circunstancia no analizada por la judicante, toda vez que solo quiso enriquecerse percibiendo de la empleadora sumas de dinero en concepto de salarios cuando en realidad sabía que no volvería a trabajar desde el momento en





que tomó la decisión de irse lejos y trabajar como taxista en la ciudad de General Roca.

Manifiesta que la Sra. Jueza de la anterior instancia funda su decisión teniendo al actor como un buen trabajador, sin indagar la verdad material como así tampoco su accionar como empleadora.

Formula diversas consideraciones fácticas y jurídicas relacionadas a la actitud asumida por el accionante, la cual objetiva como desleal y contraria al deber de buena fe, la conducta por ella desplegada durante la vigencia del vínculo laboral y los valores que deben tener presente los juzgadores al momento de decidir.

Peticiona se haga lugar al recurso de apelación y, consecuentemente, se revoque la sentencia de primera instancia, con costas a la contraria.

B) El actor en oportunidad de contestar los agravios de la recurrente solicita, en primer término, que se declare la deserción del recurso por no reunir la presentación recursiva los requisitos exigidos por el art. 265 del C.P.C. y C..

En forma subsidiaria contesta la queja deducida expresando que la empleadora impugnante ante la discrepancia de los dictámenes médicos no solo se abstuvo de plantear la cuestión por la vía judicial correspondiente sino que –probablemente sabiendo de su equivocada posición– ni siquiera intimó al Sr. Acuña a que se presente a cumplir funciones bajo apercibimiento de considerar su conducta como abandono de trabajo.

Por otra parte alega que la incoada pretendió y pretende aún hacer creer que el actor no tenía previsto volver a trabajar como su dependiente, por el hecho de haberse trasladado con su grupo familiar a la ciudad de General Roca, extremo este que a su entender no es tal toda vez que el actor informó por vía postal su decisión de trasladarse en forma “transitoria” a la localidad mencionada y brindó los motivos por los cuales había adoptado tal medida.

Alega que fue la propia empleadora quien con su actitud obligó al actor a colocarse en situación de despido indirecto y le impidió demostrar que su voluntad siempre fue la de reincorporarse a sus tareas manteniendo el vínculo laboral.

Refiere que resulta de fundamental importancia para el dictado de la sentencia atacada y que no es motivo de cuestionamiento por parte de la apelante, que el distracto se produjo por el incumplimiento de la patronal de abonar los haberes del accionante.

Realiza consideraciones fácticas y jurídicas que hacen a su defensa.

Solicita el rechazo del recurso intentado con costas a la accionada recurrente.

III.- A) En uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso y en atención al planteo efectuado por el actor recurrido corresponde examinar si el memorial de agravios reúnen los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal, aplicable supletoriamente en autos en virtud de lo normado por el art. 54 de la ley 921.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado mínimamente la recurrente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, la crítica efectuada habilita el análisis sustancial de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que cabe desestimar el planteo del actor y, consecuentemente, analizar el recurso intentado.

B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré a los recurrentes en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragonese Alonso “Proceso y Derecho Procesal”, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei “La génesis lógica de la sentencia civil”, en “Estudios sobre el proceso civil”, págs. 369 y ss.).

IV.- Establecido lo anterior y delimitadas brevemente en el apartado II la postura de las partes cabe abordar la crítica sustentada por la quejosa.

1.- Llega a firme a esta Alzada que: a) el actor hizo uso de licencia por problemas físicos (afección renal) y que concomitante con la vigencia de la misma presentó certificado extendido por médico psiquiatra en el cual se indicaba reposo laboral por el término de 90 días (cfr. certificado de fecha 13/05/13); b) el reposo laboral aludido fue sucesivamente renovado, primero por 30 días (cfr. certificado de fecha 13/08/13), luego por 60 días (cfr. certificado del 13/09/13) y finalmente por 90 días (cfr. certificado de fecha 31/10/13); c) La existencia de divergencia de diagnóstico entre las certificaciones médicas presentadas por el trabajador y la evaluación realizada por el galeno designado por la empresa; d) La accionada convocó al actor a una junta médica, la cual en forma unánime dictaminó que el Sr. Acuña estaba en condiciones de reinsertarse laboralmente; e) La empleadora a raíz del dictamen de la junta médica intimó al trabajador a presentarse a su puesto habitual de trabajo, requerimiento este que fue rechazado por el dependiente haciéndole saber a la patronal que continuaría acatando la indicación de reposo de su médico tratante; f) La principal reiteró la intimación mencionada, la cual fue nuevamente rechazada por el accionante.

2.- Sentado lo anterior cabe analizar si las conclusiones a las cuales arriba la junta médica practicada al actor –cuyo dictamen se encuentra glosado en el legajo personal del Sr. Acuña– como consecuencia de la discrepancia existente entre los diversos certificados médicos presentados por el accionante y lo expresado por el galeno de la patronal le resulta o no oponible.

Advierto a simple vista que el conflicto presentado, esto es la discrepancia en las constancias médicas, no encuentra solución legislativa motivo



por el cual ante dicho vacío corresponde una solución pretoriana recurriendo para ello a los principios generales del derecho y en particular a los que emanan de la legislación laboral, que impone la protección del trabajador.

En este sentido y teniendo presente que de las constancias de autos –en especial del informe glosado en el legajo personal del actor- se desprende que la junta médica celebrada a instancia del empleador se llevó a cabo en un ámbito privado, sin la presencia del médico tratante del trabajador y que el dictamen fue desconocido por el dependiente, considero que las conclusiones a las que arribaron los galenos contratados por la empleadora no le resultan oponibles al Sr. Acuña en tanto aparece a todas luces vulnerado el derecho de defensa.

3.- En este contexto –discrepancia entre los certificados médicos expedidos por el médico tratante del trabajador y el galeno de la empleadora e inoponibilidad del dictamen de junta médica llevada a cabo a instancia de la patronal en un ámbito privado- y conforme la posición doctrinaria y jurisprudencial que he sostenido en oportunidad de dictar sentencia como juez subrogante de la otrora Cámara de Apelaciones Civil de la ciudad de Zapala en autos “Quezada Silvana Yanet c/ Distribuidora Patagonio SRL s/ Despido por otros causales” (Expte. N. 6937, Año 2010, C.A., del Registro de Secretaría actuante), considero que la actitud asumida por la patronal ante el conflicto suscitado de intimar al dependiente a reintegrarse a sus tareas y en su ínterin incumplir con la principal obligación que pesaba sobre la misma, como lo es la falta de pago de la remuneraciones devengadas, no se ajusta a derecho toda vez a los fines de dirimir la cuestión debió sin duda alguna recurrir a la vía judicial pertinente o de forma consensuada ante un tercero imparcial.

En tal orden de ideas, sin desconocer la existencia de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales disímiles, se ha expresado: “[...] Cuando existe discrepancia entre el diagnóstico del médico del trabajador y el profesional que efectúa el control en representación del empleador no cabe otorgar preeminencia a una opinión o certificado sobre otro. El obrar prudente del empleador le impone cuando menos la realización de una tercera consulta por otro especialista en la materia, y si continuara la discrepancia, zanjarla administrativamente o judicialmente. Es necesario que la situación se resuelva en forma rápida para dar seguridad a ambas partes sobre el derecho que les asiste durante ese periodo. Algunos autores y fallos ha sostenido que luego de la reforma dispuesta por la ley 21.297, que suprimió el control de las inasistencias por enfermedad por los médicos oficiales, ante la diversidad de opiniones entre el médico del empleador y el del trabajador, la dilucidación de la controversia debe necesariamente someterse a decisión judicial. Sin embargo existen otros antecedentes más recientes que, apoyándose en el deber de diligencia previsto en el art. 79 de la LCT, postulan que ante la ausencia de organismos oficiales donde dirimir las discrepancias, es el empleador quien debe arbitrar –por encontrarse en mejores condiciones fácticas- una prudente solución para determinar la real situación de su empleado, y cita a modo de ejemplo el designar una junta médica con participación de profesionales de ambas partes [lo que no sucedió en estos autos], requerir la opinión de profesionales de algún organismo público, etc. (...) De todos modos, aún cuando el diagnóstico final fuera que no hubo impedimento para cumplir con el débito laboral, al haber observado el trabajador lo dispuesto por los artículos 209 (dar aviso) y 210 (someterse al control), entendemos que el empleador no puede considerar la conducta de su empleado que se aferra a su diagnóstico inicial como una falta grave que justifique la extinción del contrato, por lo que resultará injustificado el despido directo con motivo del desconocimiento patronal del estado de enfermedad alegado por el trabajador, pese a la comunicación fehaciente comunicada a éste y la negativa del empleador de efectuar el control médico respectivo. En distinto sentido, la negativa injustificada del empleador de efectuar el control médico una vez que el trabajador ha comunicado el alta otorgada por el profesional que lo atendía y negarse a su reincorporación, justifica la ruptura indirecta del vínculo laboral en los términos del artículo 242 de la LCT” (cfr. Arias, Juan Manuel, en “Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada”, Coord. Raúl Horacio Ojeda, Tomo III, pág. 104/107, Ed. Rubinzal Culzoni).

En igual sentido la jurisprudencia -citada por el suscripto en el antecedente aludido precedentemente y en la que la judicante funda la decisión en crisis- ha considerado pertinente una acción declarativa al expresar: “...nada obsta para que en los casos en los que hubiera informes opuestos y que por el tipo de enfermedad ello fuera posible, las partes puedan concurrir ante un tercero imparcial para que dirima la cuestión. Así, se puede dar que las partes en forma consensuada nombren un tercer médico para determinar cuál de los informes es el más acertado. Sin perjuicio de que este informe pueda ser nuevamente revisado ante la justicia, una situación como la planteada le daría a la parte que saliera favorecida un grado de certeza difícil de revertir. De igual modo la ley otorga otros mecanismos excepcionales y de urgencias para que este tipo de cuestiones sean resueltos sin esperar los tiempos imposibles de tolerar en este tipo de circunstancias que la justicia muchas veces toma. Así, las partes cuentan con la acción del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que determina la posibilidad del interesado de promover una acción meramente declarativa de una situación determinada, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre, sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir perjuicio o lesión al accionante y que éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. La utilización de este método en el caso de análisis asegura la determinación por vía judicial del verdadero estado físico del trabajador cuya salud se cuestiona, siempre y cuando el tipo de enfermedad cuestionada lo permita, dadas las limitaciones temporales que pudieran presentarse en la evolución de la enfermedad denunciada...” (“Empresa Tandilense SA c. Reyes Gabriel Reinaldo” publicado en La Ley 2010-F, 618, La Ley Online: AR/Juer/66215).

No paso por alto que la quejosa al expresar agravios sostiene que la intención de actor era no reintegrarse a sus tareas laborales debido a que junto a su grupo familiar mudó su domicilio a una ciudad distante a 350 km de su lugar de tareas, pero cierto es que dicha circunstancia, a mi entender,



resulta a todas luces insuficiente para restarle validez a la conducta desplegada por el Sr. Acuña ante el certificado médico extendido por el galeno tratante que le indicaba reposo laboral, máxime si se tiene presente que el diagnóstico allí aludido no fue desvirtuado mediante el procedimiento judicial y/o extrajudicial pertinente.

4.- En atención a los argumentos expresados, considero que la falta de pago de haberes de los meses de diciembre y noviembre de 2013 – debidamente probada en autos- por parte de la empleadora, resulta injustificada y, consecuentemente, la situación de despido indirecto en la cual se colocó el accionante resulta a todas luces ajustada a derecho por encuadrarse la conducta de la patronal en la previsiones del art. 242 de la LCT.

V.- Atento los fundamentos esgrimidos en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada, entiendo que lo decidido por la Sra. Jueza de la anterior instancia es jurídicamente irreprochable, motivo por el cual cabe desestimar el recurso intentado y confirmar la sentencia apelada en todo aquello que ha sido materia de agravio para la accionada impugnante.

VI.- Las costas de Alzada, conforme la forma en la que se resuelve el cuestionamiento traído a consideración de este Tribunal, deben imponerse a la accionada perdidosa por aplicación de principio objetivo de la derrota (cfr. arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).-

VII.- Conforme el mérito, extensión, calidad del trabajo desarrollado, como así también el resultado final del pleito y la falta de cuestionamiento de la base regulatoria, entiendo que los honorarios de segunda instancia deben ser regulados de conformidad a las disposiciones del Art. 15 (30%) de la ley de aranceles profesionales, los cuales quedan fijados en los montos que a continuación se detallan: Dres. ... y ... –letrados de la parte actora-, en forma conjunta, en la suma de pesos doce mil ochenta y tres (\$ 12.083,00) y del Dr. ..., en su carácter de letrado apoderado de la incoada, en la suma de pesos ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve (\$ 8.459,00), ambos con más IVA en caso de corresponder. Así voto.

La Dra. Alejandra Barroso, dijo:

Comparto los argumentos y solución propiciada por el Dr. Furlotti en el voto que antecede, motivo por el cual adhiero al mismo votando en igual sentidos.

Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia apelada en todo aquello que ha sido materia de agravio para la accionada impugnante.

II.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la accionada perdidosa por aplicación de principio objetivo de la derrota (cfr. arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

III.- Regular los honorarios de segunda instancia, por los fundamentos expuestos en los considerandos, a favor de los Dres. ... y ... –letrados de la parte actora-, en forma conjunta, en la suma de pesos doce mil ochenta y tres (\$ 12.083,00) y del Dr. ..., en su carácter de letrado apoderado de la incoada, en la suma de pesos ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve (\$ 8.459,00), ambos con más IVA en caso de corresponder.

IV.- PROTOCOLÍCESE digitalmente (Ac. 5416 pto. 18 del TSJ). NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes y oportunamente vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen.

Dr. Pablo G. Furlotti - Dra. Alejandra Barroso

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**“COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION”** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

CAUTELAR INNOVATIVA. DERECHO AMBIENTAL. VERTEDERO A CIELO ABIERTO. PROTECCION DEL



MEDIO AMBIENTE. PRINCIPIO PRECAUTORIO. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.  
VEROSIMILITUD DEL DERECHO. PELIGRO EN LA DEMORA.

1.- Corresponde revocar el pronunciamiento de grado y hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada consiste en que se le ordene a la municipalidad demandada realizar distintas obras tendientes a remediar los impactos que se generan sobre el sector del actual vertedero a cielo abierto de la ciudad, respecto a lo cual se habría comprometido la accionada y no habría cumplido (entierro de la totalidad de la basura en cavas impermeabilizadas, cierre perimetral del predio con alambrado olímpico, implementación de un sistema de vigilancia que permita el acceso solo de aquellas personas que van a depositar residuos con indicación del sector donde deben realizarlo), toda vez que, partiendo de la perspectiva impuesta por el ordenamiento jurídico, se advierte que el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada. Es que, la escueta motivación brindada por el juez de grado al desestimar la pretensión cautelar violenta los principios que informan a la Ley General del Ambiente, los cuales exigen el deber de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir (principio de prevención), y sin que la ausencia de mayor información pueda servir como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que tiendan a impedir la degradación del medio ambiente, existiendo peligro de daño grave o irreversible (principio precautorio).

2.- El requerimiento de tutela cautelar apunta a la protección de derechos de incidencia colectiva prima facie vulnerados por un proceder omisivo de la demandada que genera consecuencias nocivas para los habitantes de un municipio.

3.- En orden a la verosimilitud del derecho, cabe sostener que tratándose de medidas cautelares referidas a la materia ambiental y urbanística, la comprobación de este requisito pasa a un segundo plano. En efecto, es viable concluir que frente a actividades en relación a las cuáles existe un halo de duda sobre si producen o no consecuencias nocivas sobre el medio ambiente, la ley impone, no obstante, su protección (art. 4, Ley 25.675). Tan singular tutela se explica por las consecuencias disvaliosas y difícilmente reversibles que acarrear los daños ambientales o urbanísticos. Lo expuesto, sin embargo, no equivale a afirmar que no tiene que promediar ningún grado de verosimilitud, sino que lo relevante es que la inexistencia de certeza científica o técnica sobre los efectos ambientales, imponen actuar de modo precautorio.

4.- Tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario y de salud de sus pobladores, la ponderación del peligro en la demora debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, emergentes en la cláusula del art. 41 de la Carta Magna Nacional y 58 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el art. 4 Ley 25.675.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 3 de Febrero del año 2017.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION" (Expte. JJUCI2-653/2016), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes;



venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes nuevamente a estudio de esta Sala, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 205/213 de este incidente, contra la providencia de fs. 203/204, de fecha 14/12/2016, en cuanto rechaza la medida cautelar innovativa peticionada con el escrito inicial.

II.- Se agravan los recurrentes, en primer lugar, por la errónea y arbitraria valoración de las pruebas y hechos narrados. Consideran, en este sentido, que el juez se excede en el análisis de la medida solicitada, expidiéndose sobre el objeto del amparo.

Refieren, asimismo, que se advierte una equivocada interpretación de la petición cautelar, dado que al ser innovativa conlleva una obligación de hacer que surge de un compromiso asumido por la propia accionada; no tratándose de una medida que conlleve paralización de acto alguno, sino que pretende que la demandada cumpla con sus deberes, a los fines de que pueda asegurarse la aplicación de los principios establecidos en el art. 4º de la ley 25.675 y de las normas constitucionales, Nacional y Provincial, con relación al ambiente.

Transcribe un párrafo de la resolución en la que el a quo señala que de la documental acompañada y del relato de los hechos no surge con meridiana claridad que como único e inexorable modo de cumplimiento del deber de mantener un medio ambiente sano y equilibrado, la Municipalidad demandada tenga que proceder necesariamente al cierre y saneamiento definitivo del vertedero de residuos de la ciudad de Junín de los Andes. En este aspecto, consideran que la actitud del sentenciante es claramente a favor de la demandada, y alejada de lo jurídico.

Indican, asimismo, que no han dicho en ninguna parte del libelo inicial que esa sea la única e inexorable forma de mantener un ambiente sano y equilibrado; por lo que ello denota la falta de una lectura profunda y liviandad en la resolución de peticiones que terminan exponiendo desinterés con el ambiente donde el mismo sentenciante vive. Sostienen que sus partes solo se han limitado a exigir que se culmine con lo que se ha comenzado y que sin motivo ni justificación alguna, se ha detenido por parte de la accionada.

Sostienen que el relato de los hechos ha sido de tal claridad que exime al juzgador de ahondar más a los fines de interpretar la acción; que es de sentido común que un ambiente sano se logra justamente evitando tener un vertedero a cielo abierto, y que ello solo es posible si se toman los recaudos para proteger el perímetro sobre el cual está asentado y arbitrar los medios para garantizar una seguridad que impida el ingreso de personas en búsqueda de elementos que son arrojados al vertedero y el de perros que luego retornan a sus domicilios y se configuran en un foco de contaminación manifiesto.

Señalan que el sentenciante afirma que, a los fines de cumplir con el deber de mantener un ambiente sano y equilibrado, tampoco surge que irremediamente tenga la demandada que adecuar las obras del Centro Ambiental con el fin de que cuente con la infraestructura y equipamiento necesarios para preservar su uso y enterrar los residuos compactados en forma correcta; sosteniendo (el juez) que no surge tampoco que la accionada deba obrar sí o sí de la manera descrita para llenar su cometido sin que existan otras alternativas a disposición de la Administración, ni que las medidas de entierro de basura, cierre del predio con alambrado olímpico e implementación de sistema de vigilancia impliquen el cumplimiento de tal deber. En este orden, consideran que el a quo no da un fundamento que pueda refutar lo solicitado, y que el rechazo está lejos de encuadrar dentro de los requisitos de una resolución motivada y fundada.

De lo último descripto, deducen que el sentenciante ha hecho un adelanto de la sentencia de amparo, anticipando un posible rechazo de la acción y que ha confundido el objeto del amparo con el objeto de la cautelar.

En síntesis, señalan que según el criterio adoptado por el juez, la existencia de un vertedero a cielo abierto sin las más mínimas medidas de seguridad (cerco perimetral y seguridad), no es grave, ni justificaría ser tratado como tal, ni ameritaría continuar con los trabajos en el Centro Ambiental, lo que terminaría legitimando la inacción de la demandada.

Dado que el magistrado refiere que la documental y relato son insuficientes, se preguntan si las reiteradas declaraciones de emergencia ambiental en la localidad por parte del Concejo Deliberante no son suficientes para fundar la cautelar.

Se desplazan luego sobre el esbozo del plan de trabajo remitido por el Intendente a la Comisión de Desarrollo Ambiental a días de vencer los plazos establecidos en la normativa local, dado el empeoramiento de la problemática, y las tres medidas mínimas prometidas por el intendente en abril del 2016; indicando que, al parecer, para el a quo, tales no son elementos importantes para acreditar el requerimiento cautelar.

Refieren que es evidente que en el juzgador hay una carencia de lectura e interpretación de los antecedentes, donde con meridiana claridad, quedan acreditados todos los sucesos producidos en relación al vertedero, los compromisos asumidos por la demandada y la realidad misma; obviando, también, el informe (acompañado al escrito inicial) de Impacto Ambiental elaborado por la Lic. Herrero para la construcción de las viviendas en la zona colindante al vertedero, el que transcriben en parte, y del cual surge -entre otras cuestiones- que las acciones y lineamientos que el municipio desarrolla en esa zona se enmarcan como un proceso con dos etapas fundamentales: la erradicación de vertederos a cielo abierto en la localidad y la nueva planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos en ejecución.

Siguen señalando que tampoco se ha prestado atención a informes médicos, y que al día de hoy la emergencia ambiental continúa y se ha prorrogado.





Se agravan, en segundo lugar, de la errónea interpretación del peligro en la demora. Transcriben lo que el sentenciante resuelve al respecto, y señalan que al fundar tal requisito expresaron que devenía evidente que en tanto no se proceda a cumplir con el cierre del perímetro del vertedero local y no se cumpla con la guardia que debe estar presente de manera permanente en el lugar y el efectivo y diario trabajo de la máquina al que se ha comprometido el ejecutivo, se continuará profundizando el riesgo y contaminación ambiental; fulminando derechos y principios constitucionales y supra legales.

Sostienen que de tal manera, el sentenciante tampoco aplica el principio precautorio receptado en la Ley General del Ambiente, de orden público, y como tal, de cumplimiento obligatorio. Transcribe el art. 32 de la mencionada ley, donde se señala que, en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la contraria, y que el juez podrá asimismo, disponerlas sin petición de parte. Citan doctrina en torno a este artículo y al actuar del juez en estas cuestiones, que debe ser necesariamente proactivo. También, complementan con fallo de la CSJN con relación a las facultades ordenatorias del proceso emergentes de la LGA, reconocidas al Tribunal, concluyendo que nada de eso sucede en el caso de autos, limitándose el sentenciante a exponer su parecer, sin elementos que le permitan sostener sus dichos.

El tercer agravio se centra en la confusión en que habría incurrido el juez en cuanto al objeto del amparo y el objeto de la medida cautelar y el error en la interpretación de la medida cautelar solicitada.

Al respecto, sostienen que si el objeto de la cautelar fuera el mismo que el del amparo es lógico que se debería rechazar in limine. Indican que la medida cautelar innovativa tiene su campo de acción en el vertedero actual, del que no se ha solicitado el cierre sino acciones de mínima que permitan morigerar el daño ambiental que genera el vertedero a cielo abierto, con el adiconante que se encuentra vigente la declaración de emergencia ambiental. Y, el amparo, por su parte, sostienen, busca que en un plazo prudencial y razonable que estime el sentenciante se culminen con las obras del centro ambiental, el que no se encuentra en el mismo lugar que el vertedero actual.

Insisten que el objeto de la cautelar fue a los fines de evitar la profundización del daño que se genera en el vertedero que se encuentra a cielo abierto. No cercar el vertedero, no tener vigilancia y no compactar, afirman, agrava el daño de manera diaria cada vez que se vierten los residuos recolectados en la ciudad. Y que ello, no es ocurrencia de su parte, sino que es algo a lo que la demandada se ha comprometido y no ha cumplido. Adunan que el a quo confundiría la medida cautelar innovativa (obligación de hacer) con la de no innovar (obligación de no hacer).

Como cuarto y último agravio, arguyen la falta de fundamentación de la resolución y arbitrariedad en que habría incurrido el sentenciante, ya esbozadas en los restantes agravios. Sostienen, en lo fundamental, que el magistrado juzga desde lo personal, y no desde un punto de vista jurídico, agregando que el juez no acompaña exposiciones doctrinarias y jurisprudenciales que le den sustento a su decisión.

II.- A) Ingresando al tratamiento recursivo, adelantamos que la apelación habrá de prosperar.

En primer lugar, se advierte que asiste razón a los recurrentes en cuanto a la confusión en la que incurriera el a quo respecto al objeto de la pretensión cautelar. En efecto, al rechazar la solicitud de protección preventiva, el sentenciante se ha pronunciado sobre aspectos sustanciales que hacen al objeto de la acción de amparo, dedicando un escueto párrafo al requerimiento cautelar formulado por los accionantes, cuyos puntos centrales distan de la pretensión de fondo.

Así es que el objeto de la presente acción, conforme surge del escrito inicial y que se plasmó en la resolución de este Cuerpo revocatoria del rechazo in limine de la acción de amparo, consiste en que se ordene al Municipio demandado que proceda al cierre y saneamiento definitivo del actual vertedero de residuos de la ciudad de Junín de los Andes, con un plan de remediación final a ejecutarse al momento de tal cierre definitivo. Para ello, consideraron que se deberían adecuar las obras del Centro Ambiental con el fin de que cuente con la infraestructura y el equipamiento necesarios para preservar su uso y enterrar, al menos, los residuos compactados en forma correcta.

En tanto que el objeto de la medida cautelar innovativa peticionada consiste en que se le ordene a la demandada realizar distintas obras tendientes a remediar los impactos que se generan sobre el sector del actual vertedero a cielo abierto de la ciudad, respecto a lo cual se habría comprometido la accionada y no habría cumplido (entierro de la totalidad de la basura en cavas impermeabilizadas, cierre perimetral del predio con alambrado olímpico, implementación de un sistema de vigilancia que permita el acceso solo de aquellas personas que van a depositar residuos con indicación del sector donde deben realizarlo).

Por su parte, el juez –en lo que aquí compete– ha resuelto: “...En cuanto a la medida cautelar peticionada..., por considerar que no se acreditan prima facie los presupuestos necesarios para su procedencia, esto es la verosimilitud en el derecho y el particular peligro en la demora previsto en el artículo 230 del Código Procesal (de aplicación supletoria cfr. art. 23 ley 1981), se la desestima. Es que –sin desconocer lo resuelto por el tribunal de segunda instancia ... entiendo que de la documental acompañada y del relato de los hechos no surge con meridiana claridad que como único e inexorable modo de cumplimiento del deber de mantener un medio ambiente sano y equilibrado (previsto en los arts. 41 y 54 de las Constituciones Nacional y Provincial y en la Ley 25.675) la Municipalidad demandada tenga que proceder necesariamente al “cierre y saneamiento definitivo del actual vertedero de residuos de la ciudad de Junín de los Andes” así como también tenga que irremediable e ineludiblemente “adecuar las obras del Centro Ambiental con el fin de que cuente con la infraestructura y equipamiento necesarios para preservar su uso y enterrar los residuos compactados en forma correcta” (lo cual constituye el objeto de la acción entablada conforme surge de fs. 162), es



decir que el accionado deba sí o sí obrar de la manera descripta para llenar su cometido sin que existan otras alternativas a disposición de la Administración; ni tampoco que las medidas requeridas ... (esto es entierro de la basura, cierre del predio con un alambrado olímpico e implementación de un sistema de vigilancia) impliquen el cumplimiento de tal deber. En lo que respecta al peligro en la demora, tampoco logran las accionantes demostrar -aún liminarmente- de qué manera la tardanza en enterrar la basura, colocar un alambrado e implementar un sistema de vigilancia ... podrían generar un perjuicio de tal entidad que no pueda aguardarse al modo normal de culminación del litigio que es el dictado de la sentencia; es decir no acreditan que exista el peligro de que si se mantuviera la situación de hecho ello pudiera influir en el fallo o convertir en ineficaz o imposible su ejecución (art. 230 CPCyC). ...La parte actora no ha probado entonces prima facie la verosimilitud del derecho invocado ni que en el caso de no hacerse lugar a la medida precautoria requerida se correría el riesgo de que su pretensión resulte finalmente insatisfecha, por lo que se la desestima..." (el resaltado nos pertenece).

Conforme a lo expuesto precedentemente, resulta evidente el exceso en que incurriera el magistrado de la anterior instancia a la hora de despachar desfavorablemente la tutela cautelar.

En efecto, el sentenciante centra su resolución denegatoria refiriéndose a la petición de fondo del litigio. Con relación a la cautelar, solo considera no acreditada la verosimilitud del derecho por cuanto las medidas peticionadas no implicarían el cumplimiento del deber de mantener un medio ambiente sano y equilibrado, ni se habría probado el peligro en la demora. Amén de la extralimitación señalada en cuanto a los objetos de una y otra pretensión, se advierte prístinamente la liviandad con la que se ha analizado la cuestión, referida por los recurrentes. A simple vista, del relato de los hechos, de la documental acompañada, y de las situaciones que son de público conocimiento con relación al basural, surge la verosimilitud del derecho invocado con relación al daño actual al ambiente (en sentido amplio) y el peligro en la demora, por los riesgos "diarios" a los que expone la situación vigente del basural a cielo abierto, profundizando, en consecuencia, el menoscabo al ambiente.

Tal como refieren los accionantes y se desprende del relato inicial y de la documental obrante en autos, la propia accionada se comprometió a realizar las medidas que son objeto de la cautelar en cuestión, y que no se estarían cumpliendo (compromiso que habría sido ratificado por el Sr. Intendente ante la prensa, según da cuenta el diario Río Negro del día 2 de febrero del corriente).

No se encuentra aquí en discusión que la Administración accionada pueda tomar otras medidas con respecto a la situación de autos (cuestión a la que hace referencia el sentenciante y que resaltan los recurrentes). Por el contrario, el sentenciante debió evaluar si las medidas pedidas reunían los requisitos para otorgarlas cautelarmente, en el marco, claramente, del particular caso de autos reglado por la LGA y amparado por normas constitucionales y tratados internacionales de igual jerarquía. Tales parámetros no han sido analizados ni fundados por el magistrado de la anterior instancia, para denegar la cautelar innovativa.

Por otra parte, como más adelante desarrollaremos, en orden a la verosimilitud del derecho exigido para la favorable aceptación de la tutela precautoria, la fundabilidad de la pretensión no depende de un conocimiento profundo de la materia debatida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho en disputa; y en cuanto al peligro en la demora, la evaluación de tal aspecto debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental.

B) Dicho ello, hemos de referirnos a las pautas esenciales que deben guiar la labor judicial en materias como la sometida a la decisión del Cuerpo.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que "El derecho ambiental es de naturaleza esencialmente preventiva, de soluciones "ex ante" y no "ex post". La adecuación de los procedimientos anticipatorios, de las medidas autosatisfactivas, cautelares materiales, innominadas o atípicas genéricas, encuentran en la cuestión ecológica, campo fértil de aplicación, por su utilidad, plasticidad, carácter provisorio, de pronta y urgente justicia de acompañamiento (cfr. Ventura, Cristina del Carmen y otro vs. Círculo de la Policía Federal Argentina s. Amparo /// Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 7; 29-dic-2016; Rubinzal Online; RC J 7400/16).

En esta materia más que en ninguna otra, la participación activa del juez resulta indispensable, tal como señalan los recurrentes. El juez no puede ser neutro, debe ser partícipe de la necesidad de preservar el medio ambiente (cfr. MORELLO, Augusto M. y CAFFERATTA, Néstor, Visión procesal de cuestiones ambientales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 161 y ss). Por su parte, Eduardo Pigretti ha enfatizado que en estos procesos el juez es parte porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura y que el aire que respira mantenga esa condición. El juez es interesado y por ello se exige un juez activo-protagonista ("Derecho Ambiental profundizado", La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 10-45).

Desde el vértice apuntado, se ha sostenido que "El juez interviniente podrá (mejor dicho "deberá") disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (art. 32, ley 25.675). En materia ambiental es rol irrenunciable del juez una participación activa suya con miras a la protección del ambiente, ámbito donde debe buscarse más prevenir que curar" (Cfr. "EL DERECHO PROCESAL AMBIENTAL", Revista: Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2008 - 3. Daño ambiental., Autor: Arazi, Roland, Cita: RC D 1158/2012).

Partiendo de las mencionadas atribuciones-deberes impuestos a la magistratura por el orden jurídico se ha resuelto que: "la operatividad de las medidas cautelares se encuentra determinada por la necesidad de proteger un derecho que todavía no es cierto para evitar la consumación de



perjuicios irreparables, por lo que no corresponde sopesar aspectos que serán materia de juzgamiento en la sentencia de mérito. No obstante lo señalado, el logro del objetivo precautorio está indisolublemente unido a las facultades de que se encuentra investido el juez en esta materia, director inmediato, comprometido socialmente y proactivo.

El juez no debe ser un mero espectador de un derecho reconocido en el texto constitucional, sino que debe llevar adelante precisas y positivas decisiones en defensa del medio ambiente. El juez ambiental está comprometido con las consecuencias que se sigan de la interpretación facilitadora de la realización y no de la frustración por razones formalistas, de derechos que cuentan con especial tutela constitucional. Ello encuentra sustento en el art. 32, Ley 25675 (Ley General de Ambiente)" (cfr. Asociación Civil Organización Ambiental Pilmayqueñ vs. Covelia S.A. - Autoridad de Cuenca Matanza - Riachuelo (ACUMAR) y otro s. Saneamiento y recomposición del medio ambiente - Medida cautelar /// Juzgado Federal, Quilmes; 06-jul-2011; Rubinzal Online; RC J 9366/11).

Entonces, reviste singular relevancia en este proceso, el dictado de medidas cautelares y de urgencia que el juez debe decretar aun sin petición de parte (2º apartado del artículo 32 citado). Ello así, pues no se trata de un proceso de corte dispositivo, porque el "ambiente" es indisponible, se trata de un bien colectivo, el cual por su naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de manera no disponible por las partes, según palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al decir de Morello y Stiglitz, el carácter marcadamente preventivo, operante para restablecer situaciones de hecho o impedir desde el comienzo el avance de la destrucción o de la contaminación, saca las medidas cautelares de su quicio tradicional para hacerlas en una función cuya justificación es connatural a situaciones regidas no sólo por el Derecho Privado, sino por el Derecho Público. Masivas, continuadas, que se proyectan al futuro (cfr. "EL DERECHO PROCESAL AMBIENTAL", Revista: Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2008 - 3. Daño ambiental., Autor: Arazi, Roland, Cita: RC D 1158/2012 con cita de MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Platense, La Plata, 1986, p. 167.).

Asimismo, corresponde recordar que La ley de política nacional ambiental Nro. 25.675 presenta todo un abanico de soluciones. Una de las vías es el amparo, además podrán pedirse las medidas cautelares tradicionales (art. 30 in fine), pero también admite que se soliciten medidas en cualquier estado del proceso sean o no precautorias y podrán tomarse sin audiencia de la otra parte (art. 32, segunda parte).

Partiendo de la perspectiva impuesta por el ordenamiento jurídico, se advierte que el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada. Es que, la escueta motivación brindada por el juez de grado al desestimar la pretensión cautelar violenta los principios que informan a la Ley General del Ambiente, los cuales exigen el deber de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir (principio de prevención), y sin que la ausencia de mayor información pueda servir como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que tiendan a impedir la degradación del medio ambiente, existiendo peligro de daño grave o irreversible (principio precautorio) (cfr. autos "Di Tella, Enzo Mario (Defensor Oficial) vs. Municipalidad de San Luis del Palmar s. Medida autosatisfactiva", Fecha: 22/10/2012, Tribunal: Superior Tribunal de Justicia – Corrientes, Fuente: Rubinzal Online, Número de causa: EXP - 60394/2011, Cita: RC J 9578/12).

Contrariamente a lo sostenido por el a quo, en el caso no se advierte ningún supuesto de sustitución de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de las autoridades de otros poderes del Estado.

El requerimiento de tutela cautelar apunta a la protección de derechos de incidencia colectiva prima facie vulnerados por un proceder omisivo de la demandada que genera consecuencias nocivas para los habitantes de un municipio (cfr. en el mismo sentido autos "Di Tella, Enzo Mario (Defensor Oficial) vs. Municipalidad de San Luis del Palmar s. Medida autosatisfactiva", Fecha: 22/10/2012, Tribunal: Superior Tribunal de Justicia – Corrientes, Fuente: Rubinzal Online, Número de causa: EXP - 60394/2011, Cita: RC J 9578/12).

Es pertinente recordar que, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicializable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias" (Fallos: 328: 1146).

En conclusión, en causas como la que nos ocupa, es imprescindible analizar la cuestión a la luz de la Constitución Nacional y local. Y siendo ello así, no cabe duda que la adopción de medidas precautorias como la que aquí se pretende, satisface el propósito de evitar que acontezca un daño de tal magnitud que resulte difícil recomponer y que no sólo afecte a los actores sino también a las generaciones futuras, protegidas por la Carta Fundamental (art. 41), la Constitución provincial (art. 54) y la Ley Nacional del Medio Ambiente Nro. 25.675.

Partiendo de estas premisas, cabe adunar que en orden a la verosimilitud del derecho exigido para el favorable andamio de la tutela precautoria, la fundabilidad de la pretensión que constituye el objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. En el presente amparo ambiental incoado, de la documental anejada a estos actuados, se desprende prima facie –tal como señalamos en los considerandos precedentes-, la existencia de los presupuestos que toman procedente la vía intentada y la vigencia del principio precautorio, tal como lo ha sostenido esta Sala en anterior integración, al emitir la Resolución revocatoria del rechazo in limine de este amparo dispuesto por el a quo.

C) A mayor abundamiento, en orden a la verosimilitud del derecho, cabe sostener que tratándose de medidas cautelares referidas a la materia ambiental y urbanística, la comprobación de este requisito pasa a un segundo plano. En efecto, es viable concluir que frente a actividades en



relación a las cuáles existe un halo de duda sobre si producen o no consecuencias nocivas sobre el medio ambiente, la ley impone, no obstante, su protección (art. 4, Ley 25.675).

Tan singular tutela se explica por las consecuencias disvaliosas y difícilmente reversibles que acarrear los daños ambientales o urbanísticos. Lo expuesto, sin embargo, no equivale a afirmar que no tiene que promediar ningún grado de verosimilitud, sino que lo relevante es que la inexistencia de certeza científica o técnica sobre los efectos ambientales, imponen actuar de modo precautorio.

D) Tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario y de salud de sus pobladores, la ponderación del peligro en la demora debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, emergentes en la cláusula del art. 41 de la Carta Magna Nacional y 58 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el art. 4 Ley 25.675.

Conforme a lo que tiene resuelto nuestro máximo Tribunal Nacional: “Es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41, Constitución Nacional), que deben entenderse las facultades que el art. 32, Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse” (cfr. Cruz, Felipa y otros vs. Minera Alumbreira Limited y otro s. Sumarísimo /// Corte Suprema de Justicia de la Nación; 23-feb-2016; Rubinzal Online; RC J 706/16).

A la luz de tales principios jurisprudenciales, en este estadio del proceso, con carácter provisorio y frente a las constancias obrantes en autos, se vislumbra como posible, la eventual existencia de un riesgo en el entorno urbano ambiental de consecuencias graves e irreversibles. La posibilidad de que se produzca el daño y la trascendencia que reviste el bien jurídico comprometido, requieren perentoria tutela cautelar.

El peligro en la demora, exige una mirada atenta de la realidad comprometida, para determinar, de la forma más exacta posible, las eventuales consecuencias y secuelas que, sobre la cosa litigiosa, puede llegar a generar la no admisión del remedio cautelar. En los presentes, es de público y notorio que hace apenas unos días se han producido incendios en el sector de los que da cuenta el propio gobierno municipal en su página institucional bajo el título:

“NUEVAMENTE UN INCENDIO INTENCIONAL EN EL BASURERO” (cfr. [www.junindelosandes.gov.ar](http://www.junindelosandes.gov.ar)). De haberse acogido por el a quo la tutela cautelar requerida, posiblemente se hubiese aventado la posibilidad de acaecimiento del siniestro, en tanto a esta altura, el perímetro del lugar estaría cercado, existiría un servicio de vigilancia suficiente para la custodia del predio y los residuos habrían sido tratados de manera adecuada.

Por ello y a efectos de evitar mayores daños ambientales y ante la evidencia del peligro en la demora es que propiciamos que previa caución juratoria que deberán brindar los amparistas en el juzgado de origen a través de sus representantes legales, sea otorgada la medida cautelar en los términos peticionados al inicio de la demanda.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución impugnada.

II.- Hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada en el escrito inicial, previa caución juratoria, conforme a lo considerado, ordenando a la Municipalidad de Junín de los Andes para que en el término de diez (10) días de brindada la caución juratoria en el Juzgado de origen, proceda al cierre perimetral del basurero a cielo abierto de la ciudad, al entierro de la totalidad de la basura expuesta en cavas impermeabilizadas y a la implementación de un sistema de vigilancia adecuado que permita solo el acceso de aquellas personas autorizadas a depositar residuos, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a una orden judicial por parte de los funcionarios responsables del cumplimiento de esta medida.

II.- Protocolícese digitalmente, notifíquese, ofíciase a la demandada con copia íntegra de la presente resolución y, vuelvan con carácter de urgente al Juzgado de Origen, atento a la materia ambiental sobre la que versan estas actuaciones y las prerrogativas otorgadas por la Ley General del Ambiente a la Magistratura Judicial (art. 32 Ley 25.675).

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



"E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 620/2014) – Intelrocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

ALIMENTOS. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES. CUOTA ALIMENTARIA. MODIFICACION. DETERMINACION DE PORCENTAJE.

1.- Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, modificando el porcentaje establecido en la decisión en crisis, estableciéndolo en un 30 % de los haberes que el demandado percibe, lo que se condice con el transcurso del tiempo, aumento del costo de vida, la mayor edad de los hijos y con la ponderación efectuada por la reclamante que considerara inclusive las actividades informales.

2.- En cuanto al monto reclamado, la Doctrina y Jurisprudencia ha dicho en casos similares que: “Aun cuando el Juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitarla a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en plus petitio, excediéndose el contenido de la litis, y quedaría violado el principio de congruencia (art. 36 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC).

3.- Respecto de la fecha desde la cual rige la nueva cuota alimentaria, es de aplicación lo dispuesto en el art. 644 del CPCC, es decir desde la notificación de la demanda.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 1 de Febrero de 2017.

**VISTAS:**

Las presentes actuaciones caratuladas: “E. M. T. C/ C. P. S. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA” (Expte. JJUFA INC. 620/2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

**CONSIDERANDO:**

I.- Llegan los autos a esta instancia mediante recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia interlocutoria de fecha 5 de agosto del 2016 (fs. 332/336), quien presenta memorial conforme surge del escrito obrante a fs. 340/344.

En primer lugar, y sin perjuicio de sostener que la sentencia en lugar de fijar un incremento de la cuota lo que hace es establecer un nuevo modo de determinar la misma, es decir, ya no una cuota actualizable conforme acordaran las partes en el año 2013, sino un porcentaje de los haberes, consiente expresamente que se fije un porcentaje, aunque cuestiona el fijado en la sentencia y la fecha desde la cual está obligado a abonarlo.

Argumenta el recurrente que la jueza de grado incurre en arbitrariedad al fijar el porcentaje de alimentos cuando se ha comprobado el aumento del 116% de la cuota original producto del acuerdo de actualización salarial; asimismo argumenta que las actividades privadas eran conocidas por la demandante y que las mismas igualmente no superan los ingresos mensuales netos de \$2.000, habiéndose demandado un porcentaje menor en el escrito de inicio de este incidente y sugerido también uno menor por el propio defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Arguye que la sentenciante se aparta del acuerdo de partes en cuanto a que las cuestiones extraordinarias serían solventadas en un 50% cada uno, resultando la cuota fijada con más las ayudas prestadas a los hijos mayores un porcentaje de exacción del 70% de los ingresos del alimentante.

Asevera que al retrotraerse la nueva cuota a la fecha de la demanda se le perjudica patrimonialmente ante la imposibilidad de acreditar los gastos extraordinarios erogados en el periodo a los efectos del descuento pertinente, debiéndose establecerse la misma desde la fecha de la sentencia.

Aduce haber cumplido con sus obligaciones y que han transcurrido solamente quince meses desde el acuerdo formalizado, pretendiendo la actora un aumento del 130% sin fundamento alguno.

Se agravia de la imposición de las costas, alegando no haber dado motivos al pleito, no habiendo sido requerido extrajudicialmente al efecto y siendo injustificado el reclamo ante la actualización de la cuota conforme salario.





Solicita se confirme el 25% de cuota ordinaria con más gastos extraordinarios en un 50% de conformidad a lo acordado y recomendado por la defensoría del niño.

II.- Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 347/350.

Manifiesta preliminarmente que el demandado ha consentido la fijación de un porcentaje, omitiendo una crítica concreta y razonada y efectuando un alegato de prueba.

Afirma que las actividades extras no fueron tenidas en cuenta en el acuerdo realizado, que el alimentante actualmente es director de escuela, además de tener ingresos complementarios por clases de yudo y venta de purificadores.

Asegura que la suma solicitada fue estimada en el año 2014 y que la misma se ve afectada por la inflación posterior, fijando la jueza el porcentaje teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la imposibilidad de acreditar los ingresos informales del perseguido.

Manifiesta que el apelante no ha comprendido los términos de la demanda y de la sentencia por cuanto los gastos extraordinarios se encuentran fuera de la litis, continuando vigente el compromiso asumido en el convenio efectuado, es decir, contribuyendo ambos padres por partes iguales en estos gastos.

Destaca que el padre abonaba la cuota en pagos parciales, que se le requirió extrajudicialmente un aumento, negándose a ello, encontrándose fuera de cuestión los gastos extraordinarios, y siendo de aplicación la normativa procesal expresa en relación a desde cuándo se debe la nueva cuota.

Dice que si hubiera tenido intención de acordar lo hubiera propuesto y que el cumplimiento del acuerdo no lo licencia a liberarse de los gastos de este proceso, siendo más que evidente la justificación del aumento de cuota teniendo en cuenta que el acuerdo se formuló en el año 2013.

Plantea reserva de caso federal y solicita se rechace la apelación con costas.

III.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis admite el incidente de aumento de cuota alimentaria mensual a la suma equivalente al 35% de los haberes que percibe el demandado como dependiente del CPE a favor de dos de sus dos hijos A. M. C. y L. S., de 18 y 16 años de edad respectivamente a la fecha de la sentencia, suma que se descontará automáticamente; difiere la fijación de la cuota suplementaria e impone las costas al demandado.

Tiene en cuenta que las partes acordaron una cuota alimentaria de \$ 2.700 y que cada progenitor se haría cargo del 50% de los gastos extraordinarios de los niños, con un ajuste anual equivalente al porcentaje de aumento salarial y asumiendo el 50% cada uno de los gastos de los hijos mayores.

Funda el aumento de cuota dispuesto en el transcurso del tiempo, el alza del costo de vida, la mayor edad de los hijos, y que se ha acreditado la actividad informal del progenitor aunque destaca que no se puede determinar cuánto es el ingreso mensual por la misma.

Fija la cuota desde la notificación del traslado de demanda con fecha 12 de mayo 2015.

Atribuye las costas al demandado sustancialmente vencido y de acuerdo al principio general que rige en los alimentos.

a) De las constancias de autos surge que la actora solicita un aumento de la cuota alimentaria pactada oportunamente entre las partes a fin de que la misma se eleve peticionando la suma de \$7.000, por ambos hijos, habiendo denunciado ingresos del obligado por la suma de \$25.000 (fs. 24 y ss.); se trata de dos jóvenes de 17 y 19 años actualmente (fs. 1 y 2); consta el acuerdo de divorcio en el que se pactó alimentos por la suma de \$ 2.700 en concepto de gastos ordinarios, actualizados por el índice del aumento salarial del gremio docente, con más el 50% de los gastos extraordinarios, por tres hijos (A., S. y M.), y costos de manutención de uno de los hijos mayor de edad (S. A.) (fs. 33 y ss. 5 de julio 2013); la AFIP informa los sueldos del demandado para el año 2015, oscilando los mismos desde \$17.771 a \$45.972 (fs. 282); PSA informa que el accionado es distribuidor independiente y que de enero a noviembre 2015 ha comprado por un valor de \$ 85.236, estimando su venta al público con un incremento del 30% (fs. 302); el CPE informa que la actora cumple funciones de maestra titular turno mañana y el demandado maestro titular turno mañana y suplente turno tarde (fs. 315); y el Club Cordillera afirma que el sindicato da clases de yudo desde 1991 ad honorem (fs. 296).

b) La Defensoría del Niño y del Adolescente recomienda fijar la cuota alimentaria en un porcentaje de los haberes oficiales del padre, teniendo en cuenta que este realiza suplencias y favoreciendo a ambas partes, proponiendo un 25%, manteniendo la obligación de afrontar por partes iguales los gastos extraordinarios (fs. 331).

c) Reunidos los recaudos mínimos del art. 265 del CPCC, en principio, cabe resaltar que le asiste razón a la accionante en cuanto a que de acuerdo a la traba de la litis y a lo resuelto por la magistrada se ha modificado la cuota alimentaria y de ninguna manera se ha alterado la cláusula pactada sobre los gastos extraordinarios, que siguen de la misma forma, es decir, 50% cada uno de los padres.

Luego, asimismo, el recurrente consiente la fijación de la cuota en un porcentaje, quedando la queja sobre su determinación, propiciando el 25%, en coincidencia con lo aconsejado por el defensor de los Derechos del Niño.

Ciertamente, la actora al demandar solicita una suma fija de \$ 7.000 que equivalen a un porcentaje aproximado del 28% de los ingresos que denuncia en su escrito; también es correcto que las entradas informales del demandado no han podido ser precisadas, siendo el promedio de salarios formales del año 2015 estimativamente \$27.676,30, de conformidad a lo que se detallara supra.



La magistrada fija el 35% con fundamento en el transcurso del tiempo, aumento del costo de vida, la mayor edad de los hijos, y que acreditada la actividad informal, no se puede determinar cuál es el ingreso mensual por la misma.

Encontramos acertado que el transcurso del tiempo, que implica la mayor edad de los hijos y el consecuente incremento en los gastos de manutención, justifican el aumento solicitado, más consideramos, ponderando la totalidad de la prueba valorada en la sentencia y en el estricto marco de la crítica planteada por el apelante, que el porcentaje establecido excede lo estimado por la propia reclamante y aconsejado por el Defensor del Niño.

En estos términos, estimamos que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, modificando el porcentaje establecido en la decisión que se revisa, estableciéndolo en su lugar en un 30% de los haberes que el demandado percibe como empleado del CPE, lo que se condice con las distintas circunstancias enunciadas y fundamentalmente con la ponderación efectuada por la propia reclamante que considerara inclusive las actividades informales.

Con respecto al monto reclamado, sin perjuicio de que puede inferirse un porcentaje de los ingresos denunciados, sin embargo la actora solicitó oportunamente una suma fija y no un porcentaje. Por otro lado, el propio recurrente expresa en su contestación y en los agravios y resulta señalado en la sentencia, que la cuota que venía aportando para sus hijos A. y L. era el equivalente al 26,64%, con lo cual no puede pretender que se fije en un 25%, porque constituiría no un aumento sino una disminución de la cuota a estar a sus propios dichos.

Podemos señalar, en orden al porcentaje que consideramos apropiado, que la doctrina y jurisprudencia ha dicho en casos como el presente que: “Aun cuando el juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitarla a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en plus petitio, excediéndose el contenido de la Litis, y quedaría violado el principio de congruencia (art. 36 inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCC)” (CNC, sala F, 4.2.1981, LL 1981-C-6; citado en p. 460 Régimen jurídico de los alimentos, Gustavo Bossert).

d) En relación al agravio referido a la fecha desde la cual rige la nueva cuota alimentaria, es de aplicación la solución contenida en el art. 644 del CPCC, estableciendo la juzgadora que se aplique desde la notificación de la demanda esto es, desde el 12 de mayo del 2015, tratándose de un incidente de aumento.

Reiteradamente, se ha establecido tal pauta interpretativa, que se condice con la reforma al texto procesal nacional, teniendo en cuenta que el alimentante viene cumpliendo con la asistencia alimentaria y se solicita su modificación (B. S. C/ B. G. S/ INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA, E/A: BATAGLIA S. Y OTRO S/DIVORCIO -N°209.457/98, Expte. N° 659-CA-1, Cámara de Apelaciones Neuquén, Sala II).

e) Igualmente, deberá confirmarse la estipulación de costas atento el principio general en materia procesal y no encontrándose razones de excepción de conformidad con lo establecido por el art. 68 del CPCC, teniendo vigencia también el indicador particular en tema de alimentos que propicia que no se cargue al alimentista para no disminuir la cuota que recibe, siempre que sea razonable la actitud asumida en el proceso particular (CNCiv, Sala A, 30.10.86, R.21.852, citado en p. 416 Régimen jurídico de los alimentos, Gustavo Bossert).

f) Conforme lo desarrollado precedentemente, deberá hacerse lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada, modificando el porcentaje fijado en concepto de cuota alimentaria, según lo expresado supra y rechazando los demás planteos formulados.

Las costas de esta instancia corresponde se impongan a cargo del alimentante por aplicación de las mismas consideraciones vertidas al confirmar la imposición en primera instancia.

Atento la forma en que se resuelve procede dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas por la magistrada, debiéndose adecuar y regular los honorarios profesionales de conformidad a lo dispuesto por el art. 26 de la ley arancelaria y lo que surge de este pronunciamiento.

IV.- Por último, hágase saber al Juzgado de origen que en los presentes actuados obran cargos sin suscribir por el Sr. Secretario, fs. 103 vta., 109 vta., 128 vta., 150, 151, 154, 279 vta., 283, 287, 292, 299 y 344 vta. Atento el tipo de trámite y el estado de la causa, suscribanse los mismos, exhortando a los funcionarios correspondientes a poner la debida atención en ello.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, y en consecuencia, modificar la sentencia apelada fijando la cuota alimentaria en el 30% de los haberes que el demandado perciba por todo concepto como dependiente del C.P.E.

II.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas en primera instancia, debiendo en el origen readecuarse al resultado del nuevo pronunciamiento.

III.- Imponer las costas de esta instancia al demandado conforme lo considerado.

IV.- Diferir la regulación de honorarios de esta Alzada para el momento procesal oportuno (art. 15 LA).

V.- Exhortar a los funcionarios que corresponda a poner la debida atención en la suscripción de los cargos en los escritos y actuaciones pertinentes.

VI.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.



Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo Furlotti

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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