

REVISTA DE **DOCTRINA JUDICIAL**

.....

DIRECTORES

ALEJANDRO BORDA
JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID
EDUARDO ZANNONI

SUBDIRECTOR

FULVIO G. SANTARELLI

.....

AÑO XXX • NÚMERO 25 • 18 JUNIO 2014

LA LEY

**Criterios uniformes para el envío
de colaboraciones**

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 1514-3376

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: N° 5074177

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DOCTRINA

La presencia de las Partes en las Audiencias de Mediación ¿Capricho o necesidad del Proceso? Por Graciela Mabel Testa	1
---	---

NOTA A FALLO

¿Las armas impropias agravan el delito de robo? Por Marta E. Nercellas	5
Empleo público temporal Por Gustavo J. Gallo	28

ÚLTIMA INSTANCIA

Prescripción. Acción penal. Secuela del juicio. Alcance. Arbitrariedad en la interpretación del Art. 67 del Cód. Penal en su anterior redacción (CS)	33
Acto administrativo. Impugnación del acto. Cuestión no tratada en las instancias previas a la Corte Suprema. Requisito de admisibilidad de la acción contencioso administrativa. Ley 19.549. Aplicabilidad al ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad (CS)	37
Intereses. Depósito en moneda extranjera. Doctrina de la Corte Suprema (CS)	40
Contrato de trabajo. Contratos especiales. Trabajo de mujeres. Maternidad. Despido durante el período de prueba. Indemnización agravada (TS Córdoba)	41
Contrato de trabajo. Remuneración. Adicional otorgado y suprimido por convención colectiva. Prescripción de parte del reclamo. Insuficiencia recursiva (SC Buenos Aires)	43

Delegado gremial. Extinción del contrato de trabajo. Procedencia de la indemnización. Ausencia de requisitos. Art. 52 de la Ley 23.551 (SC Buenos Aires) 48

Daños y perjuicios. Responsabilidad del Estado. Desapoderamiento. Rechazo del daño moral (ST Jujuy) 54

JURISPRUDENCIA

CONCURSO PREVENTIVO

Reconocimiento de deuda. Ineficacia. Alteración de la situación de los acreedores (CNCom.) 79

CONTRABANDO

Procesamiento y los elementos de convicción penal en el delito de contrabando de mercaderías (CNPenal Económico) 76

CONTRATO DE TRABAJO

Extinción. Despido indirecto. Modificación de las funciones y categoría laboral. Ejercicio abusivo del *ius variandi*. Cambio de calificación profesional del dependiente. Silencio del trabajador. Irrenunciabilidad de derechos. Daño moral. Procedencia. Contratación y subcontratación. Trabajo en una empresa prestadora de servicios de salud. Inexistencia de relación entre el empleador y la obra social. Solidaridad. Improcedencia (CNTrab.) 61

Extinción. Muerte del trabajador. Improcedencia de la indemnización del art. 2 de la ley 25.323. Pago a cuenta (CNTrab.) 64

DAÑOS Y PERJUICIOS

Responsabilidad médica por incumplimiento del deber de información. Cicatrices posteriores a una cirugía estética. Responsabilidad de la clínica. Indemnización. Procedencia de la acción (CNCiv.) 86

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Legitimación activa de una Asociación de Consumidores para reclamar la restitución de gastos de gestión cobrados en tarjetas de crédito. Prescripción. Procedencia de la acción (CNCom.) 80

DELITO

Financiamiento del terrorismo. Elemento subjetivo (CNFed. Crim. y Correc.) 70

EMPLEO PÚBLICO

Personal contratado por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Renovación sucesiva por 23 años. Ausencia de revisión de la doctrina de la Corte Suprema en la materia (CS). *Con nota de Gustavo J. Gallo* 28

FALSO TESTIMONIO

Falso testimonio brindado en causa correccional (CNCrim. y Correc.) 73

INTERNET

Blogs con contenido referente a una empresa. Bloqueo de los resultados de un motor de búsqueda por los que se accede a los sitios. Imprudencia. Actuación de terceros (CNFed. Civ. y Com.) 67

PATRIA POTESTAD

Contenido. Derecho de visita de los abuelos. Suspensión de la vinculación con la abuela. Interés superior del niño (CNCiv.) 83

RECURSO DE CASACIÓN

Concesión del recurso. Requisitos formales. Sentencia definitiva que pone fin a la tramitación del proceso (CNCrim. y Correc.) 77

ROBO

Tipicidad. Fuerza en las cosas. Apertura de la persiana metálica de la puerta de ingreso a un local comercial (CNCrim. y Correc.) 78

ROBO. TENTATIVA

Tentativa. Uso de botella para concretar el desapoderamiento. Elemento que no puede ser considerado un arma. Disidencia parcial (TOral Crim. Nro. 4). *Con nota de Marta E. Nercellas* 5

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 95

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños, por Graciela Medina, Ignacio González Magaña y Gabriela Yuba. Comentado por **Andrés Gitter** 97

► **CONTENIDOS EXCLUSIVOS ONLINE** V

CONTENIDOS EXCLUSIVOS ONLINE

www.laleyonline.com.ar | DOCTRINA JUDICIAL ON LINE

Doctrina

Competencia basal en materia cautelar
Por **Enrique Toribio Sosa**

Jurisprudencia

ALIMENTOS • Aumento de la cuota por alimentos. Desproporción. Tasa de interés. Doctrina legal.
Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - P., A. A. c. Z., E. A. s/ incidente de aumento de cuota alimentaria y beneficio de litigar sin gastos - 2013-11-27.

DAÑOS Y PERJUICIOS • Accidente de tránsito. Indemnización. Valuación del daño. Gastos médicos. Intereses. Tasa aplicable. Obligatoriedad de los plenarios.
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I - C., G. J. c. P., E. S. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte) - 2013-11-28.

CONTRATO DE TRABAJO • Despido de un trabajador de una empresa de turismo. Falta o disminución de trabajo. Responsabilidad solidaria laboral. Conjunto económico. Línea aérea. Indemnización y multas. Constitucionalidad del art. 3 del Decreto 146/01. Responsabilidad del director de la sociedad anónima empleadora. Procedencia parcial de la acción. Disidencia parcial.
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I - Rovezzi, Natalia Vanesa y otro c. Marsans Internacional Argentina SA y otros s/ despido - 2013-11-29.

Legislación

NACIONAL

RESOLUCIÓN 620/2014 (D.G.N.) • Ministerio Público -- Ética de la función pública -- Régimen de Presentación de Declaraciones Juradas Patrimoniales Integrales -- Derogación de la res. 1120/2006 (D.G.N.).

RESOLUCIÓN GENERAL 3627/2014 (A.F.I.P.) • Aduana -- Digitalización de los Manifiestos Originales -- Presentación sistémica de los Manifiestos de Carga de Importación y de Desconsolidación -- Legajo Electrónico del Viaje del Medio de Transporte Vía Acuática -- Objeto -- Procedimientos.

La presencia de las Partes en las Audiencias de Mediación ¿Capricho o necesidad del Proceso?

POR GRACIELA MABEL TESTA

Sumario

No son pocas las veces que, convocadas las partes al proceso de mediación, ellas o sus letrados, preguntan al mediador acerca de la necesidad de estar presentes en todas las audiencias. Como en mediación, la parte más importante del proceso para un mediador consiste en escuchar a quienes se convoca, y no dar por sentado ningún conocimiento, ni presupuesto, es evidente que necesitamos reflexionar acerca de la necesidad de la presencia física de las partes en el proceso, para facilitar la dinámica de las audiencias, pues quien entiende el porqué de la convocatoria, trabaja de una manera distinta a quien sólo se siente obligado a asistir.

Desarrollo

El conflicto es una parte inherente de la condición humana (1) (por lo menos por ahora). La conflictividad está presente en todas las sociedades, y desde que el hombre ha comenzado a agruparse, aún en las primeras etapas de la civilización, el derecho ha buscado controlar esa conflictividad, para asegurar la paz social.

La mediación, busca la resolución o reconducción de los conflictos, pero no lo hace de una manera ingenua. Al decir de Rubén Calcaterra (2), la mediación es “un proceso político, porque se ocupa del poder y tiene una ideología”, por lo tanto, debemos suponer que, tanto las disposiciones, como sus principios, responden a este enunciado “político”, y tienen un fundamento ideológico que las sostienen.

Una de las tantas críticas que se han dado desde la implementación de la Mediación en nuestro País, y que todavía subsiste, es declarar que, si la mediación es “voluntaria”, es un contrasentido establecer la obligatoriedad de su asistencia personal a las partes.

Así, la ley 13.951 de Mediación Previa Obligatoria la Provincia de Buenos Aires, es muy clara, en su art. 15 cuando establece que: “Será obligatoria la comparecencia personal de las partes y la interacción del Mediador. *A las sesiones deberán concurrir las partes personalmente* y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las personas físicas domiciliadas a más de ciento cincuenta kilómetros de la ciudad asiento de la Mediación, que podrán asistir por medio de apoderado, con facultades suficientes para mediar y/o transigir” (resaltado propio).

Las demás leyes sobre mediación que se han dictado en Argentina guardan el mismo principio.

Siguiendo entonces el pensamiento del Dr. Calcaterra, es lícito pensar que esta disposición, que obliga a las partes a concurrir en forma personal a las audiencias, tiene su razón de ser y su justificación, no sólo por el desarrollo mismo de las mediaciones, sino porque busca lograr un objetivo en las partes, que no sería posible lograr sin este requerimiento.

Ante todo debemos comenzar preguntándonos: ¿para quién es el proceso de mediación?, la respuesta es, en principio, que el mismo está pensado y diseñado para las partes, y de manera subsidiaria para la sociedad.

Esto es así porque todo conflicto, por menor que pueda parecernos, y podamos llegar a creer que sólo involucra a requirente/requerido, nunca queda aislado. Las personas vivimos en sociedad, por lo tanto, la manera en que resolvamos nuestros conflictos, marcará el tipo de sociedad en la que vivimos.

(1) NORIEGA CURTIS, A. 2007. “El papel de las Naciones Unidas en la crisis humanitaria de Darfur, Sudán”. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/noriega_c_ay/capitulo1.pdf.

(2) CALCATERRA, R. 2006. “Mediación Estratégica”. Gedisa. Pág. 34.

Dice el Dr. Calcaterra (3) en el libro citado *ut supra*: “el proceso comunica a las partes una suerte de competencia social, en el sentido de capacidad para resolver problemas futuros, basada en la limitación de la inclinación a delegar responsabilidades en la toma de decisiones y el hacerse cargo de ellas”.

Fue dicho ya por la jurisprudencia que: “La obligatoriedad de concurrir a las audiencias que cite el mediador se relaciona con el sentido mismo del régimen. Supone que podrán comprometer la conveniencia de buscar de común acuerdo una salida mutuamente satisfactoria al problema que las distancia; de allí que la ley 24.573 (Adla, LV-E, 5894) disponga que las partes deben concurrir personalmente. (...)”. CNFed. Civil y Com., Sala II, 14/12/1999.

Tan importante resulta la presencia física de las partes en la mediación, que a modo de persuasión, la ley ha establecido una multa ante los casos de incomparecencia. Ello fue rescatado ya en fallos judiciales. Así en el expediente “Partucci, Beatriz Amanda c. Fuertes Pérez, Inocencio s/ Daños y Perjuicios” de la Cámara Civil y Comercial de Dolores, los jueces han dicho que: “Las partes deben concurrir a las audiencias personalmente y con patrocinio letrado. Ante la incomparecencia injustificada se deberá abonar una multa (...)”.

Precisemos pues, porqué resulta fundamental la actuación personal de las partes en las audiencias. Para ellos utilizaremos una metáfora que ya ha sido utilizada con anterioridad para hablar de mediación (4), que es comparar a la mediación con la práctica médica.

Pensemos en alguien que no se encuentra bien de salud y que puede saber o no saber qué le pasa, pero que necesita ir al médico para que le hagan, primero un diagnóstico y luego, eventualmente un tratamiento.

Cuando un paciente llega en esas circunstancias a ver al médico, lo primero que hace éste es escucharlo, preguntarle acerca de sus síntomas e indagar respecto de cuáles fueron los últimos

acontecimientos en su vida (qué comió, dónde estuvo, si le pasó algo, etc.), y cuáles son los antecedentes personales y familiares.

Luego de escucharlo, y hacer una evaluación primaria, el médico puede o no pedir análisis para confirmar o descartar hipótesis de trabajo.

Finalmente, según el caso, el médico le dirá al paciente qué es lo que tiene, y según la corriente moderna de formación médica, avalada por un sustento legal, le informará a su paciente respecto de los distintos tratamientos que haya para aliviar su situación, informándolo, sugiriendo según su criterio cuál es el mejor tratamiento para él, pero mediante lo que hoy se ha dado en llamar “consentimiento informado”. Es decir, quien finalmente decidirá hacer o no hacer tal o cuál tratamiento será el propio interesado.

Esta consulta y participación que tiene el paciente, tiene un límite natural, y es que se da en una primera instancia, previa al tratamiento. Ya que sería insostenible utilizar este método en medio de una operación a corazón abierto. Ahí, en la mesa de operaciones, la voluntad del paciente queda suplantada por la del médico que decidirá qué hacer en el caso concreto.

Así, lo mismo ocurre durante el proceso de mediación.

Efectivamente, cuando la parte (requirente) concurre a su abogado, éste presenta el requerimiento ante la Receptoría General de Expediente, poniendo en marcha el proceso de mediación.

Una vez que ambas partes son notificadas de la primera audiencia, ésta comienza, y con ella comienza la etapa exploratoria, es decir, la etapa “clínica” del conflicto.

Las partes traen primeramente a la mesa de mediación los síntomas —posiciones (5)—, manifestando aquello que les molesta, que les duele, aquello que necesitan cambiar para sentirse bien.

(3) CALCATERRA, R. Ob. Cit. Pág. 48.

(4) BUSH, B. R. A. - FOLGER, J. P. 2006. “La promesa de la Mediación”. Gránica. Pág. 16.

(5) Las posiciones son “el modo instrumental en que un sujeto concibe que van a ser satisfechos sus intereses. Es la opción que el sujeto visualiza para ello”. ARÉCHAGA, P. - BRANDONI, F. - FINKELSTEIN, A. 2004. “Acerca de la clínica de Mediación”. Librería Histórica. Pág. 39.

En medicina, cuando el problema es encarado en forma temprana, lo que se logra es evitar un tratamiento complicado, que muchas veces puede poner en riesgo la integridad física del paciente.

Si bien en mediación la situación es menos dramática, porque normalmente no está en juego la vida de las partes, es igualmente cierto que, cuando el conflicto es detectado en forma temprana, no sólo logramos que no escale (6), sino que evitaremos además, tratamientos complicados (juicio), y reduciremos tiempos y costos para lograr la obtención del bienestar de las partes.

Por lo expuesto, tanto en lo que hace a la clínica médica, como en lo que respecta a la mediación, lo primero que hay que hacer es ESCUCHAR A LA GENTE, con profundidad, explorando a conciencia los síntomas que nos manifiestan, para lograr luego un buen diagnóstico.

En esta etapa PRE-JUDICIAL, es la parte quien decidirá respecto del tratamiento que quiere seguir para aliviar su situación, por eso su presencia no puede ser suplida por otra persona. Recién en el supuesto en que para un caso determinado, la única solución viable sea la cirugía (juicio), recién ahí, la parte firmará el consentimiento informado (poder para actuar en juicio). Una vez dentro del quirófano (juzgado), en raras ocasiones el paciente/cliente, puede expresarse, ya que para lograr éxito en esas circunstancias, sólo debe actuar el médico/abogado (y jueces).

A veces la etapa clínica puede ser más o menos extensa, dependiendo de si el problema fue detectado a tiempo, o surge de un problema excepcional que requiere una actuación rápida; pero siempre es imprescindible un primer análisis clínico, no sólo para no errar en el diagnóstico, sino para elegir mejor qué procedimiento aplicar al caso.

Se podrá decir que a veces, un paciente no puede ser escuchado, porque la urgencia del caso hace que pase directamente de la sala de emergencias al quirófano, pero justamente esos son los casos en que la propia ley ha decidido

dejar excluidos de la mediación. En todos los demás casos, la experiencia clínica nos demuestra que, cuando la voz del paciente es escuchada, los resultados a corto, mediano y largo plazo son mejores.

El rol del abogado en la mediación, ya lo hemos señalado anteriormente (7), es aconsejar y acompañar a su cliente durante todo el proceso, pero no debería en su anhelo, desoír o tapan la voz y decisión de su cliente, más allá de que pueda no compartir sus decisiones. Él no puede (o no debe) replantar la voluntad de la parte.

Por otro lado, la presencia del abogado junto a su cliente, legitima y transparenta su rol, afianzando el vínculo entre ambos.

Hemos dicho que la presencia personal de las partes en fundamental, pero también es cierto que lo mismo puede decirse de la presencia de los abogados.

No debemos olvidar que, pese a estar en una etapa PRE-JUDICIAL, los asuntos que se ventilan en las audiencias, son asuntos de contenido legal, donde se juegan derechos y obligaciones. Y quienes se han preparado para entender, manejar y defender estos temas son justamente los abogados.

Así, quienes necesitan ser escuchados en una audiencia de mediación, es la parte (requerente y requerido por igual manera), pero quien dará el fundamento jurídico a ese relato será su propio abogado, ya que la tarea del mediador es otra. (8)

El poder acompañar a su cliente en esta instancia, fortalecerá sin lugar a dudas, el vínculo entre ambos, cimentando la confianza personal y laboral.

Sería ingenuo desconocer que, la imagen social de quienes ejercer la profesión de abogados, no cuenta en general con la confianza de la sociedad, sospechados muchas veces de perseguir agendas propias por sobre los intereses de sus mandantes. Lamentablemente, el proceder inescrupuloso de unos pocos colegas, ha tenido

(6) Escalada: "Movimiento hacia niveles de mayor intensidad de la conducta conflictiva de cualquiera de los actores". ENTELMAN, R. 2002. "Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma". Gedisa. Pág. 177.

(7) TESTA, G. 2013. "Mediación, una mirada, una forma de trabajar con el conflicto". LLBA 2013 (febrero), pág. 15

(8) TESTA, Graciela. Ob. Cit.

y tiene el poder de empañar la tarea honesta de la gran mayoría de abogados. La posibilidad de trabajar en forma conjunta, transparentará, posicionará y empoderará (9) mejor a los letrados.

Así, luego de haber transitado juntos esta etapa PRE-JUDICIAL de la mediación, la parte habrá obtenido, o bien un acuerdo consensuado y consentido por sí misma (con el aval y consejo de su abogado), o tendrá seguramente un panorama más claro de su problemática, y tendrá más seguridad respecto del camino que

(9) Empowerment: "herramienta que en la mediación se utiliza para que las partes fortalezcan su propia conciencia de lo que pueden y son capaces". DIEZ, F. - TAPIA, G. 1999. Paidós. Mediación 9. Pág. 53.

deberá transitar para lograr la satisfacción de sus intereses.

Tal y como está pensada y planificada la etapa pre-judicial de la mediación, no podemos quitar ningún elemento de la ecuación (partes - abogado - mediador), porque la propia naturaleza jurídica del Instituto hace insustituible la presencia de todos los actores del proceso.

Así como no hay práctica médica y diagnóstico sin paciente, de la misma forma podemos concluir que no hay mediación sin partes, por lo que no resulta un capricho procesal establecido por el legislador, ni una exigencia desmedida de los mediadores, sino que es un requisito fundamental para que el proceso pueda desarrollarse correctamente. ♦

ROBO. TENTATIVA

Tentativa. Uso de botella para concretar el desapoderamiento. Elemento que no puede ser considerado un arma. Disidencia parcial.

Hechos: El Tribunal Oral, por mayoría, condenó a la pena de prisión a quien ingresó a una verdulería e intentó apoderarse de la recaudación, luego de tomar del cuello a su dueña y apoyarle una botella sobre su espalda, por considerarlo autor del delito de robo simple en grado de tentativa.

1. — La utilización de una botella para intentar concretar el desapoderamiento no puede ser subsumida en el tipo de “robo con armas”, pues la consideración acerca de que dicho objeto puede tener la misma potencialidad ofensiva que un arma y, por lo tanto, debe ser tratado como tal, excede los alcances de una interpretación extensiva para ubicarse en el plano de la interpretación analógica *in malam partem*,

que se encuentra vedada de acuerdo al principio de legalidad. [1]

2. — El delito de robo con armas no puede considerarse configurado, pues la botella que el encartado utilizó para perpetrar el desapoderamiento no fue utilizada como arma impropia, en tanto no se vislumbra que la víctima corriera mayor riesgo a su integridad física que el que se deriva de cualquier otra forma de violencia en las personas (del voto del Dr. Chamot).
3. — Encuadra en el art. 166, inc. 2, del Cód. Penal la utilización de palos de madera, piedras, botella y otros elementos contundentes utilizados para agredir físicamente a la víctima y desapoderarla del objeto de valor, por cuanto ellos aumentan el poder ofensivo del atacante (del voto en disidencia parcial del Dr. Báez).

TOral Crim. Nro. 4, 27/11/2013. - P., N. L. s/ robo agravado.

[Cita on line: AR/JUR/79195/2013]

¿Las armas impropias agravan el delito de robo?

POR MARTA E. NERCELLAS

Sumario: I. Hechos. — II. Temas en debate. — III. Análisis. — IV. Concluyendo.

I. Hechos

El 10/7/2012 el imputado ingresó a un comercio e intentó apoderarse mediante violencia de una suma de dinero. Para lograrlo tomó a la víctima del cuello y del cabello, *le apoyó una botella sobre su espalda* tomando el dinero de la recaudación.

Quien sufría la agresión, al advertir que lo que el sujeto apoyaba sobre su espalda era una botella, comenzó a forcejear con el agresor quien, a estar a su relato, intentó entonces romperla mientras le decía: “Si gritas te voy a cortar”. No logró su propósito, por lo que le arrebató el dinero e intentó escapar, siendo perseguido por la pareja de la damnificada al que se sumó un agente de consigna, varios transeúntes indicaron que se había escondido debajo de un auto, por lo que lograron allí su aprehensión y el comienzo del procedimiento.

Las diferencias de relato que obran detallados en la sentencia no serán motivo de análisis aunque una lectura atenta de los mismos pone en crisis la reconstrucción conceptual del hecho ilícito que la sentencia que comentamos valoró.

Lo cierto es que la botella —objeto sobre el que versará gran parte del debate— fue secuestrada en el local asaltado sin que pueda definirse de dónde la había tomado el agresor, ni qué hizo exactamente con ella; la supuesta acción de intentar romperla, no dejó rastros ni sobre su vidrio ni en el mostrador donde dicen que la golpeó. Al valorar esa conducta la acusación pretendió que —reitero pese a no encontrarse acreditada más que por el relato de la víctima— lo fue *para aumentar su poder lesivo* y sobre esa hipótesis giró la posibilidad de definir la acción como: “*robo agravado por el uso de arma*”.

En el debate también se especuló acerca de si lo realizado por Petrucelli debía calificarse como *un robo consumado o tentado* pues, aunque por algunos instantes se perdió de vista al imputado, entre la persecución y la detención no hubo intervalos que permitan asegurar con el grado de certeza que una sentencia condenatoria requiere, que la esfera de custodia haya sido efectivamente rota; pese a ello no se recuperó el dinero supues-



JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] El **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba**, sala penal, en la causa “López, José Augusto” -18/03/2009, La Ley Online- ha dicho que para que el instrumento se convierta en arma impropia -en el caso, se habían utilizado piedras y botellas-, a los fines de la agravación del delito de robo, si bien se exige objetivamente que posea cierta capacidad ofensiva, en definitiva es la voluntad del sujeto que la utiliza, como medio violento, lo que lo convierte en arma al cambiarle su destino y, la sola violencia desplegada con ellas, esto es, el efectivo acometimiento contra la víctima a los fines de vencer su resistencia al desapoderamiento, es suficiente para hacer aplicable la forma agravada del art. 166 inc. 2º, primer supuesto, aun cuando aquella vis no se hubiera traducido en la concreta causación de un daño en la salud, siquiera de carácter leve.

Buenos Aires, noviembre 27 de 2013.

La doctora *Bloch* dijo:

I. Que tengo por acreditado, mediante la prueba producida durante el debate, que el día 10 de julio de

tamente apoderado, lo que fundó la discusión que pretendía determinar si esa “desaparición” obligaba concluir que tuvo “poder de disposición” sobre el mismo, aún cuando fuera para deshacerse de él sin ser observado.

La discusión no es un mero devaneo dogmático ya que, como la anteriormente expuesta, iba a tener una clara consecuencia en el monto de la pena que en definitiva se le impondría al imputado.

Se solicitaba también en el alegato acusatorio que fuera declarado *reincidente*. Este pedido fue contestado por la defensa pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de dicho instituto.

La defensa no discutió ni la materialidad ni la autoría sino que centró su debate en la calificación y el grado de perfección del hecho ilícito. Afirmó que se desconoce de dónde sacó la botella y que tampoco se acreditó que efectivamente quiso romperla. En cambio reconoció que del relato de la víctima surge que cuando ésta advirtió que se trataba de una botella el objeto con la que la pretendían amedrentar, comenzó su resistencia, agregando que, o no robó nada y el dinero quedó en la bandeja o no lo buscaron en el lugar de la detención, motivo por el cual entendía que el hecho había quedado en grado de tentativa. Insistiendo

2012, entre las 19 y las 20 h y en el interior de la verdulería propiedad de R. M. T. y A. L. Z. (ubicada en ... de esta ciudad), N. P. intentó apoderarse —mediante el uso de violencia— de dinero en efectivo —cuanto menos 120 pesos—, producto de la recaudación del comercio mencionado.

A fin de llevar a cabo la conducta descripta, P. se acercó por detrás de la señora L. Z., aprovechando que se encontraba sola, y mientras la tomaba del cuello y del cabello, le apoyó una botella sobre su espalda, logrando sustraer por lo menos \$120 de la recaudación que se encontraban en una bandeja. Cuando L. Z. advirtió que el objeto apoyado se trataba de una botella, comenzó a forcejear con el imputado, mientras éste intentaba romper el envase mencionado y le refería “si gritás te voy a cortar”. Ante esta situación, la damnificada comenzó a gritar, alertando a su pareja —el señor M. T.— quien se encontraba en la parte trasera del comercio. Luego de observar los últimos momentos del forcejeo, M. sorprendió a P., quien entonces golpeó con su codo a L. Z. a la altura del mentón y logró escapar. M. comenzó a correr al aquí imputado junto con el hijo de su pareja; en el trayecto de la persecución, el agente A. B., que se encontraba

que los antecedentes no pueden computarse como agravantes mediante la declaración de reincidencia porque se estaría violando el principio constitucional de *ne bis in idem* por lo que solicitó la inconstitucionalidad del art. 50, CPen.

II. Temas en debate

1) El inc. 2º, art. 166, cuando describe: “*Si el robo se cometiere con armas...*” ¿comprende en esta calificación a las armas “impropias”? y en caso afirmativo ¿cuáles objetos deben calificarse de esa manera?

2) ¿La persecución inmediata obstaculiza la consumación, aun cuando por breves momentos el autor que se fuga no haya sido visualizado por las personas que lo persiguen? ¿El robo debe considerarse consumado cuando no puede recuperarse en todo o en parte lo que hubiera sido sustraído?

3) ¿Son constitucionales los arts. 12, 14 y 50, CPen.?

III. Análisis

1) Las opiniones de los Jueces que integraron el tribunal que debió juzgar las conductas fue-

de consigna en el lugar, se unió a la carrera. Por unos breves instantes —mientras dieron vuelta a la cuadra—, perdieron de vista al acusado, quien se encontraba escondido debajo de un rodado —estacionado a metros de la intersección de las calles Balbastro y Albarracín—; luego de que transeúntes señalaran el escondite, M. dio con el aquí imputado y logró finalmente retenerlo. Por último, concurrió en apoyo a dicho lugar, el sargento A. Ch. de Gendarmería Nacional, quien formalizó la detención del imputado y el secuestro de la botella utilizada por P. El dinero en cuestión no pudo ser hallado.

II. Que invitado durante la audiencia a prestar su declaración indagatoria, P. se negó a hacerlo, tal como también lo hizo en la instrucción (fs. 39/40).

III. Que durante el debate se escucharon los testimonios de J. M. T., A. L. Z., del Agente de la P.F.A. A. B. y del Sargento de la Gendarmería Nacional A. Ch.

J. M. T., por pedido del Sr. Fiscal Gral., comenzó relatando el hecho. Manifestó que el día de los sucesos se encontraba en su verdulería trabajando con su pareja, la Sra. A. L. Z. Que, alrededor de las 18 h,

mientras se hallaba en la parte trasera del local —acomodando unos cajones— y su pareja en la parte de atención al público, escuchó que ésta lo llamó “a los gritos”, razón por la cual se dirigió hacia donde estaba la mujer y observó que forcejeaba con un hombre que nunca había visto. Que se abalanzó hacia ellos y quiso atrapar a este hombre, pero no lo logró porque salió corriendo. Que, sin preguntar nada a su pareja, comenzó a perseguir a esta persona. Que a unas dos o tres cuadras se sumó a la persecución un policía, y que luego hizo lo mismo su hijo mayor (aclaró que corrían detrás). Que en un determinado momento, lo perdieron de vista y comenzaron a preguntar a los transeúntes si habían visto a un hombre corriendo; es así como le indicaron que se había escondido debajo de un automóvil, señalándolo. Que se dirigió hacia ese automóvil, observó al hombre y logró detenerlo. Aclaró que quiso zafarse y que le pedía que lo dejara ir, pero que no lo soltó.

Continuó relatando que, inmediatamente, se constituyó en el lugar, el policía que lo acompañaba en la persecución y la Sra. L. Z., quien le contó con detalle lo que había sucedido: que ese hombre entró al local, la sujetó por su espalda y la “acorraló” con su mano,

ron disimiles al contestar el primer interrogante propuesto.

En sus respectivos votos tanto el Dr. Chamot cuanto el Dr. Báez, coinciden en aceptar que las denominadas “armas impropias” agravan el robo. (1)

El Dr. Chamot afirma en relación a ellas y para concluir que integran el contenido de la agravante, que: *“...sin haber sido expresamente concebidos con la finalidad de agredir o defender —por ejemplo, puñales, estiletos, manoplas, etc.—, pero creando para la víctima un riesgo en su vida o salud similar al que provocan las armas propias”* no puede dejar de considerárselas tal y como si se tratara de armas, pues entiende que nos debemos alejarnos del mero concepto ontológico cuando su utilización en el caso concreto generan esos peligros; concluye en definitiva que si el objeto utilizado para amedrentar en un robo le otorga al autor un mayor poder ofensivo o defensivo debe ser considerado arma y calificar el delito perpetrado o intentado.

(1) Modifico para facilitar la explicación el orden de la votación ya que el voto que encabezó el acuerdo fue el de la Dra. Bloch.

El Dr. Báez adhiere a la opinión antecedente que entiende dominante y pacífica considerando incluidas a las armas impropias en la agravante del robo subrayando que: *“...al cincelarse el concepto normativo de arma se ha acudido a un criterio laxo —incluso hasta con cierta disociación del alcance semántico que le asigna el Diccionario de la Lengua—...”* No nos explica cómo se supera en este caso, en el examen de convencionalidad, la exigencia de ley estricta. Discrepan en cambio en las consideraciones realizadas por el voto precedente en relación al caso concreto.

Para el Dr. Chamot: *“...el enjuiciado no trató de agredir a la damnificada golpeándola directamente con el elemento que tenía en su poder; y si su finalidad era verdaderamente la de hacerse de un elemento cortante lo cierto es que no lo logró, por lo que sería robo con “tentativa de utilizar un arma”, lo que por supuesto no encuadra en la figura del art. 166, primer párrafo del inc. 2° del Código Penal.”* Entendiendo en consecuencia que el robo que se valoraba debía ser considerado simple, es decir sin calificar.

El Dr. Báez por el contrario afirma que: *“...el artefacto ha tenido un protagonismo principal en el episodio perquirido. Creo que si bien ha sido*

tomándola del cuello, que sintió que le habían apoyado en su espalda algo parecido a un arma y le refirió que le diera “algo”; que se había quedado “congelada” y luego gritó pidiendo ayuda. Aclaró que la mujer le refirió que mientras era sujeta por el atacante, éste intentó romper la botella “seguramente para usarla para pedirle el dinero”, pero que como no lo logró, la tiró al suelo, soltó a su pareja y en ese momento tomó el dinero que tenía en el bolsillo de su delantal y se dio a la fuga.

Consultado por el Sr. Fiscal Gral., contestó que el atacante tomó a su mujer de la espalda y de los pelos. Que calculaba que el dinero que se llevó era unos 600 ó 700 pesos, que era lo que más o menos se recauda por la tarde; que él le preguntó al hombre dónde estaba el dinero, pero que no sabía; que volvió al local y allí observó la botella, la que entregó a un efectivo de Gendarmería Nacional; señaló que recordaba que era una botella transparente y gruesa y por ello no se habría roto.

Ante la pregunta del Sr. Fiscal Gral., volvió a remarcar que no recuperó nada del dinero sustraído.

una circunstancia azarosa la que ha impedido que el adminículo no se resquebrajara —para actuar como verdadero pico de botella— dicho extremo periférico y ajeno a los designios criminales de su autor, en nada enerva el concepto de arma impropia que vengo ornamentando y que se une de manera simbiótica a las previsiones del art. 166, inc. 2° del Código Penal.” Propicia en minoría, que el hecho sea calificado como robo agravado por el uso de arma.

Las circunstancias “azarosas”, esas que siendo extrañas a la voluntad del autor del hecho modifican el resultado del quehacer delictivo y el daño social que el delito causa, no son indiferentes en las definiciones legales y las interpretaciones pretorianas no deberían en consecuencia alejarse de ellas.

La intención habrá de nutrir el contenido del dolo del autor, sin ella éste carecerá de carnadura y si el quehacer sólo fue tipificado como doloso caerá en el campo de las conductas atípicas. Pero esa intención, aún en el supuesto que pudiéramos acreditarla con el grado de certeza que el quebrantamiento de la presunción de inocencia requiere, por sí sola no alcanza para que consideremos calificado o perpetrado un delito. Un hecho externo, como por ejemplo puede ser la

Interrogado por la Sra. Defensora, contestó que no recordaba quién fue la persona que le indicó que el atacante estaba debajo del auto; que había varias personas caminando, que él entonces comenzó a preguntar si habían visto a un hombre corriendo y que fue en ese momento que le señalaron que se encontraba debajo de un automóvil; que recordaba que había poca luz porque ya era casi el horario en el que cierran el local. Aclaró que estaba a unos 4 ó 5 metros del automóvil cuando observó al hombre y luego logró sujetarlo.

Por preguntas efectuadas por la Sra. Presidente, refirió que, en la persecución, detrás suyo corría un policía, su pareja y su hijo mayor y que en un momento del trayecto —precisamente cuando dio vuelta la calle— todos perdieron de vista al hombre, a tal punto que pensaron que podría haber ingresado a alguna casa. Que posteriormente la gente le indicó que estaba debajo de un vehículo y que logró detenerlo. Aclaró que no podía determinar cuánto tiempo ocurrió entre que lo perdió de vista y comenzó a preguntar a los transeúntes, pero que fue “cuestión de segundos”.

intervención de un tercero impide la consumación y obliga a que consideremos que estamos frente a una tentativa; el desvío de la bala que dirigimos a matar, impide que hablemos de homicidio porque no produjo el resultado que el tipo penal requiere, por eso no coincide con lo afirmado en este voto pues le da a los “designios criminales del autor” un contenido punitivo que excede el que le otorga la legislación.

La Dra. Ivana Bloch afirmó que: “...la utilización de una botella para intentar concretar el desapoderamiento no puede ser subsumida en el tipo de “robo con armas” sencillamente porque ese objeto no es un arma...”, agregando que “...el legislador quiso proteger mediante la agravante algo distinto que el poner en peligro la vida o la integridad física” (El destacado no obra en el original).

El Dr. Armando Chamot afirmó en cambio que participa: “...de la opinión tradicional de la doctrina argentina que incluye en el concepto de armas contenido en el art. 166 del Código Penal a las denominadas impropias”, pero que en el caso concreto “el autor se limitó a apoyarla en la espalda de la damnificada con el claro propósito de intimidarla haciéndole creer que se trataba del cañón de un arma...” pese a ello “no trató en ningún momento de servirse de ella como elemento contundente.” Es

Interrogado por la Dra. Blanco, manifestó que no podía recordar cómo era el automóvil en el que la persona que perseguía se había escondido, pero que sí sabía que era un automóvil particular, que estaba estacionado a unos 10 metros de la intersección (a la altura de la segunda casa luego de la esquina). Que en toda la persecución nunca cruzó la calle, que siempre sucedió en la misma vereda.

Aclaró —por consulta del Dr. Chamot— que no tenía ninguna duda de que la persona que encontró debajo del automóvil era la misma que estaba persiguiendo. Asimismo, señaló que buscó debajo del automóvil si se encontraba el dinero, pero que no lo halló; que había poca luz y además la policía le había dicho que fuera rápidamente a la comisaría a realizar la denuncia.

Consultado por la Dra. Bloch, hizo saber que entre la verdulería y el lugar donde detuvieron al hombre, habría una distancia de unas cuatro cuadras: tres las corrieron en la misma dirección hasta que doblaron a la derecha e hicieron una cuadra más.

Finalmente, ante la pregunta efectuada por el Sr. Fiscal Gral., aclaró que no recordaba si habían bus-

cado el dinero debajo del auto con una linterna, sólo memoró que la policía palpó al hombre que detuvieron y no le encontraron el dinero. Recordó, asimismo que realizó con el policía todo el recorrido sin lograr encontrar el dinero.

La Sra. A. L. Z. refirió que, el día del hecho se encontraba sola en la parte de atención al público de su comercio; que estaba acomodando en una bandeja los \$120 que le había pagado su último cliente cuando desde atrás un hombre la “agarró del cuello” y que le apoyó algo en su espalda, mientras le exigía que no gritara. Que entonces se quedó “paradita” y éste hombre, mientras comenzaba a golpear unas cuatro veces la botella que tenía, le decía: “si gritas te voy a cortar”; que no logró romper la botella; que al darse cuenta que aquello que le había apoyado no era un arma sino la botella, comenzó a forcejear con este sujeto, aprovechando que tenía ocupadas sus manos (una con la botella y otra tomándola fuertemente a ella), y que éste “le jalaba”. Que, por ello, llamó a los gritos a R. (su pareja), quien llegó rápido y quiso atrapar al hombre, pero no pudo; que entonces este sujeto la empujó y casi se cae; que inmediatamente su marido comenzó

decir que acepta que se trata de un robo simple no porque descalifique a las armas “impropias” para calificar el delito (como lo hace el voto de la Dra. Bloch) sino por la forma en la que ese objeto fue utilizado en el caso concreto.

El Dr. Julio Báez disiente con ambos y siguiendo la postura dogmática del Dr. Tozzini afirma que arma es: “...todo elemento que aumenta, de cualquier modo, el poder ofensivo del hombre...” comprende a “...todos los instrumentos fabricados por el mismo y destinados a herir o poner la vida en riesgo real y en el mismo momento de su empleo”. Considera a diferencia del voto que le precediera que: “El artefacto que fuera exhibido en la audiencia de debate, innegablemente, posee la calidad de arma blanca; mas allá de mi observación personal, según nos da cuenta la experticia de fs. 23, se trata de un elemento de holgado volumen y de una masa definida, aún cuando del mismo no se denote una actitud filo cortante”. Considera en consecuencia que la botella, conforme el rol protagónico que se le atribuye en el hecho, permite que en este caso concreto se entienda que ha sido arma con entidad para agravar el robo que evalúan.

Independientemente que por las transcripciones efectuadas en la sentencia —sin haber escuchado ni los testimonios ni leído las actas— parece asistir-

le razón a la señora defensora cuando genera dudas sobre la utilización de la botella para realizar el hecho ilícito por parte de su ahijado procesal, trataré de analizar las posturas que los señores Jueces desarrollaron con claridad y solvencia, aunque no puedo sino subrayar desde ahora que coincido con una de esas definiciones.

La prohibición constitucional de interpretar analógicamente in *malam partem* nos obliga a desentrañar —como bien lo afirma el voto que encabeza el acuerdo— la diferencia entre interpretación extensiva y analogía, aunque tengo para mí que muchas veces con ese supuesto permiso semántico se han encubierto verdaderos avances sobre el principio limitador de la punibilidad.

Desentrañar si el concepto “arma” debe definirse por la finalidad del objeto al ser fabricado o se puede variar la clasificación del mismo según cuál haya sido su uso en el hecho que se analiza, es sólo el primer obstáculo que deberemos sortear para no vulnerar aquella exigencia.

El caso en debate no gira sobre las características de un “arma de fuego”, pese a ello vale la pena subrayar la reforma introducida al Código Penal en abril del 2004 —ley 25.882— agregando al inc. 2º del art. 166: “...Si el arma utilizada fuera de fuego,

a correrlo. Señaló que le sacó el dinero de la bandejita, que no se había fijado el monto, pero que memoraba que allí se encontraba la recaudación de la tarde.

Consultada por el Dr. Marcelo Saint Jean, contestó que el atacante “le jalaba el bolsillo” delantero de su delantal y que le decía: “saca la plata”, pero que no logró sustraerle nada; que ella intentaba buscar algo en su bolsillo pero que no tenía nada. Reiteró que el hombre en cuestión la tomó del cuello y le tiró del pelo y que cuando el imputado pudo soltarse le dio a ella un codazo en la mandíbula.

Señaló que cuando su pareja comenzó con la persecución —junto con su hijo de 16 años— ella se había quedado sola en la verdulería hasta que llegó la policía. Aclaró que fue en ese momento que se secuestró la botella. Que se constituyó con la policía en el lugar donde había sido detenido el atacante —a unas dos cuadras del negocio—, a quien observó agachado con una campera e indicó que era la misma persona que le había robado.

Agregó que la botella era gruesa y al serle exhibida dijo creer que era esa.

Finalmente, ante una pregunta efectuada por la Dra. Blanco, hizo saber que con posterioridad al accionar del imputado había quedado un poco de dinero en la bandeja.

El Agente de la P.F.A., A. S. B. indicó que mientras estaba de consigna en la Avda. ... observó que una persona de sexo masculino corría perseguido por unos cuatro o cinco hombres. Uno de ellos le dijo que le habían robado; que se sumó a la persecución; que a unas pocas cuadras, pudo ver que habían reducido a “un muchacho”; que se dirigió hacia el lugar y cuando llegó, los separó y le pidió al denunciante que llamase al 911 para pedir apoyo.

Consultado por el Dr. Saint Jean, manifestó que el denunciante le informó que la persona que tenían reducida le había robado; que había entrado a su verdulería y que allí golpeó a su mujer, le sustrajo el dinero de la caja y salió corriendo. Aclaró que revisó debajo del vehículo con el objeto de encontrar el dinero, pero que no lo logró; que palpó a la persona que habían detenido para ver si tenía un arma y que lo único que encontró fueron sus documentos; que

la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión”, lo menciono porque esa modificación acota el contenido de la calificante que venimos refiriendo al excluir las armas de fuego de ella. Algunas interpretaciones previas a esa reforma legal entendía que el inc. 2º del art. 166, CPen., hacía referencia específicamente a ese tipo de armas, justificando en su potencialidad de poner en peligro otros bienes jurídicos, el importante aumento de la respuesta penal, pero ahora ese debate quedó superado.

Las “armas” calificadas como propias (2) son aquellos instrumentos contruidos específicamente para la defensa o el ataque. Es decir que ex ante puede conocerse cuáles se encuentran comprendidas dentro de esa categorización, ya

que la inclusión es por lo que ellas mismas son y no por la forma en la que el sujeto las utiliza (ex post).

Sin embargo este claro concepto aparece relativizado cuando se agrega que: hay armas en sentido técnico; pero también puede considerarse dentro de esa naturaleza a todo elemento del cual puede decirse que posee capacidad ofensiva (tesis objetiva); o a todo elemento utilizado por el autor con el fin de lograr para sí mayor poder ofensivo (tesis subjetiva); o considerar que es arma todo elemento (sin distinción) que sirve para aumentar el poder ofensivo del autor, como para generar un peligro para la integridad física o la vida del sujeto pasivo o para generar una repercusión psíquica en él, mediante su efecto atemorizante y paralizante.

Esta ampliación conceptual recibe el rótulo de “arma impropia” comprendiendo a aquella que, no teniendo inicialmente o por su naturaleza el destino específico que la definición requiere, es considerada como tal porque fue utilizada en forma que ha implicado un riesgo para su vida o integridad física de la víctima, o porque se la empleó en forma que aumentó el poder ofensivo, y hasta porque la víctima creyó que estaba siendo amenazada con un arma.

(2) Vale la pena detenernos y recordar que el legislador no calificó, habla de armas lo que ya permite tomar con precaución las distinciones que realice el intérprete recordándole que sólo debe desentrañar el sentido de la norma y no agregar contenido con el convencimiento que de esa forma respeta la finalidad del legislador.

no sabía si el personal que acudió en apoyo había buscado el dinero.

A consultas de la Dra. Bloch, contestó que la persona que le dio aviso sobre el robo y que se encontraba corriendo era el marido de la mujer que habían atacado y que de ello se enteró con posterioridad. Indicó que el denunciante se desplazaba a unos cincuenta metros delante de él y que cuando el grupo dobla en la esquina los pierde de vista; que cuando llega ya se encontraba el denunciante con “el muchacho” retenido. Aclaró que entre el momento en que los perdió de vista y el momento en que observó que retenían a un hombre, habrían pasado “unos segundos”; que lo tenían sujetado contra el piso.

Preguntado por la Dra. Blanco, hizo saber que no recordaba si la persona que detuvieron tenía alguna lesión o si había sido golpeada antes o después de ser aprehendida; que lo habían retenido unas tres o cuatro personas.

Por último, el Sargento de la Gendarmería Nacional, A. G. Ch. respondió, en primer término, preguntas

efectuadas por la Sra. Defensora Oficial. Aclaró que recordaba “muy poco” de lo que había sucedido, pero sí que se constituyó en el lugar porque tenían retenida a una persona que había robado una verdulería (esto último se lo cuenta el policía interviniente); que llegó desplazado por un llamado al 911, por solicitud de un policía que estaba en “la cercanía”. Indicó que no recordaba las características físicas de la persona que estaba retenida, ni que estuviera lesionado.

Consultado por el Sr. Fiscal Gral., respecto de si el denunciante le había contado cómo había sido el hecho, dijo que no recordaba; que solamente se acordaba de que era una persona de nacionalidad boliviana.

El Dr. Saint Jean le preguntó si recordaba si se había buscado algún efecto y contestó que no recordaba.

El Dr. Chamot le consultó si sabía lo que se había robado y contestó que creía que era dinero; que en el lugar de la detención no estaba el dinero y expuso que no se acordaba si se realizó una búsqueda en el trayecto donde transcurrió la persecución.

Es decir, se ha ido “amoldando” el contenido de este elemento normativo del tipo objetivo a cada caso concreto, sin importar si al hacerlo se incorporaba como agravante objetos que no eran técnicamente armas. *Lo que entiendo más peligroso para la seguridad jurídica y el respeto de las exigencias requeridas para que un Estado sea considerado Estado de Derecho, es que, con la pretensión de ser justos en la respuesta punitiva, se ha convertido al tipo penal en arcilla a modelar para adecuar la descripción típica a la voluntad de reproche de quien debe juzgar.*

El agresor pudo utilizar ese “objeto” de manera tal que le otorgue mayor capacidad ofensiva (3), pero eso no convierte a cualquier elemento en arma, que es lo que expresamente requiere la definición legal, si hubiera querido el Legislador agravar por esta circunstancia pudo decirlo así, pero no lo hizo.

Cuando las califican como “impropia” están reconociendo que no se encuentran frente a un “arma”, olvidando por añadidura que esto es

(3) Mayor capacidad ofensiva en abstracto pues, si lo hubiera utilizado y no sólo tenía esa potencialidad de agresión sino que efectivamente hubiera agredido, la agravante prevista en el primer inciso del art. 166, CPen., sería seguramente aplicable.

lo que exige la descripción legal; *equiparan en su interpretación —que en rigor constituye una creación pretoriana no prevista en la ley— el contenido del injusto definido, con otro no previsto legalmente pero que entienden es “semejante” según su criterio de justicia*, afirman que tiene el mismo contenido disvalioso que la descripción legalmente aceptada.

Poner en riesgo la vida, aumentar la potencialidad ofensiva del agresor, es calificado tal y como si fuera idéntico a utilizar un arma; es probable que tengan un similar e incluso mayor contenido disvalioso pero lo que resulta irrefutable es que el Legislador parece no haber opinado lo mismo, porque describió algo distinto a lo que en esa extensión interpretativa se pretende y, en atención a que sólo el Poder Legislativo puede acuñar tipos legales punitivos esas conductas están fuera de la agravante descripta.

Es un elemento normativo pero nos encontramos con la dificultad que no existe ninguna definición legal del concepto, no debemos olvidar sin embargo, que el principio *favor rei* obliga a interpretar en caso de duda en la forma que admita el menor contenido punitivo; esta obligación del intérprete no es producto de la voluntad de una corriente dogmática determinada, sino una exigencia constitucional insoslayable en un Estado de Derecho.

Finalmente, por distintas consultas de las partes y del Tribunal y luego de leerle algunos tramos de su declaración que luce a fs. 4/vta., contestó que no recordaba si le persona detenida tenía alguna lesión, si cuando había efectuado el acta de detención, M. T. le había propinado una patada a P., si se había llamado a una ambulancia, como así tampoco si se había presentado en el lugar la damnificada, L. Z., ni el lugar en el que se había secuestrado una botella.

Posteriormente se incorporó como prueba instrumental la botella secuestrada y como documental, las siguientes constancias: el acta de procedimiento de fs. 5/6, el acta de detención de fs. 7/vta., el acta de secuestro de fs. 8, el plano de fs. 18 y las fotografías que lucen a fs. 24/27; como prueba pericial, el peritaje efectuado respecto de la botella de fs. 23, el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 54/55 y el informe médico-legal de fs. 14, que da cuenta del estado psicofísico de N. L. P. Asimismo, se incorporaron las copias del expediente “M. T. R. s/ lesiones leves”, causa nro. 46848 del Juzgado Correccional nro. 14, que fueron recibidas ante la presentación

efectuada por la defensa oficial durante el curso del debate (conf. art. 388 del Cód. Procesal Penal de la Nación).

IV. Que al momento de alegar, el Sr. Fiscal General Dr. Marcelo Saint Jean comenzó relatando el hecho que imputó a N. L. P.: el 10 de julio de 2012, alrededor de las 18, el imputado ingresó a la verdulería sita en ..., donde estaba atendiendo en soledad la Sra. L. Z.; aprovechando la situación, la tomó desde atrás, por el cuello, y la amenazó, mientras sustraía de la caja registradora un monto que M. T. calculó en 600 pesos; como la mujer forcejeaba con él, el imputado intentó romper la botella para utilizarla en su contra, al tiempo que ella comenzaba a defenderse y a gritar por auxilio, lo que fue oído por su pareja desde la parte trasera del local. Que cuando P. vio a M. T., aquél salió corriendo y éste emprendió su persecución en compañía de su hijastro, en la que por momentos lo perdieron de vista; tras doblar una esquina, el imputado se escondió bajo un auto pero fue encontrado de inmediato; que en el acto el oficial B. se acercó para detenerlo, hasta que Ch. se hizo cargo del procedimiento.

Quienes entiende que se puede extender el concepto de *arma* a un elemento que no fue diseñado como tal por la supuesta intención del sujeto que la utiliza, desobedecen ese imperativo y olvidan que el objeto desde el plano de la realidad permanece imperturbable, no ha sufrido ningún cambio externo, no ha variado ni su esencia ni su forma: *el arma impropia simplemente no es arma*, así de sencillo.

El principio de legalidad material que define el art. 18, C.N., exige taxatividad —precisión— al momento de enunciar los elementos estructurantes del tipo penal, esto determina que analicemos la concepción “ontológica” del concepto arma. Ese mandato unido al principio de culpabilidad que requiere que las personas que puedan ser alcanzadas por las consecuencias punitivas de la norma, tenga la posibilidad previa de conocer con exactitud cuáles y de qué manera las conductas son reprimidas por la ley, impiden que permitamos que se incorpore el concepto de arma impropia en forma pretoriana.

No debemos olvidarnos además que el “robo” requiere “fuerza o violencia”; el privar a la víctima de la posibilidad de reacción o evasión efectiva integra el tipo básico y no el agravado, quienes intentan “sumar” las armas que denominan impropias a esta última descripción, vacían de contenido la violencia del robo.

El profesor Buteler lo dice con propiedad, la elaboración conceptual de arma impropia es “... *creación de derecho represivo por el juez, ingresando a una zona que le está prohibida al órgano judicial y es privativa y excluyente del legislador. Interpretación analógica in malam parte que por más décadas que tenga su instrumentación en el tiempo, no es válida constitucionalmente.*”

Un pico de botella de vidrio, roto, blandido como elemento punzo cortante es apto para poner en peligro la salud o la vida de las víctimas, también lo es una bufanda, una piedra, un cinturón, una jeringa supuestamente infectada, los puños de un boxeador y podría seguir con la enumeración largamente; aumentan sin duda el poder ofensivo y hasta pueden ser letales, pero si esas circunstancias hubieran sido lo que se pretendió abarcar en la descripción, ¿por qué el legislador no lo hubiera consignado así, por qué designar como “arma” una voluntad legislativa bien diferente y fácil de referir?

La Dra. Bloch en su voto (4) nos dice con inigualable claridad que la extensión, de la agravante

(4) En rigor el voto de la Dra. Bloch es el que lidera el acuerdo pero modifiqué el orden para concluir con la explicación que tiene el contenido que entiendo se ajusta a la descripción legal interpretada con ajuste a las exigencias constitucionales.

Indicó que este relato se sostenía en las declaraciones coincidentes y complementarias de la pareja de comerciantes; que se explayaron en cuanto a la modalidad del hecho, la violencia que desplegó P. —cómo tomó a la mujer por el cuello y la tiró hacia atrás, para luego jalarle los cabellos—; agregó que M. T. le reclamó el dinero a P. cuando estaba detenido y que la pareja reconoció la botella secuestrada. Especificó el modo en que el imputado utilizó la botella: primero, simulando que era un arma con el fin de intimidar, y, luego, intentando romperla para aumentar su carácter lesivo y que L. Z. cesara en su resistencia; que es precisamente la utilización de la botella lo que “enardece” a M. y que P. no pudo romperla y cumplir con su objetivo, sólo porque la mujer lo tomó de la campera y llegó su pareja. Aclaró que si bien Ch. no pudo corroborar su actuación, porque apenas la recordaba, todo quedó reflejado en las actas.

Calificó el hecho como robo agravado por el uso de arma, por el que P. debía responder en carácter de autor. Señaló que el delito quedó consumado porque no se recuperó el dinero sustraído, pese a que lo buscaron incluso con linternas (tal como figuraba en las

actas), que quedó fuera de la custodia de sus propietarios y que el imputado tuvo poder de disposición porque se desembarazó del dinero. Agregó que la botella fue usada como un arma (arma impropia).

Al momento de fundamentar el monto de pena que postuló, tuvo en cuenta, como agravante, los antecedentes que registra P., así como “las restantes pautas contenidas en los arts. 40 y 41, Cód. Penal”. Solicitó, entonces, que se le impusiera la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del juicio, y que se lo declare reincidente.

Seguidamente, se le concedió la palabra a la Dra. Verónica Blanco para su alegato final, quien aclaró que no iba a discutir la materialidad del hecho ni la autoría, pero sí la calificación legal.

Sostuvo que si bien el señor Fiscal tuvo por probado que se había utilizado una botella como elemento contundente, a su criterio ni siquiera apelando a las tesis más amplias podría subsumirse en el concepto de arma: primero la apoyó en la espalda de la damnificada y, agregó, que en todo caso éste habría intenta-

del art. 166, inc. 2°, CPen.: *“excede los alcances de lo que podemos considerar una interpretación extensiva, para ubicarse en el plano de la interpretación analógica in malam partem que se encuentra vedada, conforme se desprende, de los efectos y consecuencias, del mandato de certeza con el que debe practicarse la interpretación de los tipos de la parte especial de acuerdo al principio de legalidad (art. 18, C.N.)” (conf. disidencia del juez Bruzzone, C. Nac. Crim. y Correc., sala 1ª, c. 25345_1, “CORTEZ, Jonathan Emmanuel”, rta: 31/3/2005, entre muchas otras). Agregando para disipar cualquier duda: “...lo impropio es lo que es falto de las cualidades propias y, precisamente, aquello que no reúne las cualidades exigidas no permite la subsunción”; “En caso de conflicto entre tenor literal (que abarca poco) y sentido (que incorrecta o incompletamente es representado por el tenor literal), la prohibición de analogía decide estrictamente el conflicto a favor del tenor literal”; “...la prohibición de analogía es una cualidad del Estado de Derecho de rango primordial. Con ella el Derecho penal renuncia a favor del afectado no sólo a la realización del fin normativo, sino también a la posibilidad de que sea relaborado por el juez más allá de lo que permite el tenor literal legal, siguiendo la dirección de la voluntad del legislador”.*

Si intentó romperla como se afirma no lo logró, del propio relato de la víctima podemos concluir

que tampoco la utilizó como elemento contundente pese a ese supuesto fracaso de intentar convertirla en un elemento punzo-cortante; su utilización tampoco significó una mayor intimidación (tesis subjetiva), ya que afirma que cuando determinó que la amenaza era realizada con una botella comenzó a forcejear con el agresor; no generó un peligro real para la vida o la salud de la víctima (tesis objetiva), por lo que aún cuando se pretenda que las armas impropias no agreden la prohibición de analogía en este caso ni siquiera se la utilizó como “arma impropia”.

Los arts. 40 y 41, CPen., definen cómo el juez debe individualizar la pena que se debe aplicar en el caso concreto, enumera circunstancias que considera atenuantes y otras que entiende agravantes que deben ser tenidas en cuenta para definir entre el mínimo y el máximo previstos en abstracto cuál debe aplicarse al imputado. El medio empleado para cometer el delito se encuentra especialmente mencionado en esa enumeración y va de suyo que no puede referirse a los medios que el legislador consideró especialmente para calificar una figura. La mayor parte de los argumentos que se utilizan para aceptar extender el contenido del concepto arma a aquellos objetos que califican como impropios tienen aquí una contestación adecuada sin necesidad de forzar la letra de la ley.

do romperla porque L., precisamente advirtió que no era un arma y, entonces, lejos de amedrentarse inició su resistencia: lo tomó del cuello de la campera y gritó pidiendo auxilio; destacó que M. T. sólo contó que P. la tenía del cuello, pero nada acerca de que la mujer se resistiera. Agregó que se ignoraba “de dónde sacaron la botella” y relacionó esto con una referencia al expediente cuya copia pidió incorporar. Sobre el particular sostuvo que más allá de que P. no quiso instar la acción por lesiones en contra de M., no había duda de que fue éste quien le pegó delante del personal policial y que tuvieron que llamar a una ambulancia, por lo que era claro su interés en el resultado de este juicio, teniendo en cuenta la posibilidad de una autoincriminación; que fue él quien llevó la botella hasta el lugar de detención; que debía relativizarse el valor de la declaración de M., pese a que, insistió, aun con las dos declaraciones no alcanzaba a probarse el uso de la botella como arma. Que en cuanto al dinero sustraído también se sabía poco: el Sr. Fiscal General había dicho que el dinero estaba en una caja registradora, pero L. Z. habló de una bandeja y contradujo a su pareja, quien, a su vez, había dicho que le habían sacado el dinero del delantal, lo cual había sido negado específicamente por aqué-

lla; M. había calculado que fueron 600 pesos, pero L., quien era la que estaba vendiendo, no podía afirmar cuánto dinero se había sustraído, señalando que había quedado dinero. Concluyó que los dichos de los testigos no eran concordantes y eran interesados.

Reiteró que la botella no fue usada como elemento contundente, aunque a su criterio las armas son sólo las “propias” (citó, en igual sentido, el voto de la suscripta en la causa n° 3709/3790); que no se había probado que P. hubiese intentado romperla: que el vidrio no era tan grueso ni presentaba raspaduras. Que, por otro lado, lejos de amedrentarse, la mujer había comenzado a gritar cuando vio que no se rompía. Postuló que el hecho fuera calificado como robo simple, pues al no haber finalidad de amedrentamiento no se ha cumplido con ello que supuestamente es la *ratio* de la ley. Asimismo, cuestionó que el Sr. Fiscal General hubiese considerado que el hecho se encontraba consumado, porque el momento en que los perseguidores perdieron de vista a P. fue cuando se había escondido, debajo de un auto que estaba en el lugar; que M. T. había dicho que no habían buscado si había dinero debajo de ese auto y los policías que no

El aumento de la capacidad amenazante determinada por un medio empleado para amedrentar a una víctima pero que no califique como arma, tendrá su contestación punitiva en las previsiones de estos artículos de la Parte General del Código Penal. La mayor ofensividad puede ser valorada sin trasgredir las garantías constitucionales.

2) Otro punto del debate intentó determinar si el accionar del imputado debía ser calificado como *robo consumado o tentado*.

Al describir el hecho se afirmó que el imputado luego de forcejear con la víctima salió del negocio a la carrera, siendo perseguido por la pareja de la agredida y su hijo a los que se agregó poco después un agente de consigna. En el relato dicen que *en un momento los perseguidores perdieron de vista a Petruccelli*, fue cuando éste se escondió debajo de un auto estacionado, agregando que *el dinero que se habría sustraído no fue recuperado*. El “haberlo perdido de vista” y la no recuperación del dinero fueron los ejes de la discusión.

El voto de la Dra. Bloch nos dice respecto de la exigencia legal de “apoderamiento” (5); “...éste sólo es alcanzado en el preciso momento en el que el

autor logra la concreta posibilidad de disponer de los objetos sustraídos (conf. FRÍAS CABALLERO, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 33). En el caso traído a juicio, es claro que no existió posibilidad alguna de disponer del bien y el hecho ha quedado, entonces —merced a su comienzo de ejecución— en grado de conato (conf. causa 3649 del registro de este tribunal, *in re* ‘Acosta Luna, Víctor Eduardo y otro’ por robo simple, rta. el 21/10/2011; entre muchas otras)”.

Como el dinero que se imputa que fue sustraído no fue hallado, en el voto comentado se afirma que: “...*la falta de hallazgo del objeto sustraído no determina la consumación per se, porque para la determinación de ello lo decisivo es que el autor haya estado en condiciones de ejercer actos de disposición, que es, por las razones antes apuntadas, lo que en este caso no ocurrió. No debe descartarse que esa falta de hallazgo, posiblemente, pudiera obedecer a un desprendimiento que en el afán por evitar ser detenido con el objeto en su poder, pudiera haber efectuado el imputado. Entonces, ese desprendimiento mal puede ser interpretado como un acto de disposición.*”

Agrega para aventar toda duda: “...*los delitos de hurto y de robo requieren... que el sujeto activo se*

(5) Apoderamiento: es la acción requerida por el tipo penal y su realización determina la consumación del robo.

habían recordado haberlo hecho. En concreto, refirió que el imputado no pudo disponer del dinero, dado que la persecución se había limitado a dos cuadras y fue inmediata; que la cuestión no podía depender de si se había perdido de vista al imputado; aludió a la teoría de la *ablatio* y, por último, concluyó que había dos posibilidades: o su defendido no robó nada, y el dinero quedó en la bandeja, o no se lo buscó suficientemente, pero que esta porción del iter ya no dependía de P., quien ya estaba detenido; postuló, entonces, que el robo simple se reputara tentado.

También cuestionó que el Dr. Saint Jean hubiese considerado que los antecedentes del imputado fueran una circunstancia agravante, lo que atentaba contra el principio de culpabilidad y de *ne bis in idem*, tanto, que también apeló a la condena anterior para solicitar que sea declarado reincidente; citó jurisprudencia en ese sentido. Pidió que se tenga en cuenta como atenuante la historia vital de P., que debió abandonar la escuela para insertarse tempranamente en el mercado laboral, que tenía dos hijas y que había recibido golpes después de la detención, pese a lo cual no instó la acción penal.

apodere de la cosa (tal el verbo típico “apoderarse” del que no podemos apartarnos por imperio del principio de legalidad)... En consecuencia, vale aclarar aunque resulte una obviedad, que el poder que alguien tenga de destruir una cosa en modo alguno denota necesariamente su posesión, como tampoco la posibilidad de tomarla y arrojarla.”

En su voto el Dr. Baez en forma coincidente argumenta: “*La solución de continuidad entre el despojo y la inmediata detención —aún con la acreditada mengua patrimonial— barrunta hacia un objetivo titubeo que me impide, nitidamente, encuadrar la cuestión entre un señorío efímero consolidado y el conato delictual de interpretación restrictiva.*” Agrega que “*Las dudas interpretativas deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización*” por lo que coincide con calificar al hecho valorado como “tentado”.

En este punto hubo coincidencia de los Jueces y pese a que aún la doctrina no ha logrado ser pacífica en punto a cuál debe ser el momento consumativo del hurto/robo, los argumentos aquí esgrimidos no merecen reparo.

El imputado nunca tuvo poder de disposición sobre el dinero que se afirma que arrebató. La persecución determinó su aprehensión inmediata; la

Solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del Cód. Penal, porque la reincidencia afectaba los principios de culpabilidad, de *ne bis in idem* y del derecho penal de acto (citó el fallo “Argañaraz”, CFCEP, Sala II^a); y la del art. 12 del Cód. Penal, por los argumentos vertidos en la audiencia celebrada respecto de la causa “Riarte” de este Tribunal.

Para concluir, hizo reserva de recurrir en casación y de caso federal.

Finalmente, se le dio vista al Dr. Marcelo Saint Jean de los dos pedidos de inconstitucionalidad, quien, respecto de la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, se remitió al voto de la Dra. Bloch en “Tantaleán Willard” y, sobre la de las accesorias legales, al del Dr. Chamot en la causa “Riarte”. Aclaró que no valoró atenuantes de la pena porque, dado que estaba pidiendo el mínimo de la escala, resultaba ocioso hacerlo.

Concedida la palabra al Sr. N. L. P., manifestó que no tenía nada que decir (art. 393, último párrafo, del Cód. Procesal Penal de la Nación).

circunstancia afirmada en punto a que en algún momento lo habrían “perdido de vista” aparece contestada por el simple devenir de los hechos, los transeúntes señalaron sin vacilar dónde se había escondido. Es decir que unos en un momento —los perseguidores—, otros en otro —los ocasionales testigos— tuvieron siempre al perpetrador en su observación. Nunca se rompió la “cadena de custodia”, lo que le hubiera permitido a Petruccelli tener señorío sobre la cosa de la que intentaba apropiarse. Sin esa posibilidad de comportarse de hecho como el dueño de la cosa lo hace por derecho, no existe consumación.

El dinero no apareció, es cierto, pero por lo afirmado esto no pudo deberse a un acto de disposición del imputado sino en todo caso a un mero “descarte”, que no es sino la prolongación de la garantía de la no autoincriminación.

Existen otras posibilidades para explicar esa “desaparición” de lo que se dice sustraído. El dinero no fue buscado ni en el recorrido de la fuga ni debajo del automóvil donde se escondió el imputado, existiendo la posibilidad que haya quedado allí, que se le haya perdido en la fuga o aún que lo hubiere arrojado. También pudo ocurrir que no hubo dinero realmente apoderado sino una confusión de las víctimas ocasionada por

V. Que los sucesos detallados en el acápite I de este voto han sido reconstruidos, como se dijo, sobre la base de la prueba producida en el juicio y valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica (arts. 241 y 398, segundo párrafo, del Cód. Procesal Penal de la Nación), los que me han llevado a la convicción de que se encuentra probada tanto la materialidad de los hechos, como la participación del acusado.

No resulta necesario extenderse demasiado sobre estos dos extremos. Su comprobación general surge prácticamente de la sola exposición de la prueba y alcanza entonces con subrayar los dichos coincidentes en lo fundamental y esencial de todos los testigos. Por otra parte, los elementos determinantes de la tipicidad y la autoría, tampoco han sido cuestionados por la defensa (si bien luego ha matizado algunos aspectos).

Cabe destacar en primer término lo manifestado ante el Tribunal por los damnificados L. Z. y M. T., quienes relatan en forma precisa y detallada el modo en el que ocurrieron los hechos. Por un lado, L. Z. refiere en forma por demás clara el modo en que fue

abordada por P.: que se encontraba sola en la parte delantera de su verdulería cuando el imputado se acercó por detrás, la tomó del cuello y del cabello, y le apoyó una botella sobre su espalda. Indica también que cuando logra advertir que el objeto apoyado era una botella, comienza a forcejear con P., mientras éste intentaba romper el envase al tiempo que le refería que si gritaba la iba a cortar (de idéntico modo lo relata también su concubino, a quien este tramo le fue narrado inmediatamente por ella, como así también al oficial interviniente B.). Agrega que ante esta situación comenzó a gritar, alertando a su pareja —M. T.—, quien se encontraba en la parte trasera del mismo comercio. Este de modo convergente y también en forma sólida se refiere al tramo que ambos vivenciaron conjuntamente: los últimos momentos del forcejeo con P. en el lugar ya indicado.

Los dos son contestes también en cuanto a que el imputado sustrajo dinero. Y si bien —tal como señala la señora Defensora Oficial— hay una divergencia en cuanto al lugar desde donde fue extraído, esto en modo alguno implica que no existió tal sustracción. Por lo demás, esa pequeña discrepancia —por otra

el forcejeo y la falta de precisión en relación a las sumas que realmente le pertenecían.

Aún sin definir la razón por la cual no se sequestró dinero alguno al aprehenderlo, no existe fundamento que autorice a modificar el grado de conato que el hecho revistió.

3) La defensa había solicitado que se declare *la inconstitucionalidad de los arts. 12, 14 y 50, CPen.*

Este pedido fue considerado abstracto en atención a la purgación de la pena que se proponía al condenarse a Petrucelli a un año y cuatro meses de prisión que se consideraron cumplidos por el tiempo de detención trascurrido al momento de la sentencia.

La Dra. Bloch nos explica en su voto que existe *“...la imposibilidad de declarar inconstitucional una norma que solo describe un estado (art. 50, CPen.) y la imposibilidad también de declarar inconstitucional siquiera indirectamente una norma que el juez no debe aplicar hoy al caso (art. 14, CPen.), se suma en la especie la circunstancia de que no sólo hoy sino que tampoco en un futuro habrá una norma sobre la cual quepa realizar el control de constitucionalidad”*.

Afirma que no sólo no existe agravio actual sino que tampoco podrá haberlo en el futuro en razón de la resolución adoptada, ya que se ordenaba la inmediata libertad del condenado considerando que la pena impuesta había sido cumplida en razón del tiempo de detención ya padecido. Por ello no existía razones para examinar en este caso concreto las disposiciones legales cuestionadas por la defensa, no habiendo perjuicio actual ni futuro posible, no podía avanzarse con el análisis acerca de su constitucionalidad.

Nos recuerda que la declaración de inconstitucionalidad debe ser la *ultima ratio* y esa decisión debe ser el único modo en el que un juez no aplique una norma que sea aplicable al caso, lo que no ocurre en la especie ya que las disposiciones cuestionadas no iban a ser aplicadas; resuelven la reincidencia del condenado, pero esta declaración conforme afirman no iba a tener ninguna consecuencia práctica para el condenado, es decir se carecía de perjuicio concreto.

“El art. 50 del Código Penal que, en principio, es meramente descriptivo y que simplemente denota como reincidente a todo aquél que cometiere un nuevo delito punible con pena de prisión habiendo cumplido anteriormente total o parcialmente pena privativa de libertad y siempre que no

parte no esencial— tiene una clara explicación. En efecto, L. Z. es quien directamente observa cómo P. toma el dinero de una bandeja donde lo apoyaba, al tiempo que ella —tal como refiere— hace ademanes como para buscar más dinero en el delantal que llevaba puesto. Como el atacante tiraba del bolsillo delantero de dicho delantal mientras ella procuraba buscar más dinero, es muy posible que esta última situación haya confundido a M. acerca del lugar preciso desde donde el imputado tomó la recaudación, sin que tal confusión tenga entidad alguna, máxime cuando ni la materialidad del hecho ni la autoría han sido controvertidas por ninguno de los sujetos procesales.

A su vez, y con respecto al monto sustraído, sólo puede aseverarse que P. ha tomado cuanto menos \$120. Ello es así, toda vez que L. Z., quien se encontraba en la mejor posición para determinar este extremo, sólo pudo afirmar con seguridad que el dinero de la última venta realizada —que ascendía al monto indicado y se encontraba en la bandeja— fue sustraído, mas sin poder aseverar qué porcentaje del monto recaudado en el comercio por la tarde pudo ser tomado por el imputado. Por su parte, si bien M., al advertir

que fue sustraído dinero concluyó por su experiencia que tuvo que ser lo recaudado normalmente por las tardes —unos 600 a 700 pesos—, tal afirmación no encuentra apoyo en las constancias de la causa, máxime teniendo en cuenta que la propia L. Z. hubo afirmado que la recaudación no fue sustraída en su totalidad.

Más allá de estas cuestiones menores, ambos testimonios proporcionados sin fisuras ni exageraciones, fueron absolutamente coincidentes en cuanto al lugar y tiempo en el que se sucedieron los hechos en estudio, el ejercicio de violencia en contra de L. Z., la descripción y el reconocimiento de la botella —más allá de cuál ha sido el lugar exacto en donde fue encontrada— (ver también el acta de secuestro de fs. 8, peritaje de fs. 23 y fotografía de fs. 24), la descripción de P., de su vestimenta y su reconocimiento, el forcejeo con la damnificada, el pedido de auxilio y la sustracción del dinero. También fueron contestes en cuanto a la intervención de M. en ayuda de su concubina así como respecto de la huída de P. luego de volver a ejercer violencia contra L. Z., golpeándola de tal manera en la mandíbula que la hizo trastabillar.

hubiera transcurrido desde el vencimiento de la primera el tiempo fijado en el cuarto párrafo de la norma. No puede causar agravio ni declararse inconstitucional ya que simplemente describe una circunstancia.

IV. Concluyendo

Petrucelli es condenado a un año y cuatro meses de prisión por considerársele autor del delito de “robo en grado de tentativa” por mayoría, ya que la minoría propiciaba que se lo calificara como autor del delito de “robo agravado por el uso de armas en grado de conato”. Se rechazó el requerimiento que proponía declarar la inconstitucionalidad de los arts. 50, 12 y 14, CPen., y se ordenó la inmediata libertad del condenado, por considerarse que había cumplido la pena impuesta en el tiempo que estuvo en prisión preventiva.

Aunque lamento que no hayan ingresado en el análisis de las inconstitucionalidades referidas porque la seriedad y claridad con la que fundaron los otros temas en debate nos hacían esperar una discusión interesante, les asiste razón cuando desechan el convite porque el tema era abstracto en el caso concreto que juzgaban.

La rigurosidad con la que debe entrarse en el examen de constitucionalidad de la norma surge

prístina en el voto de la Dra. Figueroa en la causa “Argañaraz” (6): *“Que sobre la materia me he expedido recientemente en los autos n° 14.721 caratulada ‘Deheza, Héctor Floro s/ recurso de casación’ (reg. n° 19.781, del 3/4/2012), en ese sentido ‘cabe recordar que ha sostenido la Corte Sup. que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Corte Sup. Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241, 1087; 314:424)”*.

(6) Causa 13.401 —sala 2ª— “Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación”.

Concatena y completa la base para la recreación de lo sucedido en el tramo siguiente del acontecimiento histórico, los testimonios coincidentes de M. y el preventor B. En primer lugar, la persecución —aproximadamente por cuatro cuadras— por parte de M. y —cuanto menos su hijastro— a la que luego —aproximadamente luego de dos cuadras de emprendida— se suma B. Así también que P. y quienes lo perseguían doblan la esquina (así lo afirma el propio M. y esto también es divisado por B., quien se encontraba a unos 50 m). Tampoco resultó controvertido que tal como lo ha señalado con seguridad M., el grupo —debido a la oscuridad— perdió de vista por unos “pocos segundos” a P. —precisamente el momento en que dobló la esquina—, lo que resulta explicable en virtud de la estación del año y el horario (10 de julio,

aproximadamente a las 20). Y que P. fue encontrado por M. T., luego de que algunos transeúntes le indicaran se había escondido debajo de un auto que estaba estacionado a tan solo 10 metros de la intersección, a la altura de la segunda casa de la esquina. Convergen también los dichos de M. y B. en cuanto a la pronta retención por parte de aquél, toda vez que cuando B. logró alcanzar al resto del grupo, P. ya se encontraba “reducido”, afirmando también que solo habían transcurrido “unos segundos”. El plano de fs. 18 ilustra sobre la ubicación del comercio, puede observarse también el trayecto de la persecución (las cuatro cuadras a las que hicieron referencia los testigos), la avenida ... que es desde donde se suma el oficial B. y el lugar de la detención de P., a metros de la intersección de ...).

Agregando en relación al tema de la reincidencia que *“Respecto de la constitucionalidad de la reincidencia solo habré de señalar que cuanto he sostenido en oportunidad de expedirme sobre la cuestión aquí introducida, in re causa 12.299 ‘Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación’. Allí concluí que resulta indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al ‘test de constitucionalidad y convencionalidad’, no resultan írritas o inconstitucionales”*.

“Hago extensivas similares consideraciones respecto del planteo de la defensa relativo a la inconstitucionalidad del art. 14, CPen., en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional a aquellos condenados que se han declarado reincidentes, pues, por su íntima relación con las prescripciones del art. 50 en la cual la norma encuentra su basamento”.

En esa misma causa el Dr. Slokar dijo: *“En orden al agravio relativo al rechazo de la inconstitucionalidad del art. 14, CPen., en mérito de lo resuelto en la causa 14.423 ‘Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación’ (reg. n° 19569, rta. El Cámara Federal de Casación Penal 21/12/11) y sus precedentes —a cuyas consideraciones y fundamentos me remito por razones de brevedad— cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50, CPen., como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14 del mismo cuerpo legal, deben ser consideradas*

inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (art. 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (arts. 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

A este voto adhiere la Dra. Ledesma por lo que se declara *“la inconstitucionalidad”* del art. 14, CPen. (arts. 7°, ley 24.390, 123, 404, inc. 2°, 456, 471, 530 y conccs., C.P.P.N.).

Lo expuesto marca la dificultad que el tema presenta y la falta de coincidencia en su consideración por parte de diferentes y distinguidos Jueces del fuero.

Cualquiera sea la norma penal que se pretenda explicar o aplicar, el principio “Por homine” es obligatorio, la prohibición de analogía absoluta, y la afirmación que permite que puede interpretarse “extensivamente” una disposición penal, es sólo una manera de disfrazar la acción para que no se advierta que se trasgredió el límite impuesto a la facultad del Estado de punir.

Cuando el Legislador dijo arma, así a secas, quiso decir “armas”; los intérpretes no tienen autorización para adivinar diferentes intenciones sobre todo cuando éstas eran fácilmente definibles en la norma.

Se afirma que no hay hecho sino sólo interpretaciones, pero ocurre que cuando éstas se refieren a hecho que encajan en un tipo penal esas interpretaciones tienen reglas estrictas porque son el pilar en el que se asienta la “seguridad jurídica”. ♦

Coinciden también B., M. y quien luego intervino, el sargento Ch. —desplazado “por el 911” al que llamó M. por indicación de B.—, acerca del lugar en donde se encontraba retenido P. —cercano a la esquina de las calles ...— y asimismo en cuanto a que el dinero no fue hallado (conf. también acta de procedimiento de fs. 5/6 y acta de detención de fs. 7/vta.).

Por último, cabe destacar que es cierto tal como señala la señora Defensora Oficial, que el señor M. T. ejerció contra el señor P. violencia cuando se encontraba aprehendido (ver en tal sentido el acta de fs. 5/6 en la que se da cuenta de que el damnificado “por nerviosismo” le propino una agresión [patada en el rostro] al detenido luego de que fue requisado sin encontrarse el dinero, lo que a su vez coincide con el informe médico legal de fs. 14 y con el informe del Cuerpo Médico Forense en los que se asienta: leve edema en zona malar derecha, cefalohematoma en región occipital y excoriaciones en el labio inferior producidas por choque, golpe o roce contra cuerpo o superficie dura (fs. 54/55) y fotografías (fs. 25/27), así como la declaración testimonial del propio P. en el expediente correccional incorporado como prueba al afirmar que “en el momento en que se encontraba esposado en el piso detenido por gendarmería, se le acercó una persona quien comenzó a exigirle que le haga entrega del dinero y al manifestarle que no poseía, éste comenzó a propinarle varias patadas en la cabeza, ocasionándole lesiones en la boca, en el ojo y parte posterior de la cabeza” (fs. 22 del expediente “M. T. R. s/ lesiones leves”, causa nro. 46848 del Juzgado Correccional nro. 14). Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la distinguida Defensora no logra comprenderse cómo dicha situación haría dudar de la veracidad del testimonio del aquí damnificado (por lo demás avalado de modo concluyente por el resto de la prueba reunida), máxime teniendo en cuenta que tal como ella misma señala, P., ha decidido no instar la acción, resolviéndose el archivo de las actuaciones (fs. 26 del expediente citado). Por tal motivo, nada de lo dicho aquí podría tener influencia en la causa correccional ni conmovier en modo alguno la garantía de la autoincriminación. Sin perjuicio de ello, la situación descripta será valorada a momento de mensurar la pena *ut infra*.

En suma: los firmes testimonios brindados durante la audiencia de debate, el elemento incautado, el peritaje efectuado y el resto de las pruebas mencionadas permiten efectuar una precisa reconstrucción histórica acerca de la materialidad del hecho, así como de la participación que le cupo a N. P., a la luz de la sana crítica racional.

VI. Que en lo que se refiere a la subsunción típica del supuesto de hecho acreditado en el acápite anterior, he de adelantar que éste resulta constitutivo del delito de robo en grado de tentativa, respecto del cual

P. deberá responder en calidad de autor (arts. 42, 45 y 164 del Cód. Penal).

Comparto, entonces, la propuesta de la señora defensora en cuanto a la inaplicabilidad de la calificación formulada en el requerimiento de elevación a juicio —robo agravado por haber sido cometido con armas— por las razones que seguidamente expondré (conf. mi voto en la causa n° 3709/3790 del registro de este Tribunal, *in re* “Gómez, Juan José y otro” por robo con arma, rta.: 9/08/2012, entre otras).

Ello, por cuanto la utilización de una botella para intentar concretar el desapoderamiento no puede ser subsumida en el tipo de “robo con armas” sencillamente porque ese objeto no es un arma. La consideración acerca de que dicho objeto puede tener la misma potencialidad ofensiva que un arma y por lo tanto debe ser tratado como tal, es un claro ejemplo de interpretación analógica *in malam partem*. En efecto, la extensión, para estos casos, de la agravante del art. 166, inc. 2°, del C.P., “excede los alcances de lo que podemos considerar una interpretación extensiva, para ubicarse en el plano de la interpretación analógica *in malam partem* que se encuentra vedada, conforme se desprende, de los efectos y consecuencias, del mandato de certeza con el que debe practicarse la interpretación de los tipos de la parte especial de acuerdo al principio de legalidad (art. 18, C.N.)” (conf. disidencia del juez Bruzzone, C.N.Crim. y Correc. Sala I. c. 25345_1, “Cortez, Jonathan Emmanuel”, rta.: 31/03/05, entre muchas otras).

Agregarle el calificativo de “impropia” como efugio para cumplir con el mandato de legalidad —tal como lo hace un buen sector de la jurisprudencia y doctrina nacionales—, constituye a mi entender una suerte de “aceptación” de aplicación analógica. Ello, por cuanto lo impropio es lo que es falto de las cualidades propias y, precisamente, aquello que no reúne las cualidades exigidas no permite la subsunción.

Por lo demás, no somos los jueces quienes debemos indicar al legislador cuál es el criterio por el que un supuesto debe ser tratado como otro. Eso es, justamente, ejercicio de analogía. Para explicarme daré un ejemplo parafraseando a HASSEMER (conf. Fundamentos del Derecho Penal, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 333). Si se asumiera que para tipificar la agravante de la utilización del arma en el robo, el legislador debió haber tenido en cuenta su mayor potencialidad ofensiva, entonces con el argumento de la aplicación analógica del derecho se le diría a quien usó, por ejemplo un utensilio de cocina o una botella —los que no han sido fabricados como armas, pero que tienen similar o igual potencialidad ofensiva—, lo siguiente: ciertamente una botella no fue fabricada como arma y por lo tanto la prohibición no es, por tanto, directamente aplicable. Pero vea el sentido de

la norma. El uso de una botella lo cumple de un modo más que suficiente. Por lo tanto, aplicaremos por analogía, la prohibición que afecta a las armas también en este caso a un envase de vidrio. El arma es un claro “candidato positivo” de la norma. La botella es un “candidato negativo”. Pero en un nivel superior al de la directa comparación entre un arma y un envase de vidrio, existen analogías entre ambos. En efecto, si se formula el *tertium comparationis*, es decir el tercero que sirve de base a dos candidatos distintos, se observa que los dos son análogos, comparables; desde el punto de vista de la potencialidad ofensiva, un arma y un envase de vidrio son la misma cosa. Este enfoque es precisamente el que está tras la norma que agrava los casos de robo cuando se cometieren con armas. Según este punto de vista, la norma ha sido formulada con “poca fortuna”, ya que excluye a la botella que, propiamente, conforme a su sentido, debería incluir. Por lo tanto —bajo esta concepción— podría aplicarse la norma para ambos casos porque “desde el prisma del fin de la norma, del *tertium comparationis*, son equiparables entre sí” (Hassemer, loc. cit.). Mas “(e)l principio de legalidad prohíbe en Derecho penal tal ampliación (en sí ‘razonable’) de la norma a casos que no están recogidos, pero sí imaginados en la fórmula legal. En caso de conflicto entre tenor literal (que abarca poco) y sentido (que incorrecta o incompletamente es representado por el tener literal), la prohibición de analogía decide estrictamente el conflicto a favor del tenor literal. Para ello acepta el riesgo de que el fin que se pretende alcanzar por la norma jurídica penal no se alcance nunca, si ese fin no se ha materializado en el lenguaje normativo. El juez penal tiene vedada la posibilidad de dar un rodeo a través del *tertium comparationis* para llegar a un candidato negativo” (Hassemer, ob. cit., p. 333 s.). Ello por cuanto “(l)a prohibición de analogía es una cualidad del Estado de Derecho de rango primordial. Con ella el Derecho penal renuncia a favor del afectado no sólo a la realización del fin normativo, sino también a la posibilidad de que sea reelaborado por el juez más allá de lo que permite el tenor literal legal, siguiendo la dirección de la voluntad del legislador” (Hassemer, ob. cit., p. 334). En efecto, si el poder vulnerante fuera el criterio para llamar arma a un objeto que no lo es, esto podría extenderse *ad infinitum*. Es claro que este concepto no proporciona un criterio preciso (por ejemplo, algunos tribunales han llegado a considerar en virtud de ese criterio que una bufanda es un “arma”).

A su vez, no puede conocerse de un modo absolutamente libre de dudas cuál es la voluntad de legislador cuando tipifica determinadas conductas. En efecto —si bien no resulta necesario realizar este análisis—, tampoco me resulta tan claro cuál es el sentido de la norma que el legislador tuvo en cuenta a la hora de agravar el tipo básico por su comisión con “arma”. No podría afirmar sin hesitación que fue el de su po-

tencialidad ofensiva y esa incertidumbre es una razón más, a mi criterio, para reprobar la aplicación analógica. ¿Es que tenemos tan claro cuál es el *tertium comparationis*? Arma, como se adelantó, es aquello construido en función del destino para el cual ese objeto fue fabricado. Es decir, el objeto que al momento de su fabricación debe haber tenido como finalidad la de ser utilizado como tal, ya sea de ataque o defensa. Es por ello que conforme su definición armas son los instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o defenderse. Del mismo modo lo prescribe el Cód. Penal italiano en su artículo 628, en donde se define como arma a los efectos de la ley penal 1) las de fuego y todas las otras cuyo destino natural sea ofender a las personas y 2) todos los instrumentos aptos para ofender cuyo porte haya prohibido la ley de modo absoluto. El legislador, entonces, bien pudo pretender con esta agravante desalentar —más allá de los tipos de tenencia o portación— que los ciudadanos “se armen” o el “comercio de armas” para la consecución de fines delictivos. En ese sentido, y amén de que tanto un arma blanca comprada en una armería (una daga o un “*nunchaku*”, por ejemplo) como un cuchillo de cocina “tramontina” puedan tener similar capacidad ofensiva, los múltiples usos inocuos a los que estos últimos pueden estar destinados, bien pueden marcar un diferente tratamiento. Es más, éste parece ser incluso un criterio más razonable, si se quiere, para tipificar la agravante, que el de la ofensividad, pues aun sin armas pero con violencia pueden darse también situaciones de peligro concreto y por ende puede concluirse que el legislador quiso proteger mediante la agravante algo distinto que el poner en peligro la vida o la integridad física.

Por lo demás, si el arma fuera una cosa distinta a aquello destinado como tal, entonces por ejemplo cuando el art. 144 inc. 4° del Cód. Penal prevé que la inhabilitación especial perpetua impuesta a los funcionarios comprende la de tener o portar armas de todo tipo, debería interpretarse que dichos funcionarios tampoco podrían conservar para sí elementos en principio inocuos como cuchillos de cocina, trozos de madera, alambres o botellas. Este argumento *ad absurdum*, permite observar que el término arma contiene un *plus* (distinto a la potencialidad ofensiva) que no se verifica respecto de elementos que no están destinados inequívocamente para ofender.

Por último, corresponde señalar que tal como indica Tozzini “ya el robo es un hurto agravado por el ejercicio de la violencia sobre las personas [por ello] el robo agravado una vez más por el empleo de un arma, requiere, para la aplicación de esta segunda agravación, de una mayor precisión en el contenido de la calificante” (Los delitos de hurto y robo, ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 302), de lo contrario se vacía de contenido el concepto de violencia.

Sin embargo, es claro que la violencia física en las personas también como capacidad intimidante, requerida por la figura del art. 164 del Cód. Penal se encuentra potenciada, con la utilización de ese objeto —que si bien no pudo romper— le otorgó al imputado mayor capacidad amenazante, lo que obviamente debe ser especialmente valorado al determinar el monto de la sanción a imponer (conf. arts. 40 y 41 del Cód. Penal). Precisamente, el tipo en cuestión en su modalidad consumada tiene una escala en abstracto que se extiende desde el mes hasta los seis años, permitiendo que la mayor ofensividad en la violencia ya requerida por el tipo pueda ser claramente ponderada (obsérvese que incluso el máximo de la pena de la figura básica supera el mínimo de la figura agravada). Son las amplias escalas penales las que nos permiten, justamente, ponderar estas cuestiones; de lo contrario esa amplitud no encontraría sentido alguno. No resulta menor que una de las circunstancias de mensura del art. 41 del Cód. Penal, es la de los medios empleados para ejecutar la acción.

Por las razones, expuestas considero que en el presente caso no se presenta el elemento normativo del tipo objetivo, tal como lo requiere el art. 166, inciso 2º, primer supuesto, del Cód. Penal. Por lo tanto, al no configurarse el elemento “arma”, es la figura básica la que debe aplicarse en el *sub examine* (art. 164 del Cód. Penal).

En efecto, los requisitos objetivos de la figura escogida concurren en el caso. El imputado intentó apoderarse de una suma de dinero (cosa mueble) propiedad de los señores L. Z. y M. T. (totalmente ajena) mediante la realización de actos de violencia física sobre la nombrada (la utilización de la botella, tomarla del cuello y los cabellos, amenazarla, zamarrearla, empujarla y propinarle un codazo a la altura del mentón).

Respecto del “apoderamiento”, acción típica en el delito de robo, éste sólo es alcanzado en el preciso momento en el que el autor logra la concreta posibilidad de disponer de los objetos sustraídos (conf. FRÍAS CABALLERO, Jorge, La acción material constitutiva del delito de hurto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 33). En el caso traído a juicio, es claro que no existió posibilidad alguna de disponer del bien y el hecho ha quedado, entonces —merced a su comienzo de ejecución— en grado de conato (conf. causa n° 3649 del registro de este Tribunal, *in re* “Acosta Luna, Víctor Eduardo y otro” por robo simple, rta. el 21/10/2011; entre muchas otras).

Es que, tal como se reseñó, la persecución por parte del damnificado y su hijastro se inició de inmediato, a lo que siguió la del agente B. Y salvo el fugaz momento en el que P. dobló la esquina —de todos modos bajo la mirada de los transeúntes que por allí pasaban y que indicaron donde se había escondido—, la búsqueda

emprendida fue persistente y constante a lo largo de las cuatro cuadras, lo que impidió el total desarrollo del plan de acción del acusado. Es posible afirmar, entonces, que ya inmediatamente después de la sustracción, el imputado no contó con la posibilidad de disponer del dinero. Repárese, que tal como señala M. T., P. se hallaba escondido debajo de un auto que estaba estacionado a unos 10 metros de la intersección (más precisamente a la altura de la segunda casa luego de la esquina). Es decir que mientras no fue visto sólo pudo atinar a ocultarse.

Tal como ha señalado conocida jurisprudencia, debe reputarse tentativa cuando la disponibilidad del bien ajeno no ha quedado consolidada en manos del sujeto activo, quien sólo ha ejercido sobre ella un señorío efímero. Se ha afirmado también que lo decisivo es determinar “si desde el punto de vista objetivo el ladrón estaba ya en una situación en la cual, si hubiese querido, hubiese podido disponer de la cosa sin que terceros se lo impidan” (CFCP, Sala II, causa nro. 9305, “Barrios, José Andrés...s/ recurso de casación). Precisamente, esa situación no se configuró en el caso.

Ahora bien, tal como afirman todos los testigos —y de lo que dan cuenta las actas mencionadas— el dinero no fue hallado. Sin embargo, la falta de hallazgo del objeto sustraído no determina la consumación *per se*, porque para la determinación de ello lo decisivo es que el autor haya estado en condiciones de ejercer actos de disposición, que es, por las razones antes apuntadas, lo que en este caso no ocurrió. No debe descartarse que esa falta de hallazgo, posiblemente, pudiera obedecer a un desprendimiento que en el afán por evitar ser detenido con el objeto en su poder, pudiera haber efectuado el imputado. Entonces, ese desprendimiento mal puede ser interpretado como un acto de disposición.

En tal sentido, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal *in re* “Vallejos”, resuelta el 1º de julio de 2009, ha considerado errónea la afirmación del sentenciante que, para dar por consumado el hecho, argumentó que la billetera, en el caso, no pudo ser recuperada. En apoyo de esta postura señaló que “los delitos de hurto y de robo requieren ... que el sujeto activo se apodere de la cosa (tal el verbo típico “apoderarse” del que no podemos apartarnos por imperio del principio de legalidad) ... En consecuencia, vale aclarar aunque resulte una obviedad, que el poder que alguien tenga de destruir una cosa en modo alguno denota necesariamente su posesión, como tampoco la posibilidad de tomarla y arrojlarla”.

En efecto, todo depende de las circunstancias del caso pues “(1)a tentativa o la consumación no se definen por mediciones de minutos o segundos, o de metros o kilómetros de persecución” (CFCP, causa

nro. 14.511 *in re* “Argañaraz”, Sala I del 30 de abril de 2013). De todos modos considero que hay actos de “descarte” que sí pueden implicar “formas de disposición”. Así, siguiendo de algún modo lo dicho en el fallo citado, resulta útil la distinción entre “el mero acto de abandonar la cosa ajena” mientras se es perseguido y la de “ocultarla” de los perseguidores, pues este ocultamiento sí constituiría “un ejercicio del poder fáctico sobre la cosa, poder que no cambia por el hecho de que el ladrón se sienta perseguido”. Sin embargo, en el *sub lite* —más allá de la falta de hallazgo— es claro que el imputado no tuvo posibilidad de “ocultar” la cosa, pues el derrotero se presentó sin solución de continuidad, lo que impidió o bien que el dinero pudiera haber sido entregado a un tercero o bien que el imputado pudiera alejarse lo suficiente, no ya para abandonar la cosa, sino para ocultarla deliberadamente.

Es por ello, que la tentativa o consumación no puede definirse porque el imputado haya sido perdido de vista o no, sino por la suma de elementos presentes en el caso que permitan concluir, por ejemplo, si el descarte implicó o no un acto de disposición. Del examen contextual, en el *sub lite* puede colegirse que P. fue perseguido sin interrupción, que al doblar la esquina sólo se desplazó unos pocos metros y que no hizo más que esconderse debajo de un auto, momento en el que si bien fue perdido efímeramente de vista por sus perseguidores [unos segundos según los testigos] no lo fue por el resto de los transeúntes; acto seguido fue hallado en su escondite por M. T. Todo fue de tal rapidez que cuando el agente B. que se encontraba tan solo a unos 50 metros de M., lo alcanza, P. ya había sido retenido por aquél. Por lo expuesto, la totalidad de la acción desplegada sólo pudo haber permitido al imputado un “mero descarte” del dinero pero no el “poder comportarse como propietario de la cosa”.

En suma, por las consideraciones formuladas, entiendo que al haber mediado solamente una sustracción sin que se hubiese consolidado un poder fáctico de disposición por parte de P., el delito ha quedado en grado de tentativa, sin perjuicio de que la desaparición del dinero también será un elemento a valorar al momento de graduar la sanción a imponer.

Con relación a la concurrencia del tipo subjetivo de la figura en examen, es posible afirmar que del propio modo de comisión de los hechos, surge con nitidez que el imputado tuvo conocimiento, en el momento de actuar, de todos los elementos del tipo objetivo al que su comportamiento se subsume.

VII. Que no se han verificado, ni las partes han alegado, causas que excluyan la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad de la conducta típica. Por todo lo expresado, entiendo —como ya se adelantó—

que la conducta desarrollada por N. L. P. configura el delito de robo en grado de tentativa.

VIII. Que, en consecuencia, sólo cabe considerar cuál es la pena que corresponde imponer al acusado. En dicho cometido y tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Fernando Ramírez” (Fallos CSJN 330:490) las pautas para su mensura deben expresarse explícitamente, teniendo en cuenta que los arts. 40 y 41 no indican necesariamente el sentido en que deben ser valoradas.

Corresponde, entonces, en primer lugar ponderar como circunstancia agravante que el hecho fue cometido respecto de un sujeto pasivo femenino aprovechando que se encontraba en soledad y explotando su evidente superioridad física. Asimismo, debe considerarse el grado de avance del *iter criminis* y la extensión del daño causado, toda vez que los damnificados —dos abnegados trabajadores— no han podido recuperar el dinero del que fueron desapoderados. También como agravante debe tenerse en cuenta la insistencia en el ejercicio de la violencia así como el medio utilizado a tal fin (recordemos que primero apoyó una botella en la espalda de la víctima simulando tener un arma, la tomó por detrás del cuello y de los cabellos, tironeó de su delantal, golpeó varias veces la botella contra una superficie dura produciendo amedrentamiento en la damnificada mientras la amenazaba y luego, para procurar la huida la empujó haciéndola trastabillar y le propinó un codazo en el mentón). Corresponde mencionar que la circunstancia de valorar tal insistencia no constituye un caso de doble agravación. En efecto, como es sabido “(e)n muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible —y necesario— tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho” (ZIFFER, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad Hoc, 1996, p. 131). Adentrándonos en el caso concreto, es claro la que el elemento “violencia en las personas” ya constituye el fundamento del propio tipo penal, mas el hecho de que se trató de un ejercicio insistente de tal violencia, constituye un *plus* que denota la intensidad con la que aquella circunstancia se manifiesta en el hecho y que debe tener su reflejo dentro de la escala punitiva de aplicación. Por último, cabe señalar que no se comparte con el señor Fiscal General que los antecedentes del imputado puedan considerarse como pauta negativa al momento de graduar la sanción a imponer, ello en función de lo que el Tribunal ha interpretado como recto entendimiento de un derecho penal de acto derivado de una concepción estricta del principio de culpabilidad.

Como atenuantes han de tenerse en cuenta las condiciones personales del imputado: el abandono

de la escolaridad para insertarse tempranamente en el mercado laboral y su situación familiar. A su vez, la agresión de la que fue víctima por parte del aquí damnificado bien puede valorarse, de modo parcial, como una suerte de *poena naturalis*.

La ponderación conjunta de tales pautas —de conformidad con los arts. 40 y 41 del Cód. Penal— me llevan proponer al acuerdo que se imponga a L. N. P. la pena de un año y cuatro meses de prisión, además de las costas. La pena impuesta será de efectivo cumplimiento en razón del antecedente que registra P. y que se encuentra debidamente certificado en su respectivo legajo para el estudio de la personalidad.

Ahora bien, de acuerdo a lo que surge de la lectura de las presentes actuaciones, P. se encuentra detenido ininterrumpidamente desde el 10 de julio de 2012 (fs. 7/vta.), es decir, lleva un tiempo total de detención de un año, cuatro meses y diez días. En consecuencia, a la fecha, la pena que propongo ya se encuentra comulgada con el tiempo de detención cumplido por el imputado, por lo que habrá de disponerse su inmediata libertad, la que se hará efectiva desde la sede de este Tribunal.

IX. A su vez, de conformidad con las constancias que obran en el respectivo legajo para el estudio de la personalidad, P. fue condenado el día 13 de julio de 2005 por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 22 —causa nro. 2026 de su registro—, imponiéndosele la pena única de tres años y seis meses de prisión y costas, y disponiéndose como fecha de vencimiento de la pena el día 21 de julio de 2008. En atención a que el imputado cumplió bajo un régimen de encierro efectivo la referida pena única —obtuvo su libertad condicional el día 21 de mayo de 2007—, y toda vez que entre el vencimiento de dicha pena y la fecha de la comisión de los hechos de esta causa —10 de julio de 2012— no ha transcurrido el término fijado en el cuarto párrafo del art. 50 del Cód. Penal, corresponde que el Tribunal declare su reincidencia.

Ahora bien, en atención a la compurgación de la pena aquí propuesta, es que a los argumentos ya expresados en la causa “Tantaleán”, entre otras, acerca de la imposibilidad de declarar inconstitucional una norma que solo describe un estado (art. 50 del Cód. Penal) y la imposibilidad también de declarar inconstitucional siquiera indirectamente una norma que el juez no debe aplicar hoy al caso (art. 14 del Cód. Penal), se suma en la especie la circunstancia de que no sólo hoy sino que tampoco en un futuro habrá una norma sobre la cual quepa realizar el control de constitucionalidad. No existe agravio actual, pero lo que es peor tampoco habrá uno futuro.

Toda vez que según la legislación actual las únicas implicancias derivadas de la declaración de rein-

cidencia son las formuladas por los arts. 41 y 14 del Cód. Penal y ninguna de esas normas —en lo pertinente— se aplican ni se aplicarán en el futuro al caso, la cuestión es abstracta (tal como seguidamente se detallará).

En rigor de verdad, este no es el “momento oportuno” para ejercer el control de constitucionalidad (*ripeness*, según el derecho constitucional estadounidense) porque el agravio al que se refiere la señora Defensora es —cuanto menos— meramente especulativo y, entonces, se configura un supuesto de “falta de madurez del caso” (BIANCHI, Alberto, Control de Constitucionalidad, ed. Abaco, Buenos Aires, 199, p. 140 ss.). Hemos dicho en el precedente Tantaleán que es especulativo por varias razones entre las que puede mencionarse a modo de ejemplo que al momento de estar en condiciones —temporales— de solicitar la libertad condicional el solicitante pueda no obtenerla por motivos ajenos a la reincidencia, entre muchos otros y, entonces, no sea necesario pronunciarse ni siquiera sobre la constitucionalidad del art. 14 del Cód. Penal. En el presente caso, precisamente, tenemos un supuesto más en el que no sólo se trataría de un agravio especulativo o potencial sino de imposible configuración en razón de la pena impuesta y la efectivización de la libertad del condenado, lo que demuestra que nunca el pronunciamiento que declara el estado de reincidencia (en lo que ahondaremos) constituye el momento oportuno para ejercer dicho control.

En efecto, lo que se esconde —quizá no conscientemente— tras el planteo defensorista, es la pretensión de que los jueces realicen el control de constitucionalidad del art. 14 del Cód. Penal y ello resulta imposible, pues en ese caso se trataría en puridad de un inadmisibles control de constitucionalidad en abstracto (lo demuestra a todas luces este caso en el que directamente el control nunca será oportuno). El juez estaría analizando la conformidad o no a la norma fundamental (art. 14 del Cód. Penal) de una previsión legal que no aplicó en su fallo —ni, en el *sub examine*, va a aplicar jamás— y no tendría jurisdicción para ello, ni sentido alguno que así lo hiciera. La situación fáctica que le causaría un agravio al condenado no se encuentra hoy presente y no se va a encontrar (ni siquiera es potencial).

El sentido que tiene el control de constitucionalidad es el de mantener la supremacía de la Constitución Nacional. Por lo tanto el juez no debe aplicar al caso una norma que se encuentre reñida con la Ley Fundamental (conf., por todos, Bianchi, Alberto, op. cit., p. 25 ss.). La única manera de que la norma que resultaría aplicable al caso no sea utilizada por los jueces —control difuso— es determinando que ella es contraria a la Constitución Nacional. El significado del control de constitucionalidad y de la declaración de inconstitucionalidad como *ultimaratio* constituye

el único modo en el que un juez no aplique una norma —obviamente en principio— aplicable al caso.

Podrá insistirse con que ello no es así porque la norma que se está cuestionando es la del art. 50 del Cód. Penal que sí resulta aplicable. Pero ello como se dijo es sólo apariencia. Creo que el instituto de la reincidencia no puede *per se* ser tratado como constitucional o inconstitucional, sino que la conclusión siempre está ligada a las consecuencias que dicha declaración trae aparejada (no hay mejor reflejo que este caso). Sin establecer esa relación, la reincidencia —como tal— no es más que un *nomen iuris* que sólo describe la situación en la que determinada persona condenada se encuentra. Sí es cierto que no cualquier consecuencia puede derivarse de aquella declaración y es entonces el juez en el caso concreto el que debe analizar la razonabilidad o no en el caso en cuestión.

Es tan claro, que el art. 50 del Cód. Penal nada indica con respecto a su adecuación constitucional que las distintas consecuencias a las que conlleva pueden tener distinto tratamiento. Por ejemplo, en mi caso considero que hay normas que derivan de ese estado consecuencias reñidas con el principio de culpabilidad por el hecho —arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional—, tales como ya se afirmó, por ejemplo, considerarlas una circunstancia agravante a los fines del art. 41 del Cód. Penal o aquellas decisiones que toman la posible declaración de reincidencia como un obstáculo ineludible para otorgar la exención de prisión o la excarcelación. Pero a la vez no veo que la previsión del art. 14 del código mencionada se encuentre reñida con la Constitución Nacional (tema sobre el que no me explayaré aquí ni siquiera a modo de *obiter*). Sobre las distintas consecuencias que apareja la declaración de reincidencia, se han visto jurisprudencialmente todas las combinaciones posibles en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los art. 41 —en el aspecto tratado— y 14 del Cód. Penal, lo que es —cuanto menos— un claro indicador acerca de que el art. 50 nada revela al respecto. Lo fundamental es entonces la utilización que se hace del instituto. Por lo demás, el legislador bien puede cambiar las consecuencias que acarrea la declaración de reincidencia sin que ello modifique el estado que se establece en el art. 50 del Cód. Penal que, en principio, es meramente descriptivo y que simplemente denota como reincidente a todo aquél que cometiere un nuevo delito punible con pena de prisión habiendo cumplido anteriormente total o parcialmente pena privativa de libertad y siempre que no hubiera transcurrido desde el vencimiento de la primera el tiempo fijado en el cuarto párrafo de la norma.

Más allá de estas consideraciones y, como ya se adelantó, estamos aquí ante un caso abstracto (*mootness*) porque sin perjuicio de que el planteo a mi criterio resulta siempre prematuro en estos casos (*rip-*

ness), en el *sub lite* al planteo original le sobrevino una circunstancia —la compurgación de la pena— que modificó la existente al “momento de su iniciación tornando innecesaria e ineficaz la decisión judicial” (Bianchi, op. cit., p. 164). Por tal motivo, el pronunciamiento resulta inoficioso aun cuando se lo redireccione a la exigencia de un —inadmisible— control sobre el art. 14 del Cód. Penal.

X. El resultado del proceso trae aparejada la imposición de costas causídicas a N. L. P. (artículos 29, inciso 3º del Cód. Penal, 530 y 531 del Cód. Procesal Penal de la Nación).

Tal mi voto.

El doctor *Chamot* dijo:

Que adhiero al voto de la distinguida colega que abrió el Acuerdo, aunque sobre uno de los aspectos que corresponde a la calificación que debe otorgarse al hecho comprobado —si se trata de un robo simple o uno calificado por el uso de armas—, si bien llego a su misma conclusión, lo hago a través de razones distintas que expondré muy brevemente.

Por mi parte, participo de la opinión tradicional de la doctrina argentina que incluye en el concepto de armas contenido en el art. 166 del Cód. Penal a las denominadas impropias. Como es sabido, se incluye en estas últimas a aquellos elementos que sin haber sido expresamente concebidos con la finalidad de agredir o defender —por ejemplo, puñales, estiletes, manoplas, etc.—, por el modo de su utilización en el caso concreto cumplen con aquella finalidad, creando para la víctima un riesgo en su vida o salud similar al que provocan las armas propias. Respecto del concepto de armas, se ha sostenido en mi opinión con acierto que “Es sin duda un elemento normativo del tipo y, por ende, se lo debe analizar como elemento cultural-normativo. En tal sentido, entiendo que hay que alejarse, en estos temas, de un mero concepto ontológico, ya que, como se sabe, la mayoría de los conceptos jurídicos, salvo algunos fundamentales, como ser la acción, son normativos, tal como fue visto en su momento por Frank y Engisch. Si esto es así, el arma no es sólo el arma propia, ya que este concepto viene dado desde la ontología. El arma, vista desde esta perspectiva, debe ser interpretada desde sus fines, esto es darle un mayor poder ofensivo o defensivo a la persona. Y tengo para mí que esta fue la idea del legislador para tomar el arma como agravante. En síntesis, no se trata de una ampliación analógica del tipo, sino de darle una comprensión normativa, que es otra cosa” (Sala I, causa 23.368 bis, “Alvarez, Mariano Gastón y otros s/ procesamiento”, voto del Dr. Donna).

Pero aún desde esta perspectiva, entiendo que en el supuesto que se juzga no puede afirmarse que la

botella haya sido utilizada como un arma impropia. En el primer segmento del hecho el autor se limitó a apoyarla en la espalda de la damnificada con el claro propósito de intimidarla haciéndole creer que se trataba del cañón de un arma. Luego, cuando la víctima se percató de que se trataba de una botella y comenzó el forcejeo no trató en ningún momento de servirse de ella como elemento contundente (la Sra. Z. nunca dijo que P. haya siquiera intentado golpearla con ella). Hasta ese momento se advierte entonces que la víctima no corrió a raíz de la existencia de la botella un mayor riesgo a su integridad física que el que se deriva de cualquier otra forma de violencia en las personas. A partir del comienzo del forcejeo el imputado trató o habría tratado de romper la botella golpeándola contra un hierro (llama realmente la atención que no lo hubiera logrado si ese era su propósito), a la vez que la amenazaba con que la iba a cortar. Finalmente, dejando allí la botella se dio a la fuga con el resultado conocido. No advierto tampoco, en este segundo segmento del hecho, que el modo de servirse de la botella por parte del acusado haya creado para la Sra. Z. un riesgo real y concreto para su vida o su salud. Al igual que en el caso anterior el enjuiciado no trató de agredir a la damnificada golpeándola directamente con el elemento que tenía en su poder; y si su finalidad era verdaderamente la de hacerse de un elemento cortante lo cierto es que no lo logró, por lo que no llegó a crear el peligro que un objeto de esa naturaleza representa. Puede en mi criterio asimilarse lo ocurrido a la de quien, durante un robo y durante un forcejeo con la víctima, trata de tomar una cuchilla (o, si se prefiere, un puñal) sin conseguirlo. Por decirlo de alguna manera, sería un caso de robo con “tentativa de utilizar un arma”, lo que por supuesto no encuadra en la figura del art. 166, primer párrafo del inc. 2° del Cód. Penal.

Así lo voto.

El doctor *Báez* dijo:

Me toca discrepar, parcialmente, con los sufragios que me preceden en el orden de la votación.

Creo que corresponde acompañar nuestro fiscal en cuanto instala el concepto de arma impropia como soporte normativo de su petición.

No se me oculta ciertamente que en relación a la botella como elemento que permite aprehender la conducta en las previsiones del robo calificado —alejándolo de su modalidad simple— se han derramado ríos de letra; tampoco me pasa desapercibido, en ese sendero, que desde hace mucho tiempo casi todo esta dicho en nuestra disciplina (VIRGOLINI, Julio E. S. “La razón ausente” p. XIII Del Puerto Bs. As. 2005), que el derecho, como materia de estudio, es un objeto cultural (ALMEYRA, Miguel Angel “Cód. Procesal

Penal de la Nación” T. I p. 36 Ed. La Ley Bs. As. 2007) donde la conducta criminal, sin duda, es consecuencia de un aprendizaje que se realiza en un proceso de comunicación (RIGHI, Esteban “Los delitos económicos” p. 73 Ad Hoc Bs. As. 2000) siendo que el análisis que se impone efectuar recalca respecto de elementos preconstituidos, pues la mente humana, en rigor de verdad, no crea sino que combina de un modo distinto y novedoso las imágenes intelectuales sensibles o ya existentes (C.N. Civil, sala A, E.D. 136-53).

Sentado cuanto se expusiera en el párrafo que antecede, es dable apontocar que ya en los albores de nuestra ciencia —pero con notable actualidad— CARRARA (“Programa de Derecho Criminal” p. 2123 Ed. Temis Bogotá 1997) enseñaba que cuando el ladrón lleva armas se puede agravar la calificación; al estar armado éste, hace sospechar el peligro que podría correr el dueño en caso del ataque imprevisto.

Las legislaciones arcaicas han acudido al sistema de elevar la pena ante el empleo de armas para el despojo siendo prudente mencionar que, en un primer segmento de la vida legislativa de los antiguos ordenamientos, aquellos lo castigaban hasta con la muerte del ladrón mientras otros marcos normativos —más moderados y evolucionados en el devenir de la legislación— han prohijado el descenso de la admonición que cobijaba el peculio y la seguridad personal (CARRARA, Francesco “Programa de Derecho Criminal” parag. 2201 Ed. Temis Bogotá 1997).

Si continuamos deslizándonos por el arco del tiempo fácil es colegir que, con matices de detalles, la construcción de la incriminación se mantiene incólume en el Cód. de Baviera (art. 221) y en el Baden (parag. 381) (CARRARA, Francesco “Programa de Derecho Criminal” & 2123).

En el derecho penal español, la cuestión tiene un antiquísimo arraigo al estar contemplado en la ley 7, título 33, de la Partida que admitía en la palabra “armas” no tan solo “los escudos, e las lorigas, e las lancas, e las espadas e todas otras armas con que los omes lidian, mas aun los palos, e las piedras” (TOZZINI, Carlos A. “Los delitos de hurto y robo” p. 299 Depalma Bs. As. 2005).

Un abordaje discretamente lógico, aunque somero, que surge a poco de compulsar la evolución de la agravante auscultada en derecho nacional me permite inferir que ésta ha tendido su simiente en el código de 1886 (art. 188 inciso 1), pasando inalterable al proyecto de 1891 (art. 201 inc° 1) y la Ley de reformas 4189 (art. 22) (NUÑEZ, R. “Tratado de Derecho Penal” T. IV p. 239 Ed. Lerner Córdoba 1989).

Se impone mencionar que en el proyecto Tejedor el arma cobraba autonomía pues agravaba el robo

respecto de quien la empleaba, aun cuando dicho codificador estableciera cierto límite a la misma, en oportunidad de predicar que por la palabra arma debía entenderse como todo elemento capaz de poner en peligro la vida (TOZZINI, Carlos A. “Los delitos de hurto y robo” p. 299).

Explica MORENO (“El Cód. penal y sus antecedentes” T. V ps. 144/147 H. A Tommasi Editor. Bs. As. 1923) que los códigos de 1886, 1891 y 1906, como antecedentes inmediatos del finalmente sancionado en 1921, receptaron la agravante despuentada concepto que se hermana a todo adminículo apto para ofender o dañar cualquiera fuese su destino, el cual puede tratarse de un revólver o un puñal fabricados para la defensa o la ofensa así como también un palo, un cuchillo, un formón; en una palabra, son alcanzados los objetos o herramientas que, si bien han sido elaborados con propósitos distintos a los del uso ofensivo, son capaces de dañar.

El proyecto de Soler de 1960, en su artículo 211 inciso 2, imponía la pena de reclusión o prisión de tres a quince años cuando el robo fuere cometido con armas, con la salvedad que el codificador, al menos en lo que al robo se refiere, sólo se hace un distinguo según medie fuerza en las cosas o violencia en las personas (“Proyecto de Cód. Penal” p. 22 Impreso en los Talleres Gráficos de la Dirección Nacional de Institutos Penales del Ministerio de Justicia. Bs. As, abril de 1966).

La edificación normativa actual tiene como punto de amarre la reforma de 1968, por intermedio del decreto-ley 17.567, que fue derogada por la ley 20.509, de 1973 y puesta nuevamente en vigor por imperio de la ley 20.642 (DONNA, Edgardo “Derecho Penal. Parte Especial” T. II-B p. 158 Rubinzal Culzoni Santa Fe 2001).

Ahora bien, a la luz del derrotero evolutivo de la agravante en trato me he de permitir, en aras de cobijar la ponencia fiscal, delinear un concepto de arma que me incline a encuadrar la conducta de los incusos en el tipo penal escogido.

Es plausible señalar que ha sido opinión dominante y pacífica que al cincelarse el concepto normativo de arma se ha acudido a un criterio laxo —incluso hasta con cierta disociación del alcance semántico que le asigna el Diccionario de la Lengua— por el cual éste se superpone con todo elemento que aumenta, de cualquier modo, el poder ofensivo del hombre concluyéndose que, la legislación específica, cobija a todos los instrumentos fabricados por el mismo y destinados a herir o poner la vida en riesgo real y en el mismo momento de su empleo (TOZZINI, Carlos A. “Los delitos de hurto y robo” ps. 300 y 308 Depalma Bs. As. 1995).

De lo expuesto se colige —ya en un segundo nivel dialéctico y concatenado con los extremos debatidos en este legajo— que la botella, con la cual se anhela el demérito crematístico, se enmarca dentro del género de las armas impropias las cuales, por definición, son aquellos objetos que habiendo sido fabricado para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir el daño en el cuerpo o en la salud de una persona (MOLINARIO, Alfredo “Los delitos” p. 273 Tea Bs. As. 1996).

Insisto pues que el concepto de arma comprende tanto las propias como las impropias equiparadas a las propias y las verdaderamente impropias que por sus características se adecuen a la razón de ser de la agravante, como serían algunas herramientas de punta o filo o los objetos de gran poder contundente (C.C.C Sala IV causa “Aquino, R.” rta. 30/5/1997; “ARDOHAIN, María Celina en ARCE AGGEO, Miguel Angel”-BÁEZ, Julio C. “Cód. Penal. Anotado y Comentado” p. 545 Cathedra Jurídica Bs. As. 2013).

El artefacto que fuera exhibido en la audiencia de debate, innegablemente, posee la calidad de arma blanca; mas allá de mi observación personal, según nos da cuenta la experticia de fs. 23, se trata de un elemento de holgado volumen y de una masa definida, aún cuando del mismo no se denote una actitud filo cortante.

No me pasa desapercibido la forma en que dicho elemento, innegablemente contundente, ha sido utilizado. Dicha utilización, no recalca en un empleo soterrado o deuteragonista del mismo; por el contrario, el artefacto ha tenido un protagonismo principal en el episodio perquirido.

Fueron claras, al menos en mi modo de ver las cosas, las propias víctimas de autos en cuanto al perseguido empleaba ostensiblemente el primero, en oportunidad de colocarlo a la espalda de uno de ellos y luego, exhibiendo un proceder tosco, visiblemente expuesto y rudimentario, golpeaba el mismo de manera superpuesta a amedrentar y vencer la resistencia de una de ellas y avanzar en su propósito de munirse de la riqueza ajena.

Creo que si bien ha sido una circunstancia azarosa la que ha impedido que el adminículo no se resquebrajara —para actuar como verdadero pico de botella— dicho extremo periférico y ajeno a los designios criminales de su autor, en nada enerva el concepto de arma impropia que vengo ornamentando y que se une de manera simbiótica a las previsiones del art. 166, inc. 2° del Cód. Penal.

En comunión con la solución que, aun en soledad, propicio se ha establecido que encuadra en el artículo 166 inciso 2 del C.P. la utilización de palos de made-

ra, piedras, botella y otros elementos contundentes utilizados para agredir físicamente a la víctima y despojarlas del objeto de valor (C.C.C. sala VI causa. 22.421 "Alfaro Hernani, J." rta. 30/6/2004 J.P.B.A. 127-49) por cuanto ese elemento aumentó el poder ofensivo del atacante (C.C.C. Sala de feria "Agüero, Alvaro y otros" LA LEY, 2003-F, 847; C.C.C., sala I, causa "A.M.G." LA LEY, 2004-D, 483; voto del juez Donna).

Ahora bien, aun cuando concuerdo con el sufragio mayoritario en cuanto al rótulo de tentado que alcanza al progreso de la acción, estimo que difieren los argumentos por los cuales arribo al mismo, extremo que me obliga a motivar mi diversidad conceptual en aras de ahuyentar cualquier inopia lingüística.

Tomo nota que ninguna duda cabe que, como consectorio del ataque feroz al peculio ajeno, los inmolados han visto descendido su peculio merced a que el dinero que, creíblemente, manifestaban poseer con antelación a la acometida no ha sido recuperado; mauer de ello, creo que la bruma oscura se proyecta sobre la posibilidad de disponer que alcanzaría al sujeto activo del evento.

La solución de continuidad entre el despojo y la inmediata detención —aun con la acreditada mengua patrimonial— barrunta hacia un objetivo titubeo que me impide, nítidamente, encuadrar la cuestión entre un señorío efímero consolidado y el conato delictual.

La calígne jurídica proyectada —al menos en este caso sometido a juzgamiento y sin perjuicio del análisis que se efectúe en cada evento en particular— en cuanto a esta suerte de tensión que emerge entre la posible consumación del delito y su tentativa, merced a las cavilaciones que no trepido en manifestar, deben resolverse a favor de la respuesta menos lesiva para la criminalización.

En ese sentido, predicán ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR ("Derecho Penal. Parte General", p. 119 Ediar Bs. As. 2002; "Manual de Derecho Penal. Parte General" p. 107/108 Ediar. Bs. As. 2005) que el principio de interpretación restrictiva se expresa también en un segundo momento puramente analítico: dentro del alcance de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Añaden dichos juristas que tanto el principio procesal de "*in dubio pro reo*" como el de interpretación restrictiva comulgan con la excepcionalidad que se desprende de la criminalización primaria.

Ese enfoque reductor ha sido recogido, de manera lozana, por nuestra Cámara Federal de Casación Penal (sala II, causa 8.699 "Medina, Alberto Darío", rta. 27/12/2012; voto del juez Slokar) la cual es tributaria en señalar que es el canon de máxima taxatividad restrictiva el que obstaculiza cualquier inteligencia extensiva en la interpretación de las normas penales (ver mi voto T.O.C. N° 4 "Arguilea, Ezequiel Jesús" rta. el 4/5/2012; fallo publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Numero 9, Octubre 2012 ps. 79/93).

Estas son las consideraciones que me llevan a sufragar que la emergencia en trato debe ser calificada como robo agravado por el uso de arma, en grado de tentativa solicitando que, en razón del resultado adverso de la votación, se me exima de abordar la totalidad de cuestiones vinculadas a la mensuración punitiva.

Tal es mi voto parcialmente disidente.

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con el acuerdo al que llegaron los Sres. Jueces, las disposiciones legales citadas y por aplicación de lo establecido por los arts. 18 de la Constitución Nacional, y 396, 398, 399, 403 y 530 del Cód. Procesal Penal, el Tribunal, por mayoría; resuelve: I. Condenar a N. L. P., de restantes datos filiatorios obrantes en el encabezamiento, por ser autor del delito a cumplir la pena de un año y cuatro meses de prisión y al pago de las costas procesales (arts. 29, inc. 3ro., 42, 45 y 164 del Cód. Penal). II. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Cód. Penal efectuado por la defensa y, en consecuencia, declarar reincidente a N. L. P., de restantes datos filiatorios obrantes en el encabezamiento, en relación con la pena única de tres años y seis meses de prisión que se le impuso por sentencia dictada el día 13 de julio de 2005 por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 22, de esta ciudad, en la causa nro. 2026 (art. 50 del Cód. Penal). III. Tener por compurgada la pena impuesta en el punto dispositivo I con el tiempo de detención cumplido por N. L. P., de restantes datos filiatorios obrantes en el encabezamiento, y, en consecuencia, disponer su inmediata libertad, la que se hace efectiva desde la sede de este Tribunal. Líbrense los correspondientes oficios. Insértese en el Registro de Sentencias del Tribunal, comuníquese al Juzgado de Instrucción originario, a la Policía Federal Argentina y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal; oportunamente, archívese. - Ivana Bloch. - Armando Chamot. - Julio Báez.

EMPLEO PÚBLICO

Personal contratado por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Renovación sucesiva por 23 años. Ausencia de revisión de la doctrina de la Corte Suprema en la materia.

Hechos: La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda interpuesta por un miembro del personal contratado del Banco de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones por las que la entidad dispuso no renovar el contrato de empleo público que desde el año 1977 lo vinculaba a aquella, así como rechazar el recurso interpuesto contra esa decisión. El actor interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada.

Dado que las sucesivas continuas y renovaciones, durante 23 años, del contrato que vincula-

ba al actor con el Banco de la Provincia de Buenos Aires pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo de terminado, y generarle una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”, corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por él interpuesta.

CS, 08/10/2013. - González, Lorenzo Ramón c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa.

[Cita on line: [AR/JUR/64440/2013](#)]

Dictamen de la Procuración General de la Nación:

Suprema Corte:

—I—

A fs. 557/571 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en adelante), la Suprema Corte de

Empleo público temporal

POR GUSTAVO J. GALLO

Urquiza y Rosas eran dos caracteres distintos, dos temperamentos opuestos, dos espíritus antagónicos, militando por imperio de los acontecimientos en las filas del mismo partido. Causas superiores a la voluntad de los hombres, hicieron al uno el más firme sostén del otro. (1)

Si no fuera por los nombres anunciados, podría decirse que el autor ha querido referir al antagonismo de los iguales, que puede apreciarse en diversos ámbitos, ensayos, locuciones y sentencias, en tanto ponen de manifiesto esa contraposición hegeliana, tan presente en la dialéctica humana entre opuestos que, paradójicamente, persiguen con honestidad intelectual los mismos fines.

Es frecuente que la Corte Suprema nacional, no solo por su jerarquía, contradiga a la Suprema Corte de Buenos Aires, probablemente a causa de raíces cuya investigación excede a esta nota. Pero este caso cobra especial envergadura por ser aqué-

lla quien declara una posición ahora denominada *progresista*, que desde siempre ha sido patrimonio, aunque no exclusivo, del tribunal bonaerense.

La sentencia se origina en hechos por demás simples y que validan por su solo enunciado la razón que asiste al demandante a partir del sentido común y con prescindencia de las reglas procesales. Éste reclama para sí el reconocimiento de que la renovación sucesiva de veintidós contrataciones anuales ha implicado una mera simulación de contrato determinado, para convertirse en un típico empleo público y, como tal, caracterizado por la estabilidad.

Como suele ocurrir, la lectura estricta de la norma ritual ha sido el pasaporte para la denegatoria del recurso extraordinario. Pero esta vez la Corte Suprema quiso (y quiso más que pudo) superar los escollos, afirmando que el actor merece ser oído por el tribunal, quien sostiene para ello que la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

En mi opinión, no ha existido tanto arbitrariedad de sentencia, sino que la Corte Suprema ha advertido los efectos que se derivarían de la sentencia recurrida, cuyos términos no comparte, y a partir del actor vuelve a volcar nueva tinta en

(1) SAROBE, José María, Urquiza, Guillermo Kraft Ltda., 1941, T I, p. 13.

Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda promovida por el actor —ex agente del Banco de la Provincia de Buenos Aires— a fin de que se declare la nulidad del acto que dispuso no renovar su contrato de empleo público y del acto que rechazó el recurso contra dicha decisión y, por lo tanto, tampoco hizo lugar a lo solicitado en cuanto a su reincorporación al cargo y la indemnización de los daños y perjuicios que habría padecido.

Para así decidir, el tribunal consideró aplicable al caso el criterio constante adoptado en cuanto a que el personal de planta temporaria participa de un status de excepción y no posee más derechos que los previstos en el régimen jurídico que regula su incorporación y desempeño en la relación de empleo. Añadió que, debido a que todos los contratos suscriptos entre las partes contenían un plazo, la decisión de la demandada de no renovar el último acuerdo fue legítima, no correspondiendo su anulación.

Con relación al alegado perjuicio de índole previsional —consistente en la imposibilidad de obtener una jubilación por edad avanzada—entendió que

esta cuestión tan delicada y consabida de que el recurso extraordinario no es la vía para obtener una tercera instancia.

Con apoyo en regulación positiva (2), la Corte provincial consideró aplicable al caso *el criterio constante adoptado en cuanto a que el personal de planta temporaria participa de status de excepción*. (sic), de lo que se derivaría que, si los contratos sucesivamente suscriptos entre las partes contenían plazo, *la decisión de la demandada de no renovar el último acuerdo fue legítima, no correspondiendo su anulación* (sic). Es difícil encontrar un razonamiento más plano que el trascripto, propio del derecho romano antiguo, cuando sostenía que la ley es dura pero es la ley (3), pues no cabe duda de que el espíritu de la norma ha sido precisamente la temporalidad como excepción y no la temporalidad como regla, lo que conlleva, en el caso, al abuso de derecho, no amparado por la ley. (4)

A más de lo dicho, la Corte provincial no quiso advertir la situación analógica proveniente del derecho del trabajo, en donde la renovación sucesiva

tampoco se encuentra probado y señaló que, a diferencia de otros casos en los cuales se solicitó el depósito de los aportes previsionales adeudados a la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en el caso se invocó la existencia de un daño y se requirió la fijación de un prudente resarcimiento. En este sentido, destacó que si bien de la certificación de servicios se desprende que la demandada no efectuó aportes previsionales entre 1977 y 1993, ello no es suficiente, pues el actor debió demostrar que la prestación por edad avanzada le fue denegada en virtud de la falta de aportes mínimos requeridos, ni tampoco estimó cuál pudo haber sido el importe de la jubilación que pudo haber perdido.

—II—

Disconforme con este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 574/584 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, aduce que la sentencia es arbitraria pues efectuó una interpretación equivocada del texto

—que la jurisprudencia ha llegado a entender que se configura a partir de la primera renovación— convierte al contrato por tiempo determinado en la modalidad que es la regla, o sea el de tiempo indeterminado. (5)

Párrafo aparte merece la cuestión en si misma del empleo público, caracterizado por la norma que lo regula por la estabilidad absoluta, lo que echa sombras sobre las tantas excepciones que la experiencia argentina ha ido acumulando, más por razones políticas que jurídicas, lo que ha llevado al lavado de la regla para cultivar innumerables excepciones, como la que quiso sostener la Corte provincial. En efecto, la aludida excepcionalidad ha terminado por ser una costumbre al servicio de las estadísticas como del presupuesto del estado, quien invariablemente, salvo durante el lapso 1966/1969 ha sido generoso en la creación del empleo público hasta que, agotados los recursos, se decidió a otorgarlo en forma precaria, dictando normas que no han tenido la suerte de ser desdichas por inconstitucionales aunque casi siempre lo han sido.

Nos introducimos así en las aparentes motivaciones de la Corte Suprema, quien —a mi juicio—

(2) Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Arts. 6º y 9º.

(3) Dura lex sed lex.

(4) Art. 1071, 2do. Párrafo, Código Civil.

(5) Art. 90, in fine, Ley de Contrato de Trabajo.

aplicable y no tuvo en cuenta que las normas locales afectan el derecho del trabajador al haber mantenido por más de veintidós años una relación laboral bajo la modalidad de contrato, privándolo de la estabilidad y de los aportes a la seguridad social (arts. 14, 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Añade que el tribunal omitió aplicar las disposiciones pertinentes para la solución de la litis, no consideró que el vínculo laboral existente por las sucesivas renovaciones desde 1984 generó la posibilidad de conocer los motivos de la no renovación contractual y prescindió de efectuar un tratamiento objetivo del material probatorio. Por otra parte, sostiene que la sentencia omitió hacer prevalecer la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, por cuanto la ilegitimidad del accionar de la demandada está dado por el motivo real de la no renovación, cual es que había llegado a la edad de sesenta y cinco años y estaba en condiciones de jubilarse.

—III—

Ante todo, cabe recordar la jurisprudencia de la Corte según la cual lo relativo a las facultades de los

tribunales provinciales, al alcance de su jurisdicción y a la forma en que ejercen su ministerio —por ser materias que se encuentran regladas por la Constitución y las leyes locales— escapan a la instancia del art. 14 de la ley 48, en virtud del debido respeto a las atribuciones de las provincias (Fallos: 318:1044, entre otros). Asimismo, la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el recurrente considere tales, con sustento en su mera discrepancia con el alcance atribuido por el tribunal apelado a principios y normas de derecho público local o con la valoración de la prueba, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional. En virtud de ello, su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación, pues de lo contrario se extendería la jurisdicción de la Corte habilitándola para revisar todas las decisiones judiciales que se dicen, con menoscabo de los límites establecidos por la Constitución y las leyes (Fallos: 315:575; 326:2525).

Sobre la base de lo expresado, entiendo que el recurso interpuesto es inadmisibile, pues los agravios

ha ensayado una suerte de *quietus* como lo hiciera en el caso Rodríguez (6), en otra composición pero siendo el mismo tribunal, conducta que la misma Corte ha criticado en su actual composición en el caso Benítez. (7) Así, sostiene la Corte Suprema que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho, cuando en realidad no es así sino que simplemente la Corte Suprema sostiene un criterio de fondo distinto al de la Corte bonaerense.

Es el momento de recordar el precedente Rey (8), en donde la Corte Suprema señaló que no había arbitrariedad en un fallo, cuando simplemente hay una *interpretación errónea de las leyes*, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera la Corte Suprema *podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de la República en toda clase de causas*, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y 3º y 6º de la ley 4055 (numeración anterior a la reforma de 1994).

Esto demuestra el tribunal de alzada (i) ha intervenido como una suerte de tercera instancia, y

(ii) ha sentado un criterio a modo de advertencia, similar al referido caso Rodríguez, en torno a los límites que debe observar el Estado a la hora de contratar en forma temporal, lo cual personalmente me agrada pero violenta el derecho procesal. Es como si la Suprema Corte hubiera retrocedido 21 años para retomar la senda hace cinco años cuestionada, reinstalando el referido *quietus*, en 1993 por razones de política económica, y ahora por razones jurídicas, ejerciendo una suerte de casación que no le compete. Resuenan así los versos de Horacio: *El culto de los números un día / Impío desdeñé / Y extravióme falsa sabiduría / las velas hoy hacia el opuesto lado / Dirigir debo y deshacer lo andado.* (9)

Es así que en el caso parece tener razón la Corte provincial cuando sostiene que los agravios del actor constituyen meras discrepancias con lo resuelto sobre materia del derecho público provincial, por cuanto el apelante se limita a señalar que el máximo tribunal local se aparta de la normativa aplicable y que no efectúa una correcta apreciación de los hechos probados en la causa, todo lo cual, me parece, no configura un supuesto de arbitrariedad. ♦

(6) CSJN, Rodríguez c. Embotelladora de Buenos Aires, 15/04/1993.

(7) CSJN, Benítez c. Plataforma Cero SA, 23/12/2009.

(8) CSJN, Rey c. Roca, 02/12/1909, Fallos, 76:351.

(9) QUINTO, Horacio Flaco, Odas, Biblioteca de Arte y Letras, 1882, p. 73.

que se plantean por su intermedio constituyen meras discrepancias con lo resuelto por el máximo tribunal local sobre materias regidas por el derecho público provincial y con fundamentos de igual carácter que, al margen de su acierto o error, lo ponen a resguardo de la tacha que le endilga el recurrente.

Ello es así, toda vez que el apelante se limita a señalar que el máximo tribunal local se aparta de la normativa aplicable y que no efectúa una correcta apreciación de los hechos probados en la causa tendientes a demostrar que las sucesivas renovaciones durante más de veinte años habrían generado un vínculo laboral en relación de dependencia. Esta postura no basta para aseverar que se configura un supuesto de arbitrariedad, máxime cuando el tribunal fundó su pronunciamiento, precisamente, en el estatuto que rige al personal del banco demandado y en los actos administrativos que regularon la relación entre las partes para concluir que el actor no integraba la planta permanente y que ninguna de las circunstancias invocadas por él habilitan a tener por modificada su situación de revista, ni a ejercer los derechos que derivan de una relación de empleo estable.

En tales condiciones, las quejas planteadas sólo traducen la mera disconformidad del recurrente respecto de cuestiones de derecho público local, pues no se observan defectos graves de razonamiento o fundamentación que puedan merecer amparo en la doctrina de la arbitrariedad.

—IV—

Opino, por tanto, que la queja interpuesta es inadmisibile. Buenos Aires, 17 de mayo de 2012. *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, 8 de octubre de 2013.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa González, Lorenzo Ramón c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, por sentencia del 6 de mayo de 2009, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda interpuesta por Lorenzo Ramón González contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de que: a) se declarara la nulidad de las resoluciones por las que el banco demandado dispuso no renovar —a partir del 31/08/2000— el contrato de empleo público que desde el año 1977 lo vinculaba a la Institución, así como rechazar el recurso interpuesto contra esa decisión; b) se ordenara su reincorporación en el cargo; c) se le abonara una indemnización

por los perjuicios sufridos como consecuencia de lo expuesto, más los intereses y la actualización monetaria correspondientes hasta el día del efectivo pago.

Contra esa decisión la parte actora interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2°) Que para decidir como lo hizo, el tribunal *a quo* consideró que de las constancias de la causa surge que entre el 17/1/1977 y el 6/8/2000 la entidad demandada celebró sucesivos contratos con el señor González a fin, de que éste desempeñara tareas en el área de seguridad del Banco. Afirmó que el vínculo entre las partes se regía por el Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, según el cual la relación entre un contratado y la entidad bancaria comienza a partir de la firma del contrato y termina cuando expira el plazo acordado (arts. 6 y 9), por lo que entendió que el actor no formaba parte de la planta permanente de aquélla. En ese orden de ideas, señaló que ni la antigüedad en el nombramiento (23 años), ni la índole de las tareas realizadas en una situación idéntica a la del personal de planta permanente habilitan a tener por modificada la situación de revista del actor, pues es el acto de designación el que determina el régimen aplicable a la relación laboral. En razón de lo expuesto, y dado que todos los contratos firmados por González establecían un plazo de duración, consideró que la decisión del Banco de no renovar el último acuerdo por el mero vencimiento del término pactado resultaba legítima. La Corte local entendió, asimismo, que en el caso no se configuraba una situación de fraude a la ley, dado que los contratos fueron celebrados entre las partes de conformidad con lo establecido en los arts. 6 y 9 del Estatuto para el Personal del Banco, cuya validez no fue cuestionada por la actora. En tales condiciones, concluyó que en el caso la entidad demandada no desvió su conducta de la finalidad de la norma, en tanto al no asistir al empleado el derecho a la estabilidad, tampoco resultaba necesario instruir un sumario previo para disponer su cese. Por último, afirmó que, al no haber demostrado que la jubilación por edad avanzada le fue denegada como consecuencia de la falta de pago por el empleador de los aportes correspondientes a los servicios prestados entre 1977 y 1993, ni estimado la cuantía del perjuicio alegado, el actor no acreditó el daño de índole previsional invocado.

3°) Que el recurso extraordinario interpuesto suscita cuestión federal suficiente, en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Ello es así pues, si bien los agravios de la apelante remiten al examen de cuestiones de derecho público local, ajenas como regla a esta instancia, corresponde hacer excepción a tal principio cuando, como en el caso, el pronunciamiento impugnado no constituye una derivación razonada del derecho con arreglo a las circunstancias

comprobadas de la causa, pues asigna un sentido que desvirtúa y torna inoperantes a las normas aplicables a la solución del caso (Fallos: 317:1271; 318:1012, entre otros).

4°) Que, en efecto, el tribunal *a quo* funda su sentencia en que el Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires distingue entre personal permanente y personal contratado (arts. 1 y 6), especialmente en que, según lo dispuesto en su art. 9, este último es “aquél cuya relación de empleo público estare dada por un contrato de plazo determinado y presta servicios en forma personal y directa”. De ese modo, la Corte local supone —implícitamente— que las normas mencionadas admiten la renovación sucesiva de los contratos a lo largo de 23 años, como ocurrió en el caso de autos, aunque sin dar razón alguna que justifique esa interpretación.

En efecto, la Corte provincial se limita a sostener a tal fin que “la mayor diferencia entre un régimen y el otro radica, justamente, en que el personal contratado tiene un vínculo sujeto a plazo cierto, mientras que el derecho a la estabilidad del personal de planta permanente consiste en la aptitud de perdurar en él toda la vida laboral”. De ese modo, resta importancia a la antigüedad del actor en el empleo (23 años), y admite implícitamente que las categorías normativas de “personal permanente” y de “personal contratado”,

resultan indistintamente aplicables a las relaciones laborales que perduran en el tiempo, sin advertir que dicha finalidad no puede presumirse del Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, si se lo interpreta en armonía con lo dispuesto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

En tales condiciones, y toda vez que las sucesivas continuas y renovaciones del contrato que vinculaba a las partes pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo de terminado, y generar en González una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”, (confr. “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa — A.R.A.”, Fallos: 333:311), corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase. — *Ricardo Luis Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carlos S. Fayt*. — *Enrique S. Petracchi*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *E. Raúl Zaffaroni*.

Prescripción. Acción penal. Secuela del juicio. Alcance. Arbitrariedad en la interpretación del Art. 67 del Cód. Penal en su anterior redacción.

Hechos: Los imputados por defraudación fueron sobreseídos. La Alzada revocó esa decisión y los procesó. La Cámara de Casación Penal, teniendo en cuenta la fecha en que se cometió el delito, anterior a la vigencia de la Ley 25.990, remitió las actuaciones para que, de no verificarse la comisión de otro delito, se declarara extinguida la acción penal en el entendimiento de que la sentencia de condena sería el único acto interruptivo que debía tomarse en cuenta. El Fiscal interpuso recurso extraordinario, que al ser declarado inadmisibile, derivó en la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento apelado.

CS, 08/04/2014. - Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358.

[Cita on line: AR/JUR/4926/2014]

1. — La sentencia que sostuvo, para declarar prescripta la acción penal, que el concepto “secuela del juicio” solo debería tener en cuenta a la sentencia de condena y concluyó que debe reputársela como “exclusivo acto procesal interruptivo” conforme el régimen constitucional y legal en resguardo del derecho a ser juzgado en plazo razonable, es arbitraria, pues ni de la resolución apelada ni de los precedentes que citó surgen razones jurídicas para sostener tal afirmación.
2. — La interpretación del juzgador según la cual el concepto “secuela del juicio” solo debería tener en cuenta a la sentencia de condena, para la prescripción de la acción penal, es arbitraria, pues generó una drástica reducción de la vigencia del art. 67 del Cód. Penal (redacción anterior a la Ley 25.990), alterando la armonía con que el legislador combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido a proceso, para que ninguno fuera sacrificado en aras del otro.

Dictamen del Procurador Fiscal

Suprema Corte:

— I —

Contra la resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad que revocó el sobreseimiento dictado en la instancia anterior y procesó a Jorge Luis Demaría y Carlos Alberto Oris de Roa, la defensa de los nombrados dedujo recurso de casación, cuyo rechazo motivó la presentación de una queja.

Llegado el caso por esta vía a conocimiento de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, sus

integrantes, en atención a la fecha de los hechos y por aplicación del criterio sentado por ese tribunal en un caso anterior (causa n° 12.932, caratulada “Arano, Miguel s/recurso de casación”, sentencia del 30 de diciembre de 2011), decidieron remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal.

Contra ese pronunciamiento el Fiscal General interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la articulación de esta queja.

El caso traído a conocimiento de V.E. es sustancialmente análogo al debatido en el expediente G. 651; XLVIII, “Guerra, Roque y otros 5/causa 13931”, es el que emití dictamen con fecha 7 de noviembre de 2012, a cuyos fundamentos y conclusiones me remito y doy aquí por reproducidos.

En esa ocasión se explicó por qué era arbitrario el criterio inaugurado por el a quo, a partir del precedente “Arano”, de privar retroactivamente de eficacia interruptiva a los actos que hasta entonces habían sido considerados secuela del juicio, para considerar tal sólo a la sentencia dictada por un tribunal luego del debate. Por ello, a lo allí expuesto sólo me queda añadir las consideraciones que seguidamente efectuaré en pos de fundar la procedencia formal de la vía recursiva ahora intentada.

Me refiero a que en aquel caso el a quo, con fundamento en el precedente “Arano” mencionado, había rechazado el recurso de casación de este ministerio fiscal contra la decisión de un tribunal de juicio que había declarado la extinción de la acción penal y había sobreseído a los imputados. Aquí, en cambio, con base en esa inteligencia sólo resolvió con pretensión de cosa juzgada formal la cuestión de derecho referida al alcan-

ce de la expresión “secuela del juicio”, y encomendó en lo demás al tribunal de origen para que, en aplicación de ese criterio, declare la extinción de la acción si comprueba que la prescripción no fue interrumpida por la comisión de otro delito.

Precisamente en este desdoblamiento de la sentencia fundó el a quo el carácter no definitivo de lo resuelto y el rechazo de la apelación extraordinaria. Sin embargo, si bien es cierto que la decisión atacada no es definitiva en sentido estricto, pues no pone fin al proceso, pienso que en el caso concurren razones que justifican su equiparación a tal o, al menos, que V.E. prescinda de ese óbice formal en aras de asegurar una correcta administración de justicia.

En este sentido, no puede perderse de vista que se trata, en éste, como en los otros tantos casos que acompañan al presente, de procesos que han venido tramitando regularmente, con arreglo a la inteligencia acordada por todos los actores del sistema de administración de justicia a las normas vigentes como resultado de una extendida práctica jurisprudencial, y que han visto ahora desbaratada su marcha y paralizado su avance, en razón de una interpretación arbitraria. Pienso además que la intervención del Tribunal que en su queja intenta el recurrente, deviene necesaria a fin de evitar un daño de otro modo insanable, en términos de tiempo irremediadamente perdido y agotamiento de un plazo razonable que toma en cuenta las dilaciones imputables a los órganos estatales, perjudicando en definitiva tanto el interés general en la investigación y castigo de los delitos, como el derecho de los involucrados a obtener una respuesta de la justicia. Debe recordarse que la investigación, que había dado lugar ya al dictado de un auto de procesamiento, se halla detenida desde el 13 de julio de 2012, por causa de la sentencia del a quo que aquí se cuestiona.

Por otra parte, también aprecio que la cuestión que se halla en debate trasciende del marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de la administración de justicia pues, por tratarse de un criterio referible a todo caso iniciado con anterioridad a 2005 (“sólo la sentencia es secuela del juicio”), pone en crisis toda la actividad desarrollada por sus órganos hasta esa fecha en función de la ley 13.569, y conduce a una paralización masiva de procesos y, en los hechos, a una declaración general de prescripción en un sinnúmero de ellos, en perjuicio, como se ha dicho, en definitiva, el interés general en la aplicación de la ley penal y el derecho a la jurisdicción. Está en juego así la confianza en la administración de justicia, en la regularidad y estabilidad de los procedimientos y, en fin, la seguridad jurídica en el acceso a la justicia.

Estas consideraciones en las que se ha sustentado la procedencia de la instancia extraordinaria no son novedosas, sino que cuentan con antecedentes de larga

data en la jurisprudencia de la Corte, que ha equiparado a definitiva decisiones que implicaban —como en el sub lite— violaciones flagrantes del debido proceso, cuya salvaguarda exige asegurar una inobjetable administración de justicia (cf. Fallos: 310:1924; 321:1385 y 3679), y también ha superado los óbices formales cuando ha juzgado que la gravedad institucional que reviste el caso justifica la inmediata intervención del Tribunal en aras de la pronta obtención de una resolución que ponga fin a la discusión suscitada (Fallos: 307:770; 312:1010; 314:1714; 314:1761; 316:766 y 919, entre muchos otros).

— III —

En consecuencia, a mérito de lo expuesto, mantengo la queja interpuesta. Buenos Aires, 8 de abril de 2013.
- *Eduardo Ezequiel Casal*.

Buenos Aires, 8 de abril de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad revocó el sobreseimiento dictado en la instancia anterior y procesó a Jorge Luis Demaría y Carlos Alberto Gris de Roa, razón por la cual la defensa dedujo recurso de casación, cuyo rechazo motivó la presentación directa ante el a quo.

2°) Que los jueces de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, sobre la base de la fecha de comisión de la defraudación denunciada —anterior a la vigencia de la ley 25.990— resolvieron remitir las actuaciones al tribunal de origen para que, de no verificarse la comisión de otro delito, declare extinguida por prescripción la acción penal.

Para decidir en tal sentido, hicieron mérito del precedente de esa sala en la causa 12.932, caratulada “grano, Miguel s/ recurso de casación” en tanto consideró a la condena —que no había sido dictada en el caso— como el exclusivo acto procesal interruptivo del curso de la acción, interpretando así el concepto “secuela del juicio” en el entendimiento de que se hallaba en sintonía con el régimen normativo de aplicación constitucional y legal, en resguardo del derecho a ser juzgado en un plazo razonable de los artículos 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 9° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2° Código Penal.

En efecto, sostuvieron que entre las dos leyes de prescripción que atravesaron el proceso, la anterior

redacción del artículo 67 del Código Penal era la más benigna pues la “secuela del juicio” era la sentencia de primera instancia y por estricta aplicación del principio pro nomine —estar siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos— era más beneficiosa “en orden a que no puede interrumpirse el curso de la prescripción por actos del procedimiento”, toda vez que no podía hablarse de “juicio” durante “la etapa instructoria”.

Reafirmaron que estos argumentos se complementaban con el derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable (artículos 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

3°) Que contra esa decisión, el Fiscal General ante la Cámara articuló recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencias, al considerar que el precedente de mención privaba retroactivamente de eficacia interruptiva a otros actos procesales que hasta entonces —el momento de la sanción de la ley 25.990— se consideraban secuela del juicio.

Agregó en tal sentido que el fallo apelado proponía que el artículo 67 del Código Penal en su anterior redacción, era más benigno y resultaba aplicable ultraactivamente, pero soslayaba que la facultad de interpretar y aplicar el derecho por parte de los jueces estaba sujeta a límites, y los mismos en este caso habían sido superados, proponiendo una exégesis irrazonable de la norma, que la desvirtuaba y conducía a un apartamiento inequívoco de la finalidad perseguida mediante su sanción, tornándola arbitraria.

Concluyó en orden a ese tópico que era improcedente hacer una interpretación jurisprudencial más benigna para aplicarla al caso concreto, puesto que nuestro ordenamiento jurídico sólo permitía la aplicación —ultraactiva o retroactiva— de una ley más benigna y no de la jurisprudencia que la contemplaba y que además resultaba contrario al criterio, de otras salas que otorgan carácter de secuela del juicio a determinados actos procesales en causas iniciadas con anterioridad a la reforma de la ley 25.990. Mencionó a modo de ejemplo el primer llamado a indagatoria, el requerimiento de elevación a juicio, el decreto que lo dispone y la citación a juicio —otorgándole a este vocablo la acepción de proceso o causa en toda su extensión—.

Acotó que la acción siempre tuvo plena vigencia, sea por la ley 23.077 o bien por la posterior que la interpreta —25.990—. Así, en el presente expediente, el Fiscal del caso concretó el requerimiento de elevación a juicio el 21 de junio de 2011 y el tribunal citó a juicio el 1° de marzo de 2012, por lo que no habían operado los seis años determinados por el máximo de la escala penal aplicable para contar dicho término.

Finalmente expuso que tampoco se verificaba la afectación a la garantía del plazo razonable en tanto los actos procesales no registraban excesiva demora o dilación.

4°) Que el tribunal a quo declaró inadmisibles la vía extraordinaria intentada por dirigirse la apelación contra una sentencia incompleta y no respecto de una definitiva, decisión que fue recurrida en queja por ante este Tribunal.

5°) Que el Fiscal de la instancia dedujo recurso de queja que fue sostenido en todos sus términos por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, ocasión en la que agregó que la cuestión en debate trasciende del marco de la causa para proyectarse sobre la buena marcha de la administración de justicia pues al considerar sólo a la sentencia como secuela del juicio en un caso anterior a 2005, pone en crisis toda la actividad desarrollada por sus órganos hasta esa fecha y conduce a una “paralización masiva de los procesos”, a la vez que en los hechos, a una “declaración general de la prescripción” en un sinnúmero de causas, en perjuicio del interés general en la aplicación de la ley penal y el derecho a la jurisdicción.

6°) Que el fallo apelado, desde lo formal, reenvía el expediente a la instancia de mérito para que cumpla con los trámites previos a la declaración de extinción de la acción penal por prescripción; sin embargo, el tenor de su contenido, en tanto decide que ha operado el plazo fatal para que el citado instituto sea operativo, pone fin a la discusión en debate y causa un agravio que sería de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (Fallos: 272:188; 296:691; 306:1705; 316: 2063 entre muchos otros).

7°) Que, por lo demás, la cuestión en debate excede el interés individual de las partes y se proyecta a numerosas causas que, iniciadas con anterioridad al 2005, se encontrarían próximas a sucumbir por extinción de la acción y los trastornos de tales implicancias en el marco de la administración de justicia penal, producirían un serio déficit en la regularidad y estabilidad en los procedimientos y en la seguridad jurídica en el acceso a tal sistema, a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero (Fallos: 156:283; 317:462 y 335:2379).

8°) Que tal estado de situación justifica la inmediata intervención del Tribunal en aras de la pronta obtención de una resolución que ponga fin a la cuestión planteada.

9°) Que si bien las cuestiones en torno a la determinación de los actos procesales con naturaleza interruptiva de la acción penal, ya sea conforme la ley vigente o a la que regía al momento del hecho imputado —que data

de 2001— conducen a la evaluación de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, cabe hacer excepción cuando como sucede en el sub lite, el alcance asignado por el tribunal apelado al artículo 67 del Código Penal (en su versión anterior a la entrada en vigencia de la ley 25.990) excede el límite de interpretación posible que la torna irrazonable en términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

10) Que ello es así toda vez que ni de la resolución apelada ni de los precedentes a los que remite surgen las razones jurídicas por las cuales el concepto “secuela del juicio” debería tener en cuenta únicamente a “la sentencia de condena” para —sobre esa base— concluir que debe reputarse como “exclusivo acto procesal interruptivo conforme al régimen de aplicación por imperativo constitucional y legal, y en resguardo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 9° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2° Código Penal)”.

11) Que, de contrario, dicha interpretación de la norma aparece en franca oposición a los antecedentes doctrinarios y legislativos que dieron sustento al sistema en el que está inserta, sin que tampoco desde una perspectiva constitucional, legal o jurisprudencial se advierta que el concepto “secuela del juicio” reconozca el carácter restrictivo que se propugna.

En efecto, con excepción del período que se inició con la entrada en vigencia del Código Penal de 1921 y hasta que se dictó la ley 13.569 que empezó a regir el 24 de noviembre de 1949, el legislador argentino siempre seleccionó, dentro de los sistemas reconocidos en el derecho comparado para regular los actos interruptivos de la acción penal, el concepto vinculado a “cualquier acto del procedimiento penal”, cercano también a quienes aceptaban como interruptivos sólo a aquellos que implicaran el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

12) Que más allá de las críticas que la fórmula secuela del juicio haya sufrido o pueda merecer, tal circunstancia no autoriza a privarla de significación y efecto en el marco jurídico llamada a operar so riesgo de incurrir en su desnaturalización, toda vez que lo cierto es que el legislador recogió vocablos empleados por la práctica forense que hacen referencia al trámite del juicio en su desenvolvimiento o sustanciación.

Ninguna interpretación puede obviar que tras la noción de secuela del juicio se esconde la intención del legislador de mantener un delicado equilibrio entre un código destinado a aplicarse en toda la República y la potestad no delegada por las provincias de dictar sus propias leyes rituales, de las cuales pueden surgir distintas acepciones de acto de procedimiento, cuyas significaciones quedan todas

incluidas en el ya mencionado genérico concepto de secuela del juicio.

13) Que además este Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo” (Fallos: 292:103) y que si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, también son razones vinculadas al interés general las que llevan al legislador a determinar el efecto interruptivo de la comisión de un nuevo delito o de la secuela del juicio (Fallos: 307:1466).

Inclusive en el caso de Fallos: 327:4633 esta Corte consideró como interruptiva de la prescripción de la acción penal el dictado del fallo de Cámara que había revisado la resolución de primera instancia, circunstancia que obviamente reconoció a esa sentencia carácter interruptor del curso de la acción.

14) Que lo anteriormente expuesto otorga el marco interpretativo del concepto “secuela del juicio”, a lo que deben sumársele los términos de la reciente ley 25.990, modificatoria del artículo 67 del Código Penal, párrafos 4 y 5, —a la que esta Corte consideró de manera explícita como más benigna (Fallos: 328:4274)— que pone en evidencia el límite en el desarrollo de la temática aquí abordada, en tanto —sin eliminar la idea de la existencia de actos interruptores de la acción penal— consagra una enumeración taxativa de cuáles son los que asumen tal naturaleza, superándose así la imprecisión que la anterior ley podría presentar.

Resulta importante destacar que la nueva legislación no abandona el esfuerzo en mantener el equilibrio entre Nación y provincias —desde un código que debe regir en toda la República— toda vez que además de realizar una enumeración de los actos con naturaleza interruptora de la prescripción, permite su asimilación a los institutos similares previstos en las normas locales.

Ciertamente, la solución a la que llega el a quo, sólo conduce a desnaturalizar la armonía que presenta el instituto de la prescripción, privándolo de contenido y efecto en el marco legal y constitucional en el que está llamado a operar; excediendo además, al resolver como lo hizo, el límite de interpretación posible.

Es que si bien los antecedentes parlamentarios y de doctrina de la norma daban debida cuenta de la problemática sobre el alcance generado por el concepto, y aún cuando reconocían posiciones más o menos restringidas, su factura nunca tuvo en cuenta la solución asaz limitada propiciada, sino que la intención fue darle al instituto de la interrupción de la prescripción de la acción penal, la expresión de máxima taxatividad

y legalidad al enunciar cada uno de aquellos actos del procedimiento que poseen aptitud para hacer cesar su libre curso.

15) Que desde otra parte y partiendo de la base —como se ha dicho— de una irracional interpretación del concepto secuela del juicio, no puede luego sostenerse so pena de incurrir en idéntico vicio, su aplicación al caso concreto conforme con los postulados del principio pro hómine consagrada por el derecho internacional toda vez que su gravitación en el caso deviene irrelevante, pues no tiene correlato en un razonamiento lógico que lo sustente.

16) Que en tales condiciones, Cabe descalificar por arbitrariedad el auto apelado pues la interpretación a la que se sujetó la extinción de la acción penal genera una drástica reducción de la vigencia de la norma, alterando la armonía con que el legislador combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido a proceso, en forma que

ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 320:1717, considerando 9°).

17) Que, desde otra perspectiva, el fallo tampoco resulta una derivación razonada del derecho vigente conforme a las constancias de la causa, en lo que concierne a la extinción de la acción a partir de la conculcación de la garantía convencional del plazo razonable, pues omite toda consideración sobre los estándares objetivos y subjetivos que delimitan el alcance y aplicación de esa garantía.

Por las razones expuestas y oído el señor Procurador Fiscal el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, conceder el recurso extraordinario y revocar el fallo apelado. Agréguese al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en el presente. Notifíquese y remítase. - *Ricardo Luis Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carlos S. Fayt*. — *Juan Carlos Maqueda*.

Acto administrativo. Impugnación del acto. Cuestión no tratada en las instancias previas a la Corte Suprema. Requisito de admisibilidad de la acción contencioso administrativa. Ley 19.549. Aplicabilidad al ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad.

Hechos: *Un miembro de las Fuerzas Armadas demandó que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por gastos y viáticos. En primera instancia se hizo lugar a la demanda, decisión que fue revocada por la Cámara, al considerar que el actor no había impugnado el acto administrativo denegatorio de su reclamo —disposición 1002/07—. Disconforme, el reclamante interpuso el recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la decisión.*

CS, 25/02/2014. - O., M. M. c. EN — M° Justicia SSI — GN disp. 162/99 335/99 s/ personal militar y civil de la faa y de seg.

[Cita on line: AR/JUR/4256/2014]

1. — La sentencia que revocó la decisión que hizo lugar a la demanda de un miembro de las Fuerzas Armadas tendiente a que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por gastos y viáticos porque no había sido impugnado el acto administrativo denegatorio de su reclamo debe ser dejada sin efecto, pues el a quo

sólo tenía jurisdicción para conocer respecto de la cuestión de fondo que fue objeto de debate y decisión en la instancia de grado debido a que ni la contestación de la demanda ni en la sentencia impugnada se invocó ni trató lo relativo a la falta de impugnación del acto administrativo referido en cuanto recaudo propio del proceso

contencioso administrativo (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

2. — La decisión de la Cámara que revocó la sentencia que hizo lugar a la demanda de un miembro de las Fuerzas Armadas tendiente a que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por gastos y viáticos porque no había sido impugnado el acto administrativo denegatorio de su reclamo debe ser revocada, pues ese requisito de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previsto en la ley 19.549, no es aplicable en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, ni de oficio, ni a pedido de parte (del voto de la Dra. Highton de Nolasco y Argibay).

Suprema Corte:

- I -

A fs. 171/173, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la demanda interpuesta por el actor con el objeto de que se le abone una suma de dinero en concepto de compensaciones por "gastos de instalación y traslado" y la asignación denominada "viáticos diarios en el exterior".

Para así decidir, el tribunal consideró que el actor no había impugnado el acto administrativo denegatorio de su reclamo, esto es la disposición 1002/07, sino que persigue el abono de los mencionados conceptos durante el lapso que duró su misión en el exterior. Al respecto, señaló que la exclusión que prevén los arts. 1º y 2º de la ley 19.549 se circunscribe a las normas referidas a los procedimientos administrativos y no a las disposiciones que regulan aspectos propios del proceso contencioso administrativo.

- II -

Disconforme con este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 178/188, que fue concedido en cuanto a la cuestión federal planteada y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 215), aspecto que fue invocado en la queja que tramita en el expediente O. 86, L. XLVII.

En lo sustancial, aduce que la sentencia es arbitraria puesto que no realiza una apreciación completa de las circunstancias acreditadas en la causa y porque se funda en un argumento que no ha sido invocado por la demandada, violando así los principios de preclusión, congruencia y la garantía de debido proceso. Asimismo, señala que efectúa una interpretación restrictiva de la doctrina sentada por el Alto Tribunal de los casos "Tajes" y "Daus", pues exige el requisito previsto por el

art. 12 de la ley 19.549 pese a que dicho ordenamiento no resulta aplicable al caso por tratarse de un integrante de las fuerzas de seguridad.

Por otra parte, sostiene que la disposición 1002/07 del Director Nacional de Gendarmería -que deniega el reclamo con sustento en la falta de decreto o resolución ministerial que convalide los traslados al exterior- es nula y se aparta de elementales principios del derecho, pues se le obliga al cumplimiento de un hecho incierto y de imposible alcance que no le resulta oponible.

- III -

Según V.E. tiene reiteradamente dicho, en caso de basarse el recurso extraordinario en dos fundamentos, de los cuales uno es la arbitrariedad, corresponde considerar éste en primer término, pues de existir esa tacha, en principio, deviene insustancial el tratamiento de los demás argumentos, ya que no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 318:189; 322:904; 323:2504; 325:878; 327:4227, entre otros). En esas condiciones, al haber interpuesto el actor la correspondiente queja ante la denegación de los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia (v. expediente O. 86, L. XLVII), estimo que elementales razones de orden aconsejan su examen en el *sub lite*, pues el resultado al que se arribe con relación a ellos incidirá indefectiblemente en las cuestiones federales planteadas.

A mi modo de ver, la doctrina invocada constituye sustento suficiente para habilitar la vía intentada, toda vez que, conforme a lo resuelto reiteradamente por el Tribunal, resultan susceptibles de descalificación las sentencias de los tribunales que exceden su jurisdicción expidiéndose sobre cuestiones que no fueron propuestas en debida forma y afectando, de ese modo, las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de propiedad (Fallos: 325:2803).

En efecto, el *a quo* sólo tenía jurisdicción para conocer respecto de los agravios relativos a la cuestión de fondo que fue objeto de debate y decisión en la instancia anterior, puesto que en la contestación de la demanda (v. fs. 51/58) ni en la sentencia de primera instancia (fs. 129/130) se ha invocado ni tratado lo relativo a la falta de impugnación del acto administrativo denegatorio del reclamo del actor -disposición 1002/07 del Director Nacional de Gendarmería- en cuanto recaudo propio del proceso contencioso administrativo. De este modo, al fundar la cámara su decisión en esta circunstancia en la inteligencia de que se trata de establecer y verificar la concurrencia de un requisito de naturaleza sustancial que concierne a la impugnación del acto administrativo, prescindió de aquellos límites y revocó la sentencia sin hacerse cargo de los argumentos que resultaban conducentes para la solución del litigio.

Sobre la base de lo expuesto, entiendo que lo resuelto por el tribunal de alzada incurre en exceso de jurisdicción, pues se pronunció con respecto a los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa cuando ello no ha sido planteado por la demandada en la oportunidad procesal oportuna, ni ha sido examinado *in liminibus* por el magistrado de la instancia anterior. En consecuencia, al no integrar el debate la falta de impugnación del acto administrativo que denegó el reclamo del actor, la decisión que se apoya en este fundamento traduce una grave afectación a la garantía de debido proceso (v. doctrina de Fallos: 329:2158).

- IV -

Opino, por tanto, que corresponde declarar la procedencia del recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que se dicte una nueva conforme a derecho. — Buenos Aires, mayo 18 de 2012. — *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, febrero 25 de 2014.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones de lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a efectos de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carlos S. Fayt*. — *Enrique S. Petracchi*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carmen M. Argibay*.

Voto de la señora vicepresidenta doctora *Highton de Nolasco* y de la señora ministra doctora *Argibay*

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; al revocar el pronunciamiento de primera instancia que tuvo por habilitada la instancia administrativa, rechazó la demanda promovida por el actor con el objeto de que se le abonaran los “Viáticos en el Exterior” y los “Gastos de traslado” establecidos en el art. 2430, inc. 4° apartados A y B de la Reglamentación del Título II (Personal en Actividad), Capítulo IV (Haber) de la Ley para el Personal Militar, 19.101.

2°) Que, para así decidir, la cámara entendió que la doctrina establecida en el precedente de este Tribunal “Tajes” (Fallos: 322:551) en orden a que el art. 1° de la ley 19.549 exceptúa de manera expresa la aplicación de sus disposiciones al procedimiento administrativo ante los organismos militares, de defensa y seguridad fue dictada en ocasión de emitirse un pronunciamiento sobre un planteo atinente a la habilitación de la instancia judicial y ceñida a la cuestión relativa al art. 25 de dicha norma, “pero en modo alguno [dicha doctrina] puede ser extendida (...) a aquellas cuestiones que rigen el procedimiento contencioso administrativo...” (fs. 173). Con fundamento en esta premisa, el *a quo* concluyó -de oficio- que el actor no había “impugnado el acto administrativo denegatorio (Disposición n° 1002/07)” (fs. 172 vta.) y, en consecuencia, rechazó la demanda.

3°) Que contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario (fs. 177/188) que fue correctamente concedido (fs. 215/215 vta.) en tanto se encuentra en juego la interpretación y alcance de una norma de carácter federal (19.549).

4°) Que a fs. 223/224 obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal en el que sugiere revocar la sentencia recurrida con fundamento en que el *a quo* sólo tenía jurisdicción para conocer respecto de los agravios relativos al fondo de la cuestión, puesto que ni en la contestación de la demanda ni en la sentencia de primera instancia se ha invocado ni tratado lo relativo a la falta de impugnación del acto administrativo denegatorio del reclamo del actor como recaudo propio del proceso contencioso administrativo (fs. 223 vta.).

5°) Que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que el “requisito de impugnación del acto administrativo exigido por los Juzgadores no resulta aplicable al actor” (fs. 185). Al respecto, cabe señalar que conforme lo resuelto en la causa “Daus” (Fallos: 329:2886) a cuyos fundamentos cabe remitirse por razón de brevedad, los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previstos en la ley 19.549 no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, ni de oficio, ni a pedido de parte. De aquí se sigue que, más allá de la oportunidad procesal, la cámara no debió exigir el cumplimiento de los recaudos contemplados en dicho título, sino decidir el fondo de la cuestión planteada por el actor.

6°) Que, en atención a lo expresado precedentemente, resulta innecesario que esta Corte se pronuncie en el recurso de hecho O.86.XLVII.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I) Declarar inoficioso el pronunciamiento del Tribunal en el recurso de hecho O.86.XLVII y ordenar su archivo. II) Declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme al presente. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carmen M. Argibay*.

Intereses. Depósito en moneda extranjera. Doctrina de la Corte Suprema.

Hechos: *En la causa principal se decidió que la entidad bancaria debía abonar a la quiebra los intereses compensatorios que los dólares depositados a plazo fijo debieron ganar de acuerdo a lo contractualmente pactado al tiempo de su imposición hasta el efectivo pago. La Cámara confirmó la decisión y ordenó al Banco que practique una nueva liquidación. La entidad financiera interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada.*

CS, 18/02/2014. - S.A. La Razón E.E.F.I.C.A. s/ quiebra s/ inc. cobro de fondos judiciales (Banco Ciudad). Buenos Aires, 18 de febrero de 2014.

[Cita on line: AR/JUR/4268/2014]

La sentencia que aplicó, respecto de un depósito bancario constituido en moneda extranjera, la tasa aplicable a fines del año 2001 debe ser revocada, pues, conforme a la doctrina sentada por la Corte Suprema en "Algodonera Lavallol" —Fallos: 333:394; LA LEY 2010-C, 169—, debió aplicar la tasa de interés vigente para las operaciones a plazo fijo en la divisa extranjera en los sucesivos períodos mensuales durante el lapso en que permanecieron invertidos los fondos.

Buenos Aires, febrero 18 de 2014.

Considerando:

1°) Que la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la decisión de la instancia anterior que había admitido la impugnación planteada por la sindicatura y, en consecuencia, ordenó al Banco de la Ciudad de Buenos Aires que practicara una nueva liquidación ajustada a los términos del auto de fs. 71/72 de las actuaciones principales, en el que se decidió que la entidad bancaria debía abonar a la quiebra los intereses compensatorios que los dólares depositados a plazo fijo debieron ganar de acuerdo a lo contractualmente pactado al tiempo de su imposición hasta el efectivo pago (fs. 184/185 del principal).

2°) Que contra lo así resuelto, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

La entidad bancaria en sus agravios sostiene que la sentencia de la cámara es arbitraria pues le impuso el pago de intereses sobre los fondos expresados en dólares a una tasa que considera absurda y exorbitante, con apartamiento de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente "Algodonera Lavallol" (Fallos: 333:394).

3°) Que, tal como lo aduce el recurrente, resulta aplicable al caso el criterio establecido por el Tribunal en el citado precedente "Algodonera Lavallol" -a cuyos fundamentos corresponde remitirse, en lo pertinente, por motivos de brevedad- y con arreglo al cual, el *a quo* debió estar a la tasa de interés vigente para las operaciones a plazo fijo en dólares en los sucesivos períodos mensuales durante el lapso en que permanecieron invertidos los fondos, en lugar de tener en cuenta, para todo ese prolongado lapso, la tasa aplicable a fines del año 2001.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y sé revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios. Costas por su orden en virtud de las particularidades de la relación jurídica sobre la que versaron las actuaciones (artículo 68, segunda parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Agréguese la presentación directa a los autos principales. Reintégrese el depósito de fs. 72, notifíquese y remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Carlos S. Fayt. — Enrique S. Petracchi. — Juan C. Maqueda.

Contrato de trabajo. Contratos especiales. Trabajo de mujeres. Maternidad. Despido durante el período de prueba. Indemnización agravada.

Hechos: Una trabajadora notificó su estado de embarazo y fue despedida durante el período de prueba. Promovió demanda reclamando el pago de la indemnización especial del art. 182 de la ley de contrato de trabajo. Su reclamo fue rechazado y por ello dedujo recurso de casación. El Tribunal Superior admite el recurso y admite la demanda.

TS Córdoba, sala laboral, 11/12/2013. - L., J. M. c. Córdoba Gestiones y Contactos S.A.

[Cita on line: AR/JUR/88690/2013]

1. — La facultad de extinguir el contrato de trabajo durante el período de prueba, sin expresión de causa y sin derecho a indemnización para el trabajador, debe ceder frente a la existencia de algún indicio de discriminación.
2. — Si la trabajadora notificó su estado de gravidez durante la vigencia del período de prueba y la empleadora rescindió el contrato sin expresión de causa dentro de ese período, cobra vigencia la presunción del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, y es aquella quien debe asumir el esfuerzo probatorio tendiente a demostrar la inexistencia de un acto discriminatorio que el sistema legal condena.



INTERESES

Tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina más el 2% nominal mensual.

Córdoba, diciembre 11 de 2013.

1ª.— ¿Medió errónea aplicación de la ley sustantiva?

2ª.— ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.— La Dra. *Blanc de Arabel* dijo:

1. La actora denuncia errónea aplicación del art. 92 bis LCT e inobservancia del art. 178 fb. Explica que petitionó la indemnización del art. 182 LCT porque su empleadora durante el período de prueba le preavisó la rescisión del vínculo, luego de que comunicara su estado de embarazo. De este modo, entiende que fue discriminada por su condición. Señala que su desempeño fue excelente y con asistencia perfecta. Que inmediatamente después de conocer su estado la

patronal, sin tener en cuenta el término previsto por el art. 231 LCT y sin invocar causa la despidió. Alude a los precedentes jurisprudenciales de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que efectúan la interpretación contraria a la expuesta por la a quo. Sostiene que el art. 92 bis constituye un quiebre excepcional al principio de indeterminación temporal del contrato, y que el art. 178 fb. garantiza la no discriminación a la mujer embarazada. De este modo, plantea que la cuestión se circunscribe a establecer cuál de estas normas prevalece. Alega en torno al carácter tuitivo de la última, que la convierte en un dispositivo de orden público y de rango superior.

2. La Juzgadora rechazó la demanda fundada en el art. 178 LCT, en virtud de que la ley, durante el período de prueba, acuerda la permisión a ambas partes de disponer la ruptura del contrato sin expresión de causa y sin derecho indemnizatorio (art. 92 bis LCT). Adujo que también esta norma enuncia puntualmente circunstancias de excepción (prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo e inculpables) y no siendo el embarazo una enfermedad, sino un estado, era imposible asimilarlo a aquellos supuestos. De este modo, entendió que no se podía atribuir a la conducta del empleador la imputación de discriminación, ya que hizo uso de una facultad legal admitida por el sistema vigente. Agregó que la tesis contraria conllevaría una violación expresa al texto normativo, y en la faz práctica se traduciría en perjuicio de las mujeres trabajadoras ya que los empleadores, frente a la posibilidad de extensión del período de prueba preferirían contratar hombres (fs. 81 vta. /82 vta.).

3. La materia traída a consideración de esta Sala, evidencia la complejidad que implica compatibilizar las normas de referencia, aun cuando provienen de un mismo ordenamiento legal. Ello, obedece a los distintos bienes jurídicamente tutelados, lo que necesariamente involucra la determinación del que debe prevalecer. En

mi opinión, es la protección especial de la estabilidad en el empleo motivada en la maternidad (art. 178 LCT), la que cobra relevancia ante la precariedad inicial de la relación laboral en el período de prueba (art. 92 bis LCT). Entiendo que la facultad de extinguir el contrato en ese lapso, sin expresión de causa y sin derecho a indemnización, debe ceder frente a la existencia de algún indicio de discriminación. Es que el plazo de prueba que establece el art. 92 bis LCT se justifica en la evaluación por parte de los contratantes de la conveniencia de la relación. Por un lado, le permite al empleador apreciar las aptitudes del trabajador para la tarea encomendada, y por otro le otorga al dependiente la posibilidad de experimentar si aquélla es de su interés. Ahora bien, si median elementos que justifiquen la sospecha de que no se está frente a una decisión fundada en la falta de idoneidad del trabajador, es el empleador quien debe asumir el esfuerzo probatorio tendiente a demostrar que no existió el acto discriminatorio que nuestro sistema legal condena. La limitación temporal del derecho a la estabilidad no puede dejar de lado el análisis relativo a si la conducta extintiva de la patronal se encuentra acompañada de presunciones relativas a la existencia de otra motivación. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, en los autos "Guisado de Jakobs Paula c. KB Servicios S.A." (DT:1999-A-671) se pronunció en este sentido, afirmando que "Si bien el art. 92 bis, LCT establece que cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo durante el período de prueba sin expresión de causa... se está refiriendo a aquellas reparaciones que tienen como base la aplicación de la estabilidad en el empleo y las que indemnizan los daños que ocasiona la denuncia del contrato... pero no puede constituir obstáculo para la aplicación de las previsiones de los arts. 177 y 178 de la LCT que procuran evitar la discriminación de la trabajadora con motivo de su estado de gestación". Asimismo expresó que "La institución del período a prueba no puede interpretarse como consagratória de un bill de indemnidad a favor del empresario, ni como favorecedora de prácticas discriminatorias socialmente disvaliosas, como el despido generado por el estado de embarazo". Concluyó admitiendo el derecho de la trabajadora "...toda vez que nuestro sistema positivo consagra el principio general de no discriminación de la mujer gestante (arts. 16, Constitución Nacional; 11 inc. c), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; 17 y 81, ley de contrato de trabajo; ley 23.592)".

Atento el análisis legal precedentemente expuesto y teniendo en cuenta que en el sub examen la a quo fijó acreditado que la actora notificó su estado de gravidez el 25 de abril del 2007 y que la empleadora rescindió sin expresión de causa el contrato el 5 de mayo de ese año, cobra vigencia la presunción del art. 178 LCT. Y la postura de la demandada que durante el proceso no aportó elemento alguno para demostrar que su actuación obedeció a una causa diferente, limitándo-

se a invocar la permisón del art. 92 bis LCT, no logra desvirtuar la operatividad de aquélla.

4. En tales condiciones, corresponde casar el pronunciamiento en el aspecto de que se trata (art. 104 CPT) y entrando al fondo del asunto admitir la demanda en cuanto persigue la indemnización del art. 182 LCT. Los cálculos de la condena se efectuarán en la etapa previa de ejecución de sentencia, tomando como base el salario acreditado en la causa. La suma resultante devengará un interés equivalente a la tasa pasiva promedio nominal mensual que publica el BCRA, más el 2% nominal mensual, desde que esta es debida y hasta su efectivo pago (conf. "Hernández..." Sent. N° 39/02).

Voto, pues, por la afirmativa.

El Dr. *Rubio* dijo:

Coincido con la opinión expuesta por la señora vocal cuyo voto me precede. Por tanto, haciendo míos los fundamentos emitidos, me expido en la misma forma.

El Dr. *Sesin* dijo:

A mi juicio es adecuada la respuesta que da la señora vocal doctora Blanc a la primera cuestión. Por ello, de acuerdo a sus consideraciones, me pronuncio en igual sentido.

2ª cuestión.— La Dra. *Blanc de Arabel* dijo:

A mérito de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de la actora y casar el pronunciamiento de la a quo. En consecuencia debe condenarse a la demandada a abonar a la trabajadora la indemnización prevista en el art. 182 LCT. Con costas. Los montos respectivos se determinarán en la etapa previa a la de ejecución de sentencia y se harán efectivos en el plazo de diez días de quedar firme la resolución liquidatoria. Los honorarios del Dr. J. A. L. serán regulados en un ...% de la suma que resulte de aplicar la escala media del art. 36 de la ley 9459 sobre lo que constituyó materia de impugnación (arts. 40; 41 y 109 íb.) debiendo considerarse el art. 27 de la ley citada.

El Dr. *Rubio* dijo:

Adhiero a las conclusiones a las que se arriba en el voto que antecede. Por tanto, me expido de igual modo.

El Dr. *Sesin* dijo:

Comparto la decisión que propone la señora vocal doctora Blanc a la presente. Por ello, me pronuncio de la misma manera.

Por el resultado de la votación que antecede, previo Acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Laboral, resuelve:

I. Admitir el recurso deducido por la parte actora y casar el pronunciamiento según se expresa.

II. Hacer lugar a la demanda en cuanto pretendía la indemnización prevista en el art. 182 LCT.

Los montos respectivos se determinarán en la etapa previa a la de ejecución de sentencia y se harán

efectivos en el plazo de diez días de quedar firme la resolución liquidatoria.

III. Con costas.

IV. Disponer que los honorarios del Dr. J. A. L. sean regulados por la Sala *a quo* en un ...% de la suma que resulte de aplicar la escala media del art. 36 de la ley 9459 sobre lo que constituyó materia de discusión. Deberá considerarse el art. 27 ib.

V. Protocolícese y bajen.— *M. Mercedes Blanc de Arabel.* — *Luis Enrique Rubio.* — *Domingo Juan Sesin.*

Contrato de trabajo. Remuneración. Adicional otorgado y suprimido por convención colectiva. Prescripción de parte del reclamo. Insuficiencia recursiva.

Hechos: *Ex empleados de la empresa telefónica estatal iniciaron demanda contra la actual concesionaria del servicio telefónico en procura del cobro de las diferencias salariales derivadas de la supresión del adicional contemplado en el art. 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92. El adicional habría sido reemplazado por vales alimentarios. El Tribunal del trabajo rechazó la demanda, en parte por prescripción de los créditos, en parte por considerar que el adicional fue suprimido por una convención de igual rango. Interpuesto recurso de inaplicabilidad de ley, la Suprema Corte de Buenos Aires rechazó el remedio procesal.*

SC Buenos Aires, 04/12/2013. - **Sebastiani, Silvia E. y otros c. Telefónica de Argentina S.A. s/ diferencias salariales.**

[Cita on line: AR/JUR/95715/2013]

1. — Si los trabajadores no aportaron prueba sobre la existencia de alguna de las circunstancias invocadas en sustento de la petición de dispensa del plazo prescriptivo en relación a sus créditos laborales, debe permanecer incólume la decisión que dispuso no aplicar al caso la dispensa del art. 3980 del Código Civil respecto de parte de las acreencias reclamadas.
2. — El recurso de inaplicabilidad interpuesto contra la sentencia que rechazó una demanda laboral en la cual se reclamaban diferencias salariales derivadas de la supresión del adicional previsto en un convenio colectivo, debe ser rechazado, pues el recurrente no realiza una impugnación idónea del fundamento de la decisión en relación a que el origen el suplemento había sido producto de una convención colectiva, siendo desplazado luego por una negociación de igual rango, que reflejó el nuevo diseño en materia remuneratoria.

La Plata, diciembre 4 de 2013.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Soria* dijo:

I. 1. Los actores de autos iniciaron demanda contra “Telefónica de Argentina S.A.” en procura del cobro de las diferencias salariales derivadas de la supresión del adicional contemplado en el art. 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92 y su incidencia sobre otros rubros (tales: productividad, vacaciones, sueldo anual complementario, horas extras y turnos diagramados).

En dicha oportunidad, luego de reseñar las circunstancias históricas que provocaron, a partir de la vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo 163/91, el pago a los ex empleados de E.N.Tel. de un adicional vinculado a la extensión de la jornada laboral, expresaron que -ya en vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92-

con fecha 28 de junio de 1994, la Federación de Obreros y Empleados de Telefonía de la República Argentina y las empresas del sector -entre ellas la demandada- elaboraron un acta acuerdo por la cual se suprimió el plus salarial que se pagaba a todos los dependientes -vinculado, en su origen, al cumplimiento de jornadas discontinuas- denominado "asignación del art. 15", estipulando que "quedaba comprendido dentro de los nuevos salarios y beneficios acordados" (fs. 15/17).

Dicha circunstancia -alegaron- importó una disminución en el monto de dinero en efectivo que percibían los trabajadores, lo cual implicó la reducción de sus salarios. Asimismo, señalaron que igual situación se presentó respecto de los trabajadores enrolados en la entidad gremial de Personal de Supervisión y Técnicos (F.O.P.S.T.T.A.), regidos por el Convenio Colectivo de Trabajo 226/93 -que, en su art. 14, contemplaba el mismo adicional- y cuya modificación se materializó mediante el acuerdo suscripto entre la referida organización gremial y los representantes de la empresa demandada (fs. 17 vta./20 vta.).

Luego, entonces, desarrollaron los fundamentos que -a su juicio- daban sustento a su reclamo y plantearon la inconstitucionalidad del acta en cuestión (fs. 20 vta./23).

2. La parte demandada, al contestar la acción deducida en su contra, se opuso a lo manifestado por los accionantes, argumentando sobre la validez y legitimidad de los acuerdos suscriptos entre su parte y las distintas entidades gremiales. A su vez, opuso como defensa las excepciones de prescripción y cosa juzgada (fs. 49/71).

3. En oportunidad de contestar el traslado del art. 29 de la ley 11.653, los actores efectuaron su réplica sobre las excepciones opuestas por la contraria y solicitaron la dispensa de la prescripción (fs. 82/94).

4. Posteriormente, los reclamantes denunciaron como "hecho nuevo" que con fecha 29-XII-2005 la empresa demandada y la representación sindical suscribieron un nuevo acuerdo en el que fijaron nuevas escalas salariales que regirán desde el 1-I-2006, en el cual la accionada habría admitido la inclusión del rubro "art. 15" al sueldo básico a partir de abril de 2006, circunstancia que señalaron- implicó el reconocimiento liso y llano de la pretensión deducida por los actores (fs. 110/113 vta.).

5. Al dictar pronunciamiento, el tribunal de origen evaluó que la accionada había interpuesto la excepción de prescripción contra el progreso del reclamo, con sustento en que el crédito cuyo cobro perseguían los actores se tornó exigible a partir del día 1-VII-1994, es decir, con posterioridad a la firma del acta acuerdo de fecha 28-VI-1994, la que -aclará- había sido homolo-

gada por resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación.

Asimismo, tuvo en cuenta que, en su responde, la parte actora solicitó la dispensa del plazo prescriptivo, denunciando diversas circunstancias por las cuales los demandantes se habían visto impedidos de formular el reclamo con anterioridad (v.gr.: temor a ser discriminados o incluso despedidos; amenazas y maniobras de la demandada tendientes a postergar la decisión de los actores de accionar en su contra).

Consideró que, en tanto los trabajadores no habían aportado prueba -es más, señaló, siquiera lo habían intentado- tendiente a acreditar la existencia de alguna de las circunstancias por ellos denunciadas, la petición de dispensa de la prescripción no podía tener cabida (art. 3980, Cód. Civil). Entendió que el reclamo deducido por el cobro de las diferencias salariales devengadas antes de los dos años de interpuesta la demanda (8 de septiembre de 2005; v. cargo, fs. 26 vta.) se encontraba prescripto (art. 256, L.C.T.).

Consecuentemente, hizo lugar parcialmente a la defensa de prescripción de la demandada y declaró extinguidos todos los créditos reclamados de fecha anterior al 8-IX-2003 (v. fs. 332 vta./333 vta.).

Sin embargo, luego de analizar la naturaleza jurídica y los alcances del acta acuerdo firmada por los representantes sindicales y la patronal el 28-VI-1994, identificándolo como un producto genuino de la negociación colectiva, pues, en ella, las partes plasmaron un acuerdo relativo a la modificación de un Convenio Colectivo de Trabajo y, en consecuencia -añadió-, sus alcances son erga omnes y tienen los efectos de una ley en sentido material; concluyó que el acta acuerdo invocada por la demandada jamás podrá tener los efectos de la cosa juzgada administrativa frente al reclamo judicial individual de los trabajadores, máxime cuando lo que se discutía era la interpretación y aplicación de las normas convencionales involucradas (sent., fs. 333 vta./334 vta.).

Sentado lo anterior, se abocó a dilucidar la controversia planteada en torno a la existencia de las pretendidas diferencias salariales. Al respecto, sostuvo que, en el caso, no se hallaba discutido que el día 28 de junio de 1994 los representantes de F.O.E.T.R.A. y de las empresas de telefonía decidieron introducir algunas modificaciones en el Convenio Colectivo de Trabajo 201/92, suscribiendo, a tales efectos, un acuerdo mediante el cual consensuaron pautas generales con la finalidad de contemplar tanto las expectativas gremiales, como también las posibilidades empresariales (v. cláusula 1 del acuerdo y sent., fs. 335).

Aclarado ello, y luego de evaluar las disposiciones emergentes de la aludida acta acuerdo, señaló

que dicho instrumento había sido homologado por resolución 1092/94 de la autoridad de aplicación, y que en tanto derivado de una comisión paritaria con expresas atribuciones al efecto, según lo establecido en los arts. 102 y 105 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92, formaba parte integrante de ese ordenamiento convencional, adquiriendo, por ende, idéntica fuerza normativa (arts. 1 inc. "c" de la L.C.T. y 4 y 8 de la ley 14.250 -t.o. dec. 108/1988-; v. fs. 335 vta.).

A continuación, el tribunal de grado se avocó a examinar si el acuerdo en cuestión había suprimido un "plus salarial compensatorio del incremento de la jornada de trabajo" establecido por acta acuerdo del día 22-V-1992 y ratificado por Convenio 201/92 y, luego, si se habían afectado las condiciones más favorables para los trabajadores estipuladas en sus contratos de trabajo, en violación a los arts. 131 de la Ley de Contrato de Trabajo; 7 de la ley 14.250 y 14 bis de la Constitución nacional, como lo manifestaba la actora en su escrito inicial. También tuvo en cuenta que ésta expresó en dicha oportunidad que los vales alimentarios no pueden entregarse en sustitución de remuneraciones ni a cuenta de éstas, según lo previsto en el art. 1 in fine del decreto 333/1993 (v. sent., fs. 335 vta./336).

Señaló que el rubro suprimido no constituía "un plus salarial compensatorio del incremento de la jornada de trabajo" sino una asignación denominada sucesivamente "mayor jornada" (C.C.T. 163/91), luego "mayor jornada" y "jornada discontinua" (acta acuerdo del día 22-V-1992), y "art. 15 -Res. D.N.R.T. 1039/92-" (C.C.T. 201/92), y que reemplazado por vales alimentarios no tenía carácter remunerativo, ello, conforme lo expuesto en la segunda cuestión del veredicto en remisión al dictamen pericial contable, respuesta al punto 12 del cuestionario de la demandada (v. sent., fs. 336).

Afirmó que, además, correspondía destacar que a partir de la suscripción del aludido acuerdo se habían incrementado "ligeramente" los salarios básicos de los actores, y si bien los vales alimentarios tenían valores superiores a la asignación "art. 15 -Res. D.N.R.T. 1039/92-" (conf. pericia contable punto 24 y aclaración al punto 27, fs. 218) y, en concreto, los trabajadores pasaron a "ganar más", al suprimirse el "adicional" establecido por el art. 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92, el ingreso exclusivamente en dinero sufrió una "pequeña" merma. Entonces, sostuvo que: "en este último aspecto, tomado así aisladamente, se sustenta el reclamo de la parte actora, en el cual, por las razones apuntadas, no se vislumbra daño o perjuicio alguno para los trabajadores" (v. sent., fs. 336 y vta.).

Expresó, luego, que lo esencial en el caso bajo análisis consistía en dejar establecido que el nuevo esquema salarial implementado por el acuerdo entre la entidad sindical (F.O.E.T.R.A.) y la representación de los empleadores fue producto de las facultades que

detentaban para modificar en el sentido que creyeran conveniente -como en otras oportunidades hicieron- las condiciones pactadas por ellos mismos en el Convenio Colectivo de Trabajo 201/92; de modo que -consideró- aún en la hipótesis de haberse producido una merma salarial como la que denuncian los actores, la validez de ese acuerdo no podía ser conmovida y mucho menos -señaló- cuestionárselo por inconstitucional (v. sent., fs. 336 vta.).

En este sentido, concluyó -por mayoría- que correspondía desestimar el argumento medular esgrimido en la demanda, ya que la supresión del denominado "adicional art. 15 C.C.T. 201/92" no importó avasallar una condición más favorable estipulada en los contratos individuales de trabajo, pues dicha "asignación" fue producto de una convención colectiva que resultó desplazada luego por una negociación de igual rango. En razón de lo cual, y por pertenecer a una categoría negocial distinta, no estaba incorporada a los contratos individuales de cada trabajador (fs. 336 vta./337).

Finalmente, agregó que lo expresado en la denuncia de hecho nuevo formulada por la actora en relación al acuerdo suscripto por las partes el 29-XII-2005 (fs. 110 y sigtes.) carecía de consistencia alguna porque en el mismo se explicaba que el pago del adicional previsto en el art. 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92 como concepto remuneratorio se aplicaría a partir de la vigencia del acuerdo y "con el objeto de superar las diferencias provocadas por su interpretación y aplicación", esto es, un término conciliatorio para el futuro (v. sent., fs. 337).

II. La parte actora deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denuncia la transgresión de los arts. 3980 del Código Civil; 7, 8, 12, 13, 44, 103, 103 bis, 105, 105 bis, 107 y 131 de la Ley de Contrato de Trabajo; 7 y 8 de la ley 14.250; 20 inc. "b" de la ley 23.551; 44 inc. "d" y 47 de la ley 11.653; 15 y 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 bis de la Constitución nacional y doctrina legal que cita (fs. 346/362 vta.).

Objeta la decisión de origen por considerar que, en el caso, debió admitirse la dispensa de la prescripción petitionada al amparo del art. 3980 del Código Civil, atento que -a su juicio- los hechos denunciados en sustento de su petición resultaban ser de "público y notorio conocimiento" y, por lo tanto, no requerían de prueba alguna; agrega que tales circunstancias surgen de las condiciones consensuadas entre el empleador y los representantes sindicales en el "acta acuerdo de 1994" (fs. 352 vta./355).

Cuestiona, luego, que se rechazara el reclamo deducido en concepto de diferencias salariales, alegando que el hecho de que el acta acuerdo suscripta en fecha 28-VI-1994 hubiera sido homologada por la autoridad

de aplicación “no le otorga el carácter de norma superior ni incuestionables sus fundamentos y mucho menos infranqueable su validez constitucional”, en tanto -sostiene- sus disposiciones vulneran las previsiones contenidas en los arts. 12, 13 y 14 de la Ley de Contrato de Trabajo; 39 de la Constitución provincial y 14 bis de la Constitución nacional (fs. 356 y vta.).

Aduce que resulta dogmática y carece de fundamentos la conclusión del tribunal respecto al carácter no remunerativo del plus salarial previsto en el art. 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92, por cuanto -refiere- surge del mismo convenio que la voluntad de las partes fue la de asignar carácter remuneratorio a dicho rubro. Agrega a ello que el evocado adicional tuvo desde su origen la finalidad de compensar la mayor jornada desarrollada por los trabajadores telefónicos y, por lo tanto, su naturaleza jurídica “no admite forzadas interpretaciones ni apartamientos legales como los contenidos en la sentencia en recurso” (fs. 357 vta./358 vta.).

Reprocha, además, que en el pronunciamiento se considerase que a partir del referido acuerdo se incrementaron los salarios básicos de los actores y éstos pasaron a “ganar más”, para luego, contradictoriamente, concluir que el pago exclusivamente en dinero sufrió sólo una pequeña merma (fs. 358 vta.). En este sentido, y con apoyo en diversos precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, insisten en señalar que el adicional previsto en el art. 15 del Convenio 201/92 no pudo ser compensado con la entrega de “vales alimentarios”, pues -refieren- si bien los trabajadores pueden haber percibido matemáticamente más, conceptualmente se redujo la base remuneratoria del salario que incide sobre los demás rubros que integran su liquidación (fs. 358 vta./360 vta.).

Además, y con transcripción de lo dicho por el magistrado que quedó en minoría, controvierte lo afirmado por la mayoría del tribunal en relación a que la “asignación art. 15” no estaba incorporada a los contratos individuales de los trabajadores y podía ser desplazada por una negociación de igual rango (fs. 361).

Finalmente, ratifica su convicción en orden a que el acuerdo suscripto el 29-XII-2005 por el empleador y los representantes sindicales de los actores, mediante el cual asignaron carácter remunerativo al adicional previsto en el art. 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 201/92, significó un reconocimiento liso y llano de la pretensión deducida por los actores en su demanda (fs. 361 vta.).

III. El recurso no puede prosperar.

1. a. En lo que respecta al primer agravio traído, es oportuno recordar que tiene dicho esta Corte que corresponde a los tribunales del trabajo, como función

privativa, determinar si, en la especie, se dieron o no las condiciones de aplicación del art. 3980 del Código Civil, y su decisión al respecto no puede ser revisada en esta sede extraordinaria, salvo que se acredite que ello es fruto del absurdo (conf. causas L. 72.687, “Turconi”, sent. de 25-IV-2001; L. 72.194, “Arriola de Vega”, sent. de 3-XI-1999; Ac. 56.171, “Ragno”, sent. de 1-XI-1994).

Este vicio invalidante exige, para su configuración, la verificación del error grave, grosero y fundamental, concretado en una conclusión incoherente y contradictoria en el orden lógico formal e incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa (conf. L. 75.525, “La Bella”, sent. de 2-X-2002; L. 73.205, “Campos Sisterna”, sent. de 10-IV-2001).

b. En el caso, teniendo en consideración que la actora no había aportado prueba sobre la existencia de alguna de las circunstancias invocadas en sustento de la petición de dispensa del plazo prescriptivo, el a quo juzgó que resultaba inaplicable el supuesto contemplado por el art. 3980 del Código Civil (vered., fs. 328 vta./329; sent., fs. 332 vta./333).

c. Lejos de evidenciar la existencia del absurdo denunciado, el recurrente se limita a contraponer su personal apreciación acerca del modo en que debió ser resuelta la cuestión sometida a juzgamiento (conf. causa L. 86.591, “M., J. J.”, sent. de 27-IV-2005).

Desentendiéndose de las consecuencias atribuidas por el a quo a la falta de prueba de los hechos denunciados para fundar la pretendida dispensa, el quejoso argumenta que las circunstancias invocadas por la parte actora no sólo constituían un “hecho notorio” y de “público conocimiento” -y, por lo tanto, no requerían demostración alguna- sino además que surgirían de los propios términos del acta acuerdo del día 28-VI-1994. Dicho cometido trasunta -tan sólo- una mera discrepancia subjetiva tendiente a descalificar aspectos que son privativos de la labor axiológica de los jueces de grado.

En definitiva, cabe señalar que no resulta eficaz medio de impugnación, ni fundamento hábil para demostrar el vicio invalidante de absurdo, la distinta valoración personal con que el recurrente pretende sustituir la del tribunal del trabajo, porque éste tan sólo se configura ante el error grave y manifiesto. Por lo tanto, ha de permanecer incólume la decisión del sentenciante que dispuso no aplicar al caso la dispensa a la que hace mención el art. 3980 del Código Civil y que llevó a declarar la prescripción de todos los créditos anteriores al día 8-IX-2003.

2. Sentado lo anterior, corresponde analizar el cuestionamiento referido a los créditos que no se encuentran prescriptos, dirigido a justificar que la ac-

tora resultaría ser acreedora al pago de las diferencias salariales que denuncia en su demanda.

a. Gran parte de la línea argumental que porta el recurso se encuentra destinada a justificar la naturaleza salarial del “adicional” al que se viene aludiendo; sin embargo, surge de la síntesis efectuada en párrafos anteriores (ap. I) que, al construir los fundamentos que estructuraron su decisión, el a quo también se encargó de analizar la problemática ventilada situándose ya en la hipótesis denunciada por la parte actora, en cuanto alegó que la supresión de aquél provocó una merma salarial en la retribución del trabajador.

b. Esta definición, esencial, no ha sido objeto de una impugnación idónea.

El tribunal fue determinante al señalar que en su origen el suplemento había sido producto de una convención colectiva, siendo desplazado luego por una negociación de igual rango y, ello, en un contexto que reflejó que el nuevo diseño -“esquema” en los términos del juzgador de grado- en materia remuneratoria implementado en el acuerdo del año 1994 y que fuera homologado por la autoridad administrativa del trabajo, fue resultado de las facultades que ostentaban los representantes de la “Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina” (F.O.E.T.R.A.) y de las empresas de telefonía, para modificar, precisamente, las condiciones acordadas por ellos mismos en anteriores oportunidades; precisó así, que el citado convenio derivaba de una Comisión Paritaria que, de acuerdo a lo establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo 201/92, contaba con expresas atribuciones al respecto. Partiendo de tal señalamiento, afirmó que no se vio afectada la regla de la condición más beneficiosa estipulada en los contratos individuales de trabajo, pues estos últimos son fruto de una categoría negocial distinta a aquélla anteriormente mencionada y que, en fin, el adicional no estaba incorporado al contrato individual.

Bajo la genérica invocación de ciertas normas constitucionales y de -entremezclados- principios y reglas del derecho del trabajo y, en esencia, con sustento en el art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo, afirma el quejoso que el acuerdo analizado en el fallo no pudo vulnerar normas de orden público y retacear derechos que emanan de normas legales.

Lo expuesto por el impugnante luce insuficiente y sólo refleja su paralela visión del asunto, que lejos está de representar una adecuada crítica apta para neutralizar las razones plasmadas por el juzgador con

fundamental sustento en la categoría convencional (en el plano colectivo) que le atribuyó a la fuente de la que emanó el controvertido plus o adicional.

Así, resulta de aplicación la doctrina de este Tribunal que tacha de insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que omite efectuar un ataque frontal y eficaz a un fundamento esencial del juzgador de grado (conf. causas L. 84.809, “Sosa”, sent. de 7-III-2007; L. 75.143, “Carreras”, sent. de 23-XII-2002).

Es sabido que constituye un requisito ineludible del recurso interpuesto su adecuada fundamentación, siendo carga del interesado impugnar concreta, directa y eficazmente las motivaciones esenciales del pronunciamiento objetado, pues deviene infructuoso el recurso que deja incólume la decisión por falta de cuestionamiento de los conceptos sobre los que ésta se asienta (conf. causas L. 89.624, “Odriozola”, sent. de 13-II-2008; L. 86.167, “Celestino”, sent. de 14-IX-2005).

En este marco, cabe agregar que tampoco resulta útil la invocación del sufragio de uno de los integrantes del tribunal de grado que ha quedado en minoría, puesto que sólo traduce la convicción personal de uno de los magistrados, mas no constituye el fundamento del fallo estructurado sobre la mayoría de opiniones (conf. causa L. 95.453, “A., V. H.”, sent. de 18-II-2009).

Por lo demás, es claro que la cita parcial de ciertos votos plasmados en un fallo plenario proveniente de un órgano judicial distinto a este Tribunal en nada modifica la suerte adversa de la impugnación.

3. En definitiva, circumscripita la facultad revisora de este Tribunal al contenido de la sentencia según la concreta impugnación que contra ella se formule en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. doct. causa L. 89.439, “Lescano”, sent. de 10-XII-2008), la insuficiencia del remedio interpuesto impide, pues, revisar el acierto o desacierto de la decisión de grado.

IV. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso traído, con costas (art. 289 del C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Negri, de Lázari e Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la negativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído; con costas (art. 289, C.P.C.C.). — *Héctor Negri*. — *Daniel Fernando Soria*. — *Juan Carlos Hitters*. — *Eduardo Néstor De Lazzari*. — *Guillermo Luis Comadira*.

Delegado gremial. Extinción del contrato de trabajo. Procedencia de la indemnización. Ausencia de requisitos. Art. 52 de la Ley 23.551.

Hechos: El Tribunal de Trabajo rechazó la pretensión del trabajador que pretendía el cobro de la indemnización contemplada en el art. 52 de la ley 23.551, porque si bien juzgó acreditado que la empleadora había violado la garantía de estabilidad al disponer el despido del actor, declaró que el reclamante soslayó cumplir con la expresa manifestación de “considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto”. Interpuesto recurso de inaplicabilidad de ley, la Suprema Corte Bonaerense revocó la decisión impugnada.

SC Buenos Aires, 18/12/2013. - Díaz, Ramón Ángel c. Eleprint S.A s/ fondo de desempleo.

[Cita on line: AR/JUR/95718/2013]

1. — Dado que el art. 52 de la ley 23.551 no exige formalidad alguna para manifestar la voluntad del trabajador de optar por la reinstalación o la indemnización, debe ser revocada la sentencia que rechazó el resarcimiento en virtud de que la actora no manifestó expresamente su voluntad extintiva con anterioridad a la promoción de la demanda, máxime si en el caso lo hizo en la instancia administrativa.
2. — Para ser titular de la indemnización prevista en el art. 52 de la ley 23.551, siendo que la norma no exige formalidad alguna para manifestar la voluntad de optar por la reinstalación o la indemnización, no puede ser convalidada la decisión de desestimar la procedencia de esta última en virtud de que la actora no manifestó su voluntad extintiva “de manera categórica y con las formalidades necesarias” (del voto del Dr. Negri según la doctrina legal sentada en “Márquez” —L.107.489; LLO— a la cual remite).
3. — Denegar el derecho al trabajador a obtener el resarcimiento previsto en el art. 52 de la ley 23.551 en razón de que no se consideró despedido configura una exigencia en extremo formalista y carente de válida justificación a la luz de los derechos que precisamente persigue proteger la norma (del voto del Dr. Soria).
4. — La sentencia que rechazó la demanda del trabajador que procuró el cobro de la indemnización prevista en el art. 52 de la ley 23.551, al exigirle de forma insoslayable el manifestar expresamente su intención de considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, impuso un recaudo no exigido por

la ley, y por ello debe ser rechazada (del voto del Dr. de Lázzari).



COSTAS

Instancia extraordinaria: por su orden.

La Plata, diciembre 18 de 2013.

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

El doctor *Negri* dijo:

I. El tribunal de trabajo interviniente —en lo que es del caso destacar por constituir materia de agravios— rechazó la demanda deducida por Ramón Ángel Díaz contra “Eleprint S.A.”, en cuanto procuraba el cobro del fondo de desempleo, así como la percepción de las indemnizaciones previstas en los arts. 18 y 19 de la ley 22.250; 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y 52 de la ley 23.551.

Al expresar los motivos de dicha decisión, declaró acreditado en la causa que el contrato de trabajo que vinculó al actor con la empresa demandada se extinguió por decisión de esta última el día 19 de diciembre de 2006, mientras Díaz ejercía el cargo de subdelegado de personal (v. veredicto, fs. 211 vta. —primera cuestión— y fs. 212 segunda cuestión—).

Consideró que la causa esgrimida por la accionada para justificar el despido (a saber: la inexistencia de tareas acordes a su función, especialidad y categoría), exteriorizada con posterioridad a la comunicación rescisoria y a fin de replicar el emplazamiento del trabajador para que se aclarara su situación laboral,

no se compadeció con la demostrada permanencia en su puesto de trabajo del otro delegado electo Mario Frank, quien, revistiendo la misma categoría que el actor, continuó hasta la finalización de la obra (enero de 2007), razón por la cual estimó no verificado el supuesto contemplado en el art. 51 de la ley 23.551. En ese orden, entendió que el dispar tratamiento dado a situaciones esencialmente similares probó que la patronal violó la garantía de estabilidad prevista en el art. 52 de la ley 23.551 (v. quinta cuestión del veredicto, fs. 213 y vta. y sentencia, fs. 216 y vta.).

Sin perjuicio de ello, concluyó que para acceder a las indemnizaciones especiales contempladas en el dispositivo legal mencionado, el cuadro fáctico descripto debía completarse, insoslayablemente, con la expresa manifestación del trabajador de “considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto”, recaudo que, por no cumplido, determinó la inexistencia del derecho a su reclamo (v. tercera cuestión del veredicto, fs. 212 vta. y sentencia, fs. 217).

En otro orden, el órgano judicial de grado consideró, por un lado, que “Eleprint S.A.” acreditó el ingreso de los depósitos correspondientes al fondo de desempleo (art. 15, ley 22.250), con el resumen bancario glosado a fs. 80 —cuyo mero desconocimiento, sin prueba que lo avalara, resultó ineficaz a los efectos de desvirtuarlo—; y, por otro, que el accionante omitió intimar a la entrega de la libreta de aportes, al pago de haberes (destacando que en dos oportunidades la demandada le indicó a Díaz que “los haberes y beneficios de la ley 22.250” se encontraban a su disposición), y la extensión de la documentación contemplada en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, acompañada por la empresa en réplica (v. última cuestión del veredicto, fs. 214).

Declaró, en consecuencia, que correspondía rechazar la acción por carecer de soporte fáctico (v. sentencia, fs. 216).

II. En su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, la parte actora denuncia absurdo en la valoración de la prueba y la violación de los arts. 52 de la ley 23.551; 243 de la Ley de Contrato de Trabajo y doctrina legal de esta Corte que identifica.

Los agravios sobre los que funda la impugnación pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. En primer lugar, aduce que el tribunal interviniente incurrió en absurdo al apreciar los hechos relativos a la extinción contractual, déficit que —a su entender— lo condujo a juzgar inaplicable al caso la indemnización prevista por el art. 52 de la ley 23.551.

(i) En tal sentido, señala que el despido se concretó por decisión de “Eleprint S.A.” el día 19 de diciembre de

2006, razón por la cual —y destacando que su posterior intimación para que se aclarara su situación laboral, alertando sobre su condición de delegado gremial, sólo se fundó en la circunstancia de no haber recibido hasta ese momento la comunicación escrita del mismo— estima que resulta imposible considerarse despedido cuando el contrato de trabajo ya se había extinguido por disposición unilateral del empleador (v. recurso, fs. 226/227 vta.).

Afirma que al recibir la última respuesta patronal a su intimación (11/I/2007), ésta decidió cerrar el intercambio epistolar, circunstancia que —a su criterio— torna groseramente absurda la sentencia impugnada (v. recurso, fs. 231 y vta.).

Destaca que el despido fue dispuesto sin invocación de causa y poniendo a disposición del trabajador las “indemnizaciones”, de lo que infiere se refería a la establecida por el art. 52 de la ley 23.551 (v. recurso, fs. 226/227 vta.).

(ii) Afirma que el a quo, al resolver como lo hizo, alteró el “sinalagma propio de la bilateralidad”, pues introdujo un elemento de análisis (a saber: la inexistencia de un despido indirecto) no mencionado por la demandada en su réplica, quien limitó su defensa a demostrar la finalización de la obra y, en su caso, la inexistencia de tareas para el actor.

Desde ese ángulo, sostiene que —reconocida la violación por parte de la patronal de la estabilidad sindical— correspondía condenar a “Eleprint S.A.” al pago de la indemnización del art. 52 de la ley 23.551, toda vez que si bien el dispositivo legal alude a la opción del trabajador de reclamarla cuando se considere indirectamente despedido, en el caso concreto la empleadora extinguió el contrato directamente y sin hacer uso del procedimiento de exclusión de tutela sindical.

Por tal razón, entiende que el sentenciante formuló una absurda interpretación y construcción jurídica que transgrede el principio protectorio y el “carácter recepticio del despido” (v. recurso, fs. 227 vta./229).

(iii) Por otro lado, refiere que en autos se controvierte la “invariabilidad de la causa del despido” (art. 243, L.C.T.).

En ese orden, indica que la carta documento que comunica la extinción del contrato no hizo referencia a justificación alguna, habiendo sido esgrimida —como defensa— la culminación de la obra y/o la inexistencia de tareas propias para el actor recién en oportunidad de responder la intimación cursada por el trabajador el 22 de diciembre de 2006.

Agrega que también la demandada cambió de posición en lo tocante a la extensión resarcitoria derivada

de la rescisión contractual, en tanto en la primera comunicación indicó "... haberes e indemnizaciones a su disposición..." (de lo que infiere, se incluía la reparación agravada del art. 52 de la ley 23.551), mientras que en las posteriores tan sólo expresó "... haberes y beneficios ley 22.250 a su disposición...", sin ofrecer el pago de indemnizaciones.

Alude que el tribunal interviniente ignoró la carta documento por la que "Eleprint S.A." despidió ilícitamente y sin invocación de causa a un empleado con estabilidad gremial, poniendo a su disposición las indemnizaciones (v. recurso, fs. 229/231).

(iv) Por otro lado, advierte que el inicio de las actuaciones administrativas (n° 215222833/07) ante el Ministerio de Trabajo el 27 de febrero de 2007 —promovidas inmediatamente después de que "Eleprint S.A." cerrara el intercambio epistolar— revela claramente el ejercicio de su derecho a opción por el despido indirecto —art. 52 cuarto párrafo, ley 23.551— del que la accionada tuvo conocimiento, máxime cuando en la carta poder incluida en el mismo se describen los rubros reclamados derivados de la rescisión contractual.

Entiende que la omisa consideración de la prueba mencionada nuevamente evidencia el absurdo valorativo en que incurrió el tribunal.

Aduna que en el caso de despido dispuesto por el empleador, sin requerir previamente la exclusión de tutela —como sucede en la especie—, la opción extintiva otorgada al representante gremial por el cuarto párrafo del art. 52 de la ley 23.551 no se trata, en puridad, de un despido indirecto en los términos del art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo, sino —precisamente— de la convalidación de la eficacia rescisoria de un acto nulo de nulidad relativa.

Afirma que en casos como el de autos, no corresponde analizar la opción ejercida por el trabajador desde que la decisión rupturista fue tomada por la patronal.

En tal sentido, la confirmación del despido arbitrario e ilícito —continúa— puede ser expresa o tácita, supuesto este último que se verifica cuando el trabajador ejerce directamente la acción judicial resarcitoria apareciendo como "sobreentendida" la renuncia a la acción de nulidad (v. recurso, fs. 232/233 vta.).

(v) Objeta asimismo la conclusión de grado que declaró acreditada la finalización de la obra en el mes de enero de 2007.

En tal sentido, alega que el a quo adoptó su decisión exclusivamente a instancias de la prueba testimonial, sin considerar la prueba informativa de fs. 138 y 196 (de la que surge que al mes de febrero de 2009, el edi-

ficio no contaba con final de obra) y, especialmente, la pericia contable.

Respecto de este último medio probatorio, afirma que si bien la patronal no presentó a la experta los libros contables pertinentes —donde debía constar el final de obra y los despidos ocurridos durante el tiempo de construcción— y el tribunal de grado tuvo presente la incidencia formada a requerimiento del actor para que en caso de que la patronal no acompañara la documentación peticionada se aplicara la presunción prevista en el art. 39 de la ley 11.653, ésta no fue tomada en cuenta por el a quo (v. recurso, fs. 233 vta./235).

2. Por otro lado, se alza contra el rechazo de la indemnización prevista en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sostiene que el tribunal de grado no consideró que el actor intimó —de conformidad con la referida norma y con el decreto 146/2001— la entrega del certificado de servicios y remuneraciones mediante el reclamo administrativo promovido el 27/II/2007.

Aduce que la demandada poseía el certificado al momento de celebrarse la audiencia en aquella sede y no lo entregó al trabajador, lo que —a su juicio— demuestra una conducta maliciosa (v. recurso, fs. 535/536).

3. Finalmente, advierte que la omisa entrega de la libreta de Fondo de Desempleo hace pasible a la demandada de las sanciones establecidas en la ley 22.250, que —agrega— no percibió hasta la actualidad.

Así, advierte que la referida actuación administrativa tornó efectivo el cumplimiento de la intimación previa dispuesta por aquella norma para la procedencia de las reparaciones previstas en sus arts. 18 y 19 (v. recurso, fs. 236).

III. El recurso debe prosperar parcialmente.

Cuestiones de orden metodológico imponen efectuar una primera consideración en relación a la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del recurso sub examine, particularmente en lo referido al valor del litigio.

1. a. Repárese que los cuestionamientos traídos por el recurrente versan sobre pretensiones independientes deducidas en una misma demanda (acumulación objetiva). Sobre esa base se observa que tanto la pretensión de percibir la indemnización prevista por el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, como así también aquellas vinculadas al cobro de las reparaciones incluidas en los arts. 15 (fondo de desempleo), 18 y 19 de la ley 22.250, no logran alcanzar el monto mínimo previsto por el art. 278 del Cód. Procesal Civil y Comercial (v. liquidación

de demanda, fs. 35). Por las consideraciones que a continuación desarrollaré, dicho extremo tiene una vital gravitación a la hora de analizar la viabilidad de los agravios introducidos en el escrito de impugnación (art. 55 de la ley 11.653).

La ley procesal del trabajo admite la posibilidad de acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones (art. 15 de la ley 11.653). En el caso de la acumulación objetiva no existe ningún fundamento que tienda a preservar de la posibilidad de sentencias contrapuestas o de que la pronunciada respecto de una pretensión pudiera producir efectos de cosa juzgada respecto de la restante, antes bien, el instituto responde —exclusivamente— a motivaciones de índole económica, sea por razón de tiempo, actividad o gastos (conf. causa L. 89.153, “Zanon”, sent. del 25/II/2009). Se sigue de ello que el accionante bien pudo iniciar demandas independientes y originar el tratamiento autónomo de cada una de las pretensiones aquí deducidas, sin riesgo alguno —reitero— de división de la continencia de la causa, esto es, que se arribe a pronunciamientos contradictorios.

Entonces, queda claro que la autorización para el trámite conjunto de más de una pretensión, condicionado a que resulten de la competencia del mismo tribunal, no se excluyan entre sí y puedan tramitarse por el mismo tipo de proceso, no puede tener como resultado poner al demandante en una mejor situación procesal que la que tendría de haberlas tramitado por separado, permitiéndole franquear el requisito del valor del litigio. Con prescindencia del resultado que se obtenga en la sentencia de mérito e independientemente de cuál sea la parte que intente transitar esta senda recursiva, el test de admisibilidad que habilita el ulterior análisis de la procedencia del remedio extraordinario no puede conducir a resultados disímiles, según se ejercite o no la opción de acumular todas las acciones (pretensiones) contra el mismo demandado (arts. 15 de la ley 11.653 y 87 del C.P.C.C.; conf. causa cit.).

Siendo ello así, el valor del litigio a los fines recursivos debe ser ponderado en función de la naturaleza jurídica de cada una de las pretensiones señaladas, pues ellas han merecido un análisis diferenciado por el sentenciante, conforme los hechos invocados y acreditados durante la sustanciación del proceso.

b. A partir de tales premisas, la admisibilidad de los agravios referidos —por un lado— a la indemnización dispuesta por el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (v. recurso, fs. 235 y vta.); y —por otro— a las pretensiones vinculadas a la percepción de los resarcimientos de los arts. 15, 18 y 19 de la ley 22.250 (v. recurso, fs. 223 y 236), en tanto —como fuera adelantado— no superan el monto mínimo para recurrir fijado por el art. 278 del Cód. Procesal Civil y Comercial; sólo podrán justificarse

en el marco de la excepción contemplada en el art. 55 de la ley 11.653.

La función revisora de este Tribunal queda circunscripta entonces a verificar si lo resuelto en autos contradice la doctrina legal vigente a la fecha del pronunciamiento impugnado, hipótesis que se configura cuando la Suprema Corte ha determinado la interpretación de las normas que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y el fallo impugnado la transgrede en un caso similar (conf. causas L. 95.990, “Rodríguez”, sent. del 2/VII/2010; L. 90.247, “Beliz” y L. 87.827, “Brugiati”, ambas sents. del 5/V/2010; entre otras).

c. Realizado el examen conforme los lineamientos anteriormente enunciados, la exclusión de la hipótesis habilitante de la excepción contenida en la norma del régimen procesal laboral se impone nítida.

Ello así, toda vez que no se verifica configurado el supuesto de excepción referido más arriba desde que el interesado, en estas partes de su escrito impugnatorio, omite la necesaria denuncia de violación de doctrina legal que pudiera tornarlo operativo.

Por consiguiente, no verificados los presupuestos que habilitan la revisión del pronunciamiento por la vía señalada, corresponde rechazar los agravios dirigidos a cuestionar la desestimación de las indemnizaciones previstas en los arts. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y 15, 18 y 19 de la ley 22.250.

2. Ningún reparo admite, respecto de su admisibilidad, la crítica dirigida a censurar la decisión de grado que desestimó la indemnización prevista en el art. 52 de la ley 23.551, por lo que corresponde, con ese límite, habilitar esta instancia extraordinaria sin restricciones (arts. 278, C.P.C.C. y 55, ley 11.653).

Adelanto que acompañaré al recurrente en su crítica, porque considero que sus agravios son fundados.

a. Como quedó reseñado en el relato de antecedentes, el juzgador entendió que el trabajador no tenía derecho a percibir la indemnización contemplada en el art. 52 de la ley 23.551, porque si bien juzgó acreditado que la empresa empleadora había violado la garantía de estabilidad contemplada en aquel dispositivo legal al disponer el despido del actor, declaró que el reclamante soslayó cumplir con la expresa manifestación de “considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto”, recaudo que, por incumplido, trajo aparejado el rechazo de su reclamo (v. tercera cuestión del veredicto, fs. 212 vta. y sentencia, fs. 216/217).

b. Dichos fundamentos son eficazmente rebatidos por el interesado, quien acierta en cuanto sostiene

que, al resolver de ese modo, el a quo violó el art. 52 de la ley 23.551.

c. Se desprende de las constancias de la causa que el actor no solicitó la reinstalación en su puesto de trabajo. Por el contrario, como lo indica en su pieza recursiva a fs. 232/233 vta., las circunstancias demuestran que consintió (“convalidó”, en los términos del recurrente) el cese ilegítimamente dispuesto por “Eleprint S.A.”, al punto tal que notificado éste por la empresa —y más allá de las causales invocadas por aquella para disponerlo y del concreto contenido de los telegramas remitidos por el trabajador en los que, si bien intimó para que aclarasen su situación laboral bajo apercibimiento de despido, nunca lo concretó—, no sólo promovió las actuaciones administrativas destinadas a percibir —entre otros rubros— las indemnizaciones derivadas de la extinción contractual (v. fs. 16 del expediente administrativo agregado por cuerda a las presentes actuaciones —carta poder—), sino que, poco tiempo después de la celebración de la audiencia en aquella sede y ante su resultado adverso, reclamó judicialmente la indemnización prevista en el art. 52 de la ley 23.551.

d. Ya he dicho en oportunidad de votar en la causa L. 76.300, “Machado”, sentencia del 28/V/2003, con relación al alcance de la opción que asiste al trabajador en el marco del art. 52 de la ley 23.551 (demandar judicialmente su reinstalación o colocarse en situación de despido indirecto por violación de la garantía de estabilidad gremial), que si bien la norma de ese artículo pareciera no contemplarlo expresamente, a mi juicio, resulta indiscutible el derecho del trabajador perjudicado a reclamar la totalidad de las indemnizaciones en ella previstas sin necesidad de formular previamente una expresión de voluntad en los términos del art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo. A diferencia de cuanto se afirma en el pronunciamiento impugnado, entiendo que el no haber actuado ninguna de las posibilidades expresamente contempladas en el dispositivo legal, no significó para el actor resignar derechos que posee al amparo de la ley de asociaciones sindicales.

Según lo interpreto, no existe obstáculo para que, frente a un acto del principal violatorio de las garantías sindicales, el afectado pueda concederle eficacia resolutoria, convalidándolo y reclamando las reparaciones correspondientes.

e. Por lo tanto, siendo que el art. 52 de la ley 23.551 no exige formalidad alguna para manifestar la voluntad de optar por la reinstalación o la indemnización, no puede ser refrendada la decisión del juzgador de desestimar la procedencia de esta última en virtud de que la actora no manifestó su voluntad extintiva con anterioridad a la promoción de la demanda, máxime en el caso donde lo hizo previamente en la instancia administrativa.

Al respecto, no resulta ocioso recordar que —como recientemente lo ha declarado esta Corte— la ley 23.551 debe ser interpretada y aplicada de modo de no amparar estrategias patronales que, valiéndose de la propia norma, aparezcan destinadas a aminorar las consecuencias desfavorables de su propio accionar (conf. mi voto en la causa L. 94.910, “Alonso”, sent. del 1/IX/2010).

f. Ante ese resultado, y si bien en virtud de la regla de la adhesión a la apelación cuya vigencia en la sede extraordinaria ya ha sido sostenida por esta Corte (conf. causas L. 80.404, “Daneri”, sent. del 13/IX/2006; Ac. 79.517, “La Marusha S.A.”, sent. del 30/VI/2004), se impondría atender los particulares reclamos esgrimidos en autos así como las defensas que a ellos opuso oportunamente la demandada y que no tuvo ocasión de renovar atento el resultado favorable obtenido en la instancia de grado; dicha tarea resulta irrelevante en la especie.

Ello así, toda vez que las alegaciones que sobre el tema formuló la demandada en su réplica (afincadas exclusivamente en la denuncia de que la extinción contractual se fundó en la finalización de la obra inexistencia de trabajos acordes a las tareas de albañil que desarrollaba el actor, encuadrando normativamente su decisión en el supuesto previsto por el art. 51 de la ley 23.551, v. fs. 96/97) resultaron desestimadas por el propio tribunal interviniente (v. sentencia, fs. 216/217), arribando firme a esta instancia, y —para más— fueron abastecidas con la argumentación desplegada en los apartados precedentes.

g. En definitiva, habiéndose acreditado en autos que, al disponer el cese del agente dirigente gremial, “Eleprint S.A.” transgredió los mecanismos del régimen de tutela sindical previstos en los arts. 47 a 52 de la ley 23.551, y teniendo en consideración que (a ese respecto) el actor concedió eficacia resolutoria al cese así dispuesto, corresponde condenar a la demandada al pago de la indemnización fijada en el art. 52 —párrafo 4°— de dicha ley.

IV. A tenor de lo hasta aquí señalado, corresponde hacer lugar al recurso traído y revocar la sentencia atacada en cuanto rechazó la indemnización prevista en el art. 52 de la ley 23.551, que aquí se declara procedente. Los autos deben volver al tribunal de origen a fin de que practique la liquidación correspondiente.

Las costas de la instancia ordinaria se imponen a cargo de la demandada en relación al reclamo que progresa; los de esta instancia, por su orden en atención al progreso parcial del recurso (arts. 19, ley 11.653; 289, C.P.C.C.).

Con el alcance expuesto, voto por la afirmativa.

El doctor *Genoud* dijo:

Adhiero al voto del doctor Negri, dejando sentado que en lo concerniente a la procedencia del agravio vinculado al rechazo de la indemnización por violación de la estabilidad gremial, lo hago según las concordantes razones expuestas por el doctor de Lázari en la causa L. 107.489, “Márquez”, sent. del 30/V/2012 —a quien adherí—, que resultan aplicables al caso y doy por reproducidas en honor a la brevedad.

Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

El doctor *Soria* dijo:

I. 1. Adhiero a lo expuesto por mi distinguido colega doctor Negri en el apartado III.1 de su voto.

2. En cuanto al agravio referido al rechazo dispuesto por el tribunal de grado de la indemnización reclamada con fundamento en el art. 52 de la ley 23.551, las siguientes reflexiones me llevan a compartir la solución propuesta por el ponente.

a. Con sustento en lo dispuesto en el cuarto párrafo de la norma, el a quo arribó a esta solución, reprochándole al trabajador no haber manifestado expresamente que consideraba “extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto” (v. sent., fs. 217).

b. Conforme se sostuvo en el pronunciamiento de grado, resultó acreditado —y ello, se dijo, fue reconocido por la accionada— que el vínculo habido entre las partes finalizó el día 19 de diciembre del año 2006 por decisión de la empleadora plasmada en el telegrama obrante a fs. 5 (v. vered., fs. 211 vta.), calificada por el juzgador como violatoria de la garantía sindical establecida en la ley (v. sent., fs. 216 vta./217).

Y si bien en los telegramas que días después fueron enviados al empleador (v. fs. 6 y 8; vered., fs. 212), el accionante —manifestando entre otras circunstancias su condición de “delegado gremial”— intimó a que se aclarara su situación laboral bajo apercibimiento de considerarse despedido, en un anuncio que luego no fue expresamente efectivizado; tampoco cabe soslayar que en una comunicación posterior —no controvertida— el principal ratificó que el vínculo se había extinguido el día 19 de diciembre de aquel año manifestando además que “cerraba el intercambio epistolar” (v. fs. 9).

Dejando de lado tales sucesos, que por cierto en modo alguno muestran que el dependiente haya desplegado una conducta incompatible con la acción finalmente deducida ante el tribunal del trabajo, resulta relevante señalar que surge del expediente administrativo acollarado por cuerda a las presentes actuaciones (v. fs. 13/18) que en dicha sede el trabajador —no

habiendo transcurrido un lapso de tiempo considerable desde aquel intercambio telegráfico— exteriorizó un comportamiento que implicó aceptar la eficacia extintiva del despido formulado por el empleador. Indudablemente, en dicha ocasión, lejos de encarrilar sus reclamos esgrimiendo o advirtiendo la posibilidad de efectuar un futuro planteo de nulidad del acto anti-sindical persiguiendo su reinstalación, contrariamente, intentó obtener la percepción de las indemnizaciones pertinentes solicitando a tales fines la fijación de una audiencia con participación de la contraria.

Luego, frente a las circunstancias de la causa, denegar el derecho al trabajador a obtener el resarcimiento pretendido en razón de que no se consideró despedido (argumento, huelga observar, que no formó parte de la defensa opuesta por la accionada, fs. 94/99 vta.), configura una exigencia que luce en extremo formalista y carente de válida justificación a la luz de los derechos que precisamente persigue proteger la norma actuada por el a quo.

II. En virtud de lo afirmado, y suscribiendo lo dicho por el doctor Negri en el apartado III.2 subpuntos f. y g., el recurso ha de prosperar del modo y en los términos que el mentado colega propone.

Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

El doctor *de Lázari* dijo:

Desde que en la sentencia se ha exigido (ver fs. 217 y su remisión al veredicto dictado) que, de forma insoslayable, el actor debía manifestar expresamente su intención de considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, se está imponiendo a su actuar un recaudo no exigido por la ley. Como ya sostuvo en la causa L. 107.489, “Márquez” (sent. del 30/V/2012), el art. 52 de la ley 23.551, en cuanto prescribe que el trabajador afectado por la violación de la tutela sindical puede “optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto”, no exige que la opción de considerar disuelta la relación laboral deba ser exteriorizada mediante alguna forma específica.

El requisito (que debería cumplirse de manera “inoslayable”) introducido por el tribunal del trabajo resulta entonces improcedente, debiendo hacerse lugar a esta parte del recurso, tal como se propicia en la propuesta que abre el acuerdo.

En virtud de ello, adhiero al voto del doctor Negri y doy el mío —con los mismos alcances— por la afirmativa.

El doctor *Hitters* por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y, en consecuencia, se revoca la sentencia impugnada en cuanto rechazó el reclamo de la indemnización prevista en el art. 52, cuarto párrafo de la ley 23.551, rubro cuya procedencia se declara. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que practique la

liquidación que corresponde con arreglo a lo que aquí se ha resuelto. Costas de la instancia ordinaria a cargo de la demandada por el reclamo que prospera; las de esta instancia, por su orden, en atención al progreso parcial del recurso (arts. 19, ley 11.653 y 289, C.P.C.C.). Regístrese y notifíquese. — *Héctor Negri.* — *Daniel F. Soria.* — *Juan C. Hitters.* — *Luis E. Genoud.* — *Eduardo N. de Lázari.*

Daños y perjuicios. Responsabilidad del Estado. Desapoderamiento. Rechazo del daño moral.

Hechos: *La actora demandó a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la privación de su propiedad. Sostuvo que adquirió mediante contrato de compraventa dos departamentos de los cuales gozó de la posesión pública y pacífica hasta el desapoderamiento, a pesar que no existía registro de inhibición alguna de los vendedores. El Tribunal Superior de Justicia hizo lugar a la demanda.*

ST Jujuy, 05/12/2013. - J.R. e Hijos S.R.L. c. Estado Provincial s/ demanda de daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/86329/2013]

1. — Es procedente la demanda por los daños derivados del desapoderamiento de la propiedad de actora, pues, existe relación causal directa entre ellos y el obrar del juzgado en el que tramitaba la quiebra de los vendedores, en tanto al momento de la venta y debido a la falta de notificación de la inhibición general de bienes dispuesta en su contra al registro pertinente, no existía registro alguno de su inhibición.
2. — La influencia del hecho del desapoderamiento de los inmuebles no configura el presupuesto necesario para la procedencia del daño moral, el cual debe entenderse como una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona.

San Salvador de Jujuy, diciembre 5 de 2013.

El doctor *González* dijo:

La demanda que da inicio a esta causa (promovida a fs. 614/632 y ampliada a fs. 707/717 del expediente) es articulada por el Dr. F. J. Y. en representación de J.R. e Hijos S.R.L. en contra del Estado Provincial. Procura con ella el resarcimiento de los daños y perjuicios (materiales y morales) sufridos, sostiene, a partir de la privación de su propiedad por el actuar negligente y

contrario a derecho del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 3 del Poder Judicial de la Provincia a cargo de la Dra. O. V. de G. en el Expte. N° B-75.054/93 “Quiebra indirecta de Carlos Alberto Hugo Castro y María Rosa Lizárraga de Castro”.

Justifica su legitimación activa por ser la damnificada del actuar incorrecto del juzgado, ya que es propietaria del inmueble del que fuera privado de su uso a partir del 5 de agosto de 2007, en un proceso —dice— totalmente irregular.

Reseña los antecedentes del caso relatando que J.R. e Hijos S.R.L. es una sociedad constituida conforme a la ley y debidamente inscripta en el Registro Público de Comercio; cuya principal actividad es la producción agropecuaria y funciona desde octubre del 2003. Como resultado de esa actividad productiva, adquirió mediante contrato de compraventa onerosa y plasmado en escritura pública N° 156 del 25 de abril de 2007, dos departamentos contiguos ubicados en el edificio Impulso de calle Necochea en el centro de la ciudad. Desde ese momento, la sociedad gozó de la posesión pública y pacífica de ambos inmuebles.

Continúa relatando que el 4 de agosto de 2007, en horas de la mañana, y encontrándose presente en uno

de los departamentos una de sus dueñas, se apersonaron los Sres. Andrés Navarro y Julio Rosas, invocando sus condiciones de Oficial de Justicia y de Síndico de la “Quiebra de Francisco Castro y Sucesión” respectivamente, y en cumplimiento de una orden emanada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, a cargo de la Dra. V. de Griot, procedieron a la incautación de bienes, expulsión de la dueña y cambio de cerraduras, sin aceptar razones de ninguna naturaleza para frenar el desapoderamiento. Todo lo ocurrido fue volcado en Escritura Pública N° 320, agregada con posterioridad a la causa.

Afirma que J.R. e Hijos S.R.L. cumplió con todos los recaudos legales, entre ellos, los impuestos por la ley 17.801, razón por la cual es obligación del Estado garantizar la transferencia a título oneroso y de buena fe efectuada por los contratantes. Agrega que, ante el Juzgado en cuestión, en el expediente de la quiebra, se adjuntó la escritura traslativa de dominio, los comprobantes agregados al Protocolo de la escribana actuante, la fotocopia certificada por la misma escribana de la escritura pública N° 102, del 19 de marzo del 2004 por la cual la vendedora, Débora L. Yerrich, a título oneroso y de buena fe, adquirió los departamentos de Francisco Hugo Castro y de María Rosa Lizárraga de Castro. Asimismo, manifiesta que se acompañó documentación relativa a la situación registral, en donde quedaba acreditado que los vendedores (concurados) eran los propietarios de los bienes inmuebles y que no se encontraban inhibidos al momento de la venta, y que a la fecha —marzo del 2004— dichos inmuebles solo tenían un embargo sobre una mitad indivisa.

Con todo esto, sostiene que existían en la causa elementos de prueba suficientes para acreditar sobradamente la posesión y propiedad de los inmuebles en cabeza de J.R. e Hijos S.R.L., así como también que no existía ningún impedimento legal para la transferencia y adquisición onerosa de los inmuebles.

Postula que el Juzgado nunca informó al Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia, sobre la existencia del proceso concursal y sobre la inhibición general de bienes que se ordenara al momento de declararse la apertura del concurso preventivo de la familia Castro, en flagrante violación a lo dispuesto en el art. 14, inc. 7° de la ley 19.551, vigente en 1993, fecha en la que se procedió a la apertura del concurso. Afirma que esta omisión, que se ha mantenido durante todo el proceso, es la causa eficiente del daño y los perjuicios ocasionados a su mandante.

En fecha 24 de agosto de 2007, el Juzgado resuelve rechazar la petición de la sociedad, ordenando continúen las medidas dispuestas por el Juez de la Quiebra sobre los inmuebles; sentencia que es luego revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial el 9 de mayo de 2008. En ella, se deja sin efecto la

incautación de los bienes inmuebles, se ordena su inmediata restitución a J.R. e Hijos S.R.L. y se declara oponible a la masa la adquisición a título oneroso y de buena fe de los bienes inmuebles en cuestión; lo que se cumple finalmente el 2 de junio de 2008 (ver copia simple de escritura pública N° 149 obrante a fs.7/8 del expediente principal).

Para fundar la responsabilidad que atribuye al Estado Provincial, alude al actuar antijurídico de la Juez de Primera Instancia, que le causó un daño cierto, real y concreto por el que requiere ser indemnizado.

Luego, en extensas consideraciones, a las que hago remisión por razones de brevedad, se explaya sobre el actuar del Juzgado, al que denuncia por violar los arts. 18 y 29 de la Constitución Provincial, entre otros.

Evoca doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura y precisa el alcance de su reclamo refiriendo al daño material de la privación de los inmuebles entre el 4 de agosto de 2007 y el 2 de junio del 2008, lo que lo obligó a alquilar otro inmueble y abonar por el mismo un importe mensual de \$2.500, además de los gastos que debió afrontar para recuperar los inmuebles, que dice ascendieron a \$4.569,70; otra suma de \$5.000 por indemnización por la rescisión del contrato de alquiler por el inmueble locado, ante el desapoderamiento; y gastos en honorarios profesionales, más el daño moral que toda esta situación provocó. Reclama también los intereses devengados.

Por último, ofrece prueba y pide, en concreto, se haga lugar a su demanda, con costas.

A fs. 724/728 el Sr. Procurador Fiscal, Dr. Eduardo Reinaldo Chaer, en representación del Estado Provincial, con el patrocinio letrado del Dr. A. O., opone excepción de incompetencia. En la ocasión, pidió la citación como tercero obligado a la Juez de Primera Instancia, Dra. O. V. de G. cuya actuación se cuestiona en la demanda. El auto que hizo lugar a la excepción de incompetencia (fs. 739/740) fue confirmado por este Tribunal (L.A. 53, F° 2099/2101, N° 702, de fs. 43/45 del Expte. 7242/10, caratulado: “Recurso de Inconstitucionalidad ...” agregado por cuerda floja al presente), razón por la que la causa se radica en estos estrados para proseguir su trámite (art. 164 inc. 3 de la Constitución Provincial).

La demanda fue contestada por el Estado Provincial a fs. 763/772. Después de puntuales negativas refiere a los antecedentes de la causa.

Asevera que la resolución por la cual se declara la ineficacia de pleno derecho respecto de los acreedores, de los actos jurídicos de venta de los inmuebles del acervo de los concursados, con su correspondiente orden de incautación, se basó estrictamente en el co-

nocimiento efectivo del derecho y fundada doctrina y jurisprudencia imperante en el tema.

Sostiene que se había dado la publicidad necesaria para que toda la comunidad tuviera conocimiento de la iniciación y prosecución del proceso concursal, a través de los edictos, y que la omisión de haberse inscripto la inhibición del fallido en el Registro no impedía que se declare la ineficacia de la venta. Sostiene la inexistencia de error judicial. Agrega que la mera invocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho a solicitar indemnización, pues a dicho propósito sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos judiciales, cuyas consecuencias perjudiciales no ha logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento legal.

Insiste en que la indemnización que persigue el promotor es improcedente por no existir perjuicio actual alguno, ni tampoco se provocaron daños irreparables.

En capítulo aparte sostiene la improcedencia de la pretensión del actor en la falta de declaración de ilegitimidad y aborda los límites de la responsabilidad del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En definitiva, sostiene que al no haberse acreditado en las presentes actuaciones perjuicio alguno, y al no existir responsabilidad en abstracto, la demanda debe ser rechazada con costas a la actora. Formula reserva del caso federal.

A fs. 785 y a fs. 789/795 compareció el Dr. G. R. J. en representación de la Dra. O. V. de G., citada como tercero.

Al referir al objeto de su presentación, formula negativas genéricas y puntuales respecto a la inexistente responsabilidad de su representada, como también del Estado Provincial. Niega que su parte haya actuado ilegítimamente y que se hubiera irrogado facultades no otorgadas por la ley. Niega que la actora tenga derecho a reparación material o moral de ningún tipo; niega que haya existido un razonamiento absurdo, antijurídico y violatorio de los más elementales derechos, principios y garantías constitucionales.

Sostiene la inexistencia de la acción ya que por el dictado de una sentencia luego revocada no puede ser exigida indemnización alguna. Considera que su parte actuó conforme a lo que era ajustado a derecho frente a la desaparición de los inmuebles de los concursados.

En capítulo aparte, hace referencia a la improcedencia del perjuicio moral reclamado por ser la sociedad una persona jurídica. Cita jurisprudencia y solicita se rechace el rubro con imposición de costas.

En relación al perjuicio material, reafirma su postura en cuanto al actuar legítimo de la Dra. V., quien —afirma— actuó en el ejercicio de sus funciones y de sus obligaciones legales; y en caso de existir responsabilidad no alcanzaría a su representada, sino sólo al Estado Provincial.

Aborda luego la descripción del actuar del Estado Provincial a través de su mandante, afirmando la inexistencia de error judicial con fundamentos que analiza detenidamente y abona con citas de doctrina y jurisprudencia.

Siguiendo los postulados de tal doctrina y jurisprudencia, afirma que la actuación de su mandante lo fue en cumplimiento de su función y no puede constituir un motivo para juzgarla por su interpretación de la ley de quiebras, por lo que no le cabe reproche alguno.

Sostiene que en caso de haber existido un error, el mismo es totalmente excusable.

Advierte que el actor no demandó a la parte que representa, sino que es el Estado Provincial quien la cita como tercero.

Por estos y demás fundamentos a cuya lectura remito, luego de ofrecer prueba, pide que oportunamente se rechace la demanda, con costas a la contraria.

A fs. 803 toma participación el Dr. J. J., en representación de Dra. O. V.

Seguidamente, la causa fue abierta a prueba. Arrimada la que se mandó producir, agregados los escritos de alegatos de bien probado y firme el llamado de los autos para sentencia, los autos son traídos para su dictado.

La responsabilidad extracontractual del Estado puede derivar de su actuación lícita o ilícita; por acción u omisión. La que deriva de su actuación lícita tiene lugar cuando, inspirada en el bien común, causa perjuicios a particulares cuyos derechos se sacrifican en pos del interés general.

Entre posibles supuestos, corresponde acudir a esa fuente de responsabilidad en casos en que, a causa del regular desempeño de las funciones estatales, como dije anteriormente, pueden resultar daños a terceros. En palabras de la C.S.J.N.: “el ejercicio de las funciones estatales atinentes al poder de policía, para el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, si bien es ciertamente lícita, no impide la responsabilidad del Estado siempre que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales” (Fallos: 195:66; 211:46; 258:345; 274:432; 320:113).

Sin perjuicio de ello, cabe agregar que, en consonancia con el criterio de la Corte Suprema y de este

Superior Tribunal sentado en fallos anteriores (L.A. N° 56, F° 36/49, N° 7, entre otros), la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional es de carácter eminentemente excepcional, pues a los principios en los que abrevia la teoría de la reparación de daños que coloca al damnificado como centro indiscutible de sus postulados, se contraponen otros “cuya dimensión de peso resulta proporcionalmente mayor, habida cuenta de que representan el interés de la comunidad en mantener ciertas cargas —como la de soportar el funcionamiento regular de la Justicia— con el objeto de que esas cargas o privaciones que todos los ciudadanos deben asumir no resulten gravosas para el propio Estado, cuyos recursos provienen, en definitiva, de la masa de ciudadanos” (Cassagne, Juan Carlos “El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites” en LA LEY, 2002-A, 484).

Con las constancias de esta causa quedó debidamente acreditado que la sociedad comercial J.R. e Hijos S.R.L. adquirió de Débora Lorena Yérrich, mediante compraventa onerosa (por Escritura Pública N° 156), dos departamentos contiguos en la Galería Impulso, calle Necochea de esta ciudad. La vendedora, Sra. Yérrich, a su vez, había adquirido dichos inmuebles por contrato de compraventa realizado con Francisco Hugo Castro y María Rosa Lizárraga de Castro.

La sociedad compradora, desde la celebración del contrato en abril del 2007, gozó de la posesión pacífica y de buena fe, la que se vio interrumpida en agosto de ese mismo año frente a la orden de desapoderamiento del Juzgado de Primera Instancia, ante el cual tramita la quiebra del matrimonio Castro.

Quedó también demostrado a lo largo de la tramitación que, al momento de la venta realizada por Castro y Lizárraga de Castro a la Sra. Yérrich en marzo de 2004, no existía registro sobre inhibición alguna de los vendedores, ello, —como quedó acreditado— debido a la falta de notificación de la inhibición general de bienes dispuesta en su contra al Registro pertinente.

Frente a la omisión incurrida, tanto del Juzgado interviniente como de la Sindicatura, el actor se vio efectivamente privado de sus bienes por el lapso de diez meses —desde el 04/08/07 hasta el 02/06/08— e impedido de su goce, debiendo en consecuencia, como lo afirma, alquilar una nueva propiedad para los fines comerciales de la sociedad, realizando gastos de contratación, expensas, servicios, entre otros.

Comparto lo expresado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial en el resolutorio del 9/05/08 en el que dijo que “...no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14 incs. 7 y 8 ley 19.551, esto es la orden de registrar la apertura del concurso preventivo y la inhibición general para disponer y gravar bienes

registrables del deudor y, en su caso, los de los socios ilimitadamente responsables, debiendo ser anotadas en los registros pertinentes... De las constancias de la causa, surge que la inobservancia de las normas concursales incurridas en este proceso, son las que posibilitaron que la información que brindó el Registro de la Propiedad Inmueble no correspondiera con la real situación jurídica de los concursados, esto es, que sobre ellos pesaba la inhibición general para disponer y gravar sus bienes”.

En este punto, estimo fundamental destacar la actitud de los concursados (luego fallidos) quienes conocían o debieron conocer la falta de diligenciamiento de los oficios y su correlativa falta de inscripción en el Registro Inmobiliario, por ser una omisión en que incurrió su apoderado.

Cabe advertir además, sobre la falta de diligencia y control de la Sindicatura, como órgano auxiliar del concurso.

Entonces, los concursados, aprovechándose de tal irregularidad, procedieron a la transferencia de las unidades a título de venta recibiendo el pago al contado, en presencia de la escribana actuante y otorgando en el acto, la posesión real y efectiva de los inmuebles a la compradora Débora L. Yerrich.

La inhibición general de bienes es una medida prevista en el ordenamiento, tendiente a proteger a la masa de acreedores estableciendo un régimen que impide al deudor “la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en registros públicos y por tanto a pesar de la amplitud del concepto, sólo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos” (FASSI, Santiago C. y YAÑEZ, César D.; “Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación”; T: 2; 3ª Edición; Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Bs. As. 1989; p. 177). Esta prohibición de vender o gravar bienes registrables que se impone al deudor se ordena en el auto de apertura del concurso en el cual el Juez, entre otras medidas, dispone esta inhibición general de bienes y su anotación en los registros pertinentes.

Como entienden la mayoría de los autores, —opinión que comparto—, en un concurso preventivo, normalmente a esta actividad la debería realizar el deudor a través de su apoderado; pero el síndico concursal, una vez asumido en su cargo, debe controlar el libramiento de todos los oficios y que todas las anotaciones se hayan llevado a cabo e informar, si correspondiere, la falta de las mismas e instar a su cumplimiento y proceder a inscribirlas él mismo.

Otros autores, al analizar la función del síndico, incluso le asignan la obligación de efectuar “las medidas dispuestas por la jurisdicción (arts. 14 inc. 7° y 88 inc.

2º LCQ) tendientes a anotar la apertura del proceso concursal respecto a los bienes del deudor y socios ilimitadamente responsables (art. 14 inc. 1º LCQ), es decir incluyen la inscripción de la inhibición general de bienes, no dejando dudas sobre su responsabilidad, lo que en caso de incumplimiento puede ocasionar hasta su remoción (art. 255 LCQ). (Gacio, Marisa; "Análisis de las funciones del síndico en los concursos, del Régimen de sanciones y responsabilidades").

Sabido es que la sindicatura debe cumplir sus obligaciones de modo diligente, y en la causa no surge que el Síndico haya hecho el debido control y en el momento oportuno, de la inscripción de la apertura del concurso y de la orden de inhibición de bienes.

Conforme surge del relato de los hechos y de las constancias de autos, el matrimonio de María Elsa Lizárraga y Francisco Hugo Castro presentó su concurso preventivo en el mes de septiembre de 1993.

En marzo del 2004, durante el estado de cesación de pagos, transfieren el dominio de los inmuebles a Débora Lorena Yérrich, conociendo por su situación concursal la prohibición de disponer de sus bienes.

Tres años después (abril del 2007), la compradora Débora L. Yérrich los vende a la sociedad J.R. e Hijos S.R.L. y en julio de ese mismo año, se dicta la quiebra.

En definitiva, si bien el Juzgado incurrió en una omisión de control, fue la falta del diligenciamiento de oficios a la que ya hice referencia y la conducta reseñada de los concursados, lo que provocó las consecuencias dañosas reclamadas por J.R. e Hijos S.R.L.

En cuanto a la actuación de la Juez interviniente en lo que respecta a la declaración de ineficacia de la venta, considero que tendió a proteger el patrimonio del deudor frente a la masa de acreedores. En esa situación, dentro del marco de su función específica conforme los arts. 16 y 17 de la Ley de Concursos y Quiebras dispuso la ineficacia de las compraventas realizadas.

Sin perjuicio de ello, no puedo desconocer que existe relación causal directa entre el obrar del Juzgado y el daño invocado, por lo que la responsabilidad extracontractual del Estado por el obrar de sus dependientes, resulta comprometida.

Es de estricta justicia entonces que, en este caso, al producirse en el ejercicio jurisdiccional lesión a los bienes de J.R. e Hijos S.R.L., la comunidad los afronte, no porque su conducta sea contraria a derecho sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo (Fallos: 318:385).

En consecuencia, demostrada la responsabilidad de la demandada, corresponde determinar el alcance del resarcimiento que corresponda.

En cuanto al daño material reclamado, se encuentra probada la existencia del invocado perjuicio que resultó de la privación de la propiedad durante el lapso de diez meses; el consecuente pago de alquileres de un nuevo inmueble por dicho período; los gastos efectuados para recuperar los departamentos y los pagos en concepto de mudanza, entre otros, conforme consta en las copias certificadas obrantes a fs. 9/45. Ver Fs. 9 (factura de cerrajería), fs. 10/12 (factura de telefonía), fs. 13 (recibo de gastos de administración), fs. 15 (pago a Agua de los Andes), fs. 22 (pago por reconexión de gas), fs. 32/37 (pago de Limsa), fs. 45 (solicitud de servicio eléctrico).

Teniendo presente además lo informado por el martilero público Luis Mallagray, (informe de fs. 841/842, consentido por las partes) sobre los montos locativos estimados al año dos mil once, a valores de hoy, más los rubros especificados precedentemente, estimo justo fijar la indemnización por daño material en la suma de \$120.000 (ciento veinte mil pesos).

En lo relativo a la indemnización pretendida en punto al daño moral considero que, en principio, no cabe ninguna reparación de este tipo de perjuicio a favor de una sociedad. La persona jurídica como tal carece de subjetividad y por tanto, no puede sufrir, desde luego, ningún daño jurídico de carácter moral, situación esta en la que considero se encuentra la accionante.

La influencia del hecho del desapoderamiento de los inmuebles no configura el presupuesto necesario para la procedencia del daño moral, el cual debe entenderse como una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona. No parece apropiado endilgarle a la sociedad actora un padecimiento de esa índole, bien que su dueña, a título personal, haya podido sufrirlo (conforme criterio de la CSJN, 30/6/77, ED 73-716).

A mayor abundamiento, y siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Fallos: 298:223; causas "Kasdorf S.A. c. Prov. de Jujuy y otros", del 22/05/1990; C.N.Com., Sala B, causa 5868 del 23/08/1988, en sentido análogo, esta Cámara, Sala II, causa 7013/94 del 16/11/2000) "...se ha declarado que las personas jurídicas no pueden sufrir un daño moral directo porque no tienen bienes extrapatrimoniales que se puedan ver afectados, ya que están formadas por prestaciones de capital, tienen un fin de lucro y su buen nombre está íntimamente relacionado con las ganancias, que giran en la órbita de los intereses económicos y materiales. Por lo tanto, "todo aquello que pueda provocarle desprestigio en el mercado o bien constituye un daño patrimonial rescizable y como tal debe ser probado, o bien carece de toda trascendencia" (conf. C.S., doctrina de Fallos 313:284 y 907; causa S.723.XXXI "Santa Fe Provincia de c. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. s/ cobro de pesos", fallada el 11/7/2002).

Por lo expuesto, propongo se haga lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por J.R. e Hijos S.R.L. en contra del Estado Provincial, y en consecuencia condenar a éste último, a abonar a la actora, en el plazo de diez días de notificado, la suma total indemnizatoria de daño material en la de \$120.000 (ciento veinte mil pesos); en caso de mora, el monto de condena devengará intereses tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, según doctrina del S.T.J. en la materia (L.A. N° 54, F° 673/678, N° 235 del 11/5/11 y L.A. 54, F° 910/917, N° 242 del 16/5/11), hasta su efectivo pago.

Asimismo, se tiene por cumplida la intervención del tercero citado.

Las costas se aplican al Estado Provincial vencido (art. 102 del C.P.C.). En cuanto a los honorarios profesionales, en mérito a la calidad, eficacia y extensión de la labor profesional desarrollada (art. 4 inc. c); el interés económico comprometido (art. 4 inc. a y art. 6); el resultado obtenido (art. 7); el monto del juicio (art. 8) y la participación en la causa (art. 10) propongo regular los que corresponden a la actuación del Dr. F. J. Y., apoderado del actor, en la suma de ...; para los Dres. G. J. y J. J., apoderados del tercero citado, en la

suma de ... y para el perito tasador, martillero público L. M. la de ..., más el impuesto al valor agregado, de corresponder.

Los doctores *De Langhe de Falcone, del Campo, Bernal* y *Farfán* adhieren al voto que antecede.

Por lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, resuelve: 1. Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por J.R. e Hijos S.R.L. en contra del Estado Provincial, y en consecuencia condenar a éste último, a abonar a la actora, en el plazo de diez días de notificado, la suma total por daño material de \$120.000 (ciento veinte mil pesos); la que, en caso de mora, devengará intereses tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, hasta su efectivo pago. 2. Tener por cumplida la intervención del tercero citado. 3. Imponer las costas al Estado Provincial vencido. 4. Regular los honorarios profesionales del Dr. F. J. Y. en la suma de ...; los de los Dres. G. J. y J. J. en la de ... para los dos, y para el perito L. M. en la de ..., más el impuesto al valor agregado, de corresponder. 5. Registrar, agregar copia en autos y notificar por cédula. — *Sergio R. González.* — *Clara A. De Langhe de Falcone.* — *José M. del Campo.* — *María S. Bernal.* — *Víctor E. Farfán.*

CONTRATO DE TRABAJO

Extinción. Despido indirecto. Modificación de las funciones y categoría laboral. Ejercicio abusivo del *ius variandi*. Cambio de calificación profesional del dependiente. Silencio del trabajador. Irrenunciabilidad de derechos. Daño moral. Procedencia. Contratación y subcontratación. Trabajo en una empresa prestadora de servicios de salud. Inexistencia de relación entre el empleador y la obra social. Solidaridad. Improcedencia.

Hechos: La trabajadora dispuso su despido indirecto ante el rechazo de la empleadora a su pedido de registración del vínculo, pago de diferencias salariales derivadas del incorrecto encuadre convencional y rebaja de categoría, lo que motivó el inicio del reclamo indemnizatorio correspondiente. El a quo rechazó la acción porqué entendió que no se acreditaron los extremos contenidos en el escrito introducido. Apela la laborante. La Alzada revoca el pronunciamiento de grado y hace lugar a la demanda.

1. — El despido indirecto dispuesto por la trabajadora luego de que la patronal rechazara restablecerle funciones y categoría laboral, debe considerarse justificado porque, la empleadora no acreditó la existencia de una necesidad empresarial objetiva, operativa y/o de organización que motivaran el mantenimiento de los cambios transitorios implementados durante la licencia por maternidad de la cual gozó aquella, por lo que se constituye en un ejercicio abusivo del *ius variandi*.
2. — Resulta inadmisibles el argumento de la patronal referente a que el cambio de calificación profesional de la trabajadora se debió a un pedido de ésta y que no cuestiona tal situación durante siete meses, ya que la calificación profesional es ajena al ámbito de la mera voluntad e irrenunciable (art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo), de manera que ni el silencio ni el paso del tiempo tiene efecto para perder el derecho a ella.
3. — Debe confirmarse el fallo de grado que rechazó aplicar las previsiones del art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, toda vez que los servicios de atención médica brindados por la empleadora a favor de una Obra Social configuran una relación entre ésta como agente del seguro de salud y una empresa dedicada a la prestación de servicios de salud, por lo tanto la trabajadora no ha sido contratada con des-

tino a la Obra Social, sino que se integró a una empresa que presta, por sí, servicios a diversas obras sociales, sin que pueda ser considerada empleada directa de ninguna de ellas.

4. — Encontrándose establecido que la empleadora, en infracción al art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificó intencionadamente las condiciones de trabajo de la trabajadora durante la licencia por maternidad, de acuerdo al art. 1 de la ley 23.592 corresponde hacerla responsable por el daño moral ocasionado en tanto se trata de una parcela del daño no comprendida en la tarifa del art. 245 del mismo cuerpo legal.

CNTrab., sala II, 30/12/2013. - Frías, Marisa Alejandra c. Asistencia y Prestación de Salud S.A. y otros/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/58995/2013]

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 30 de 2013.

El doctor *Maza* dijo:

Mediante el pronunciamiento de fs. 360/366 la Dra. María Isabel Fernández rechazó la acción intentada por el accionante contra Asistencia y Prestación de Salud S.A. y Obra Social de los Empleados de Comercio y actividades Civiles (OSECAC). Se alza, contra lo allí decidido, la parte actora en los términos del recurso que luce a fs. 367/378 (escrito replicado por la contraparte a fs. 386/389).

La accionante denunció el contrato de trabajo con sustento en diversos incumplimientos negados por las accionadas. Entre ellos denunció que su verdadero empleador era OSECAC y no la S.A. codemandada quien cumpliera el rol de gerenciadora de los centros de atención médica correspondientes a aquella, por lo que reclamó el registro del vínculo, el pago de diferencias salariales derivadas del incorrecto encuadre convencional y denunció una discriminatoria rebaja de categoría, pedidos que merecieron el rechazo de las demandadas y la consecuente denuncia del vínculo por parte de la trabajadora.

La sentenciante de grado juzgó que la actora no habría acreditado los incumplimientos en los que basó su reclamo (vgr. incorrecto registro del vínculo, categoría, remuneración, etc.), por lo que decidió el rechazo de la acción.

Analizaré, seguidamente, el recurso de la accionante.

III. En primer lugar, la accionante se agravia por la decisión de grado que consideró no acreditada la mo-

dificación implementada por la demandada, señalando que la rebaja de la categoría de “Encargada” a “Sub-encargada” se encuentra acreditada por los propios recibos de sueldo emanados de la demandada.

Ahora bien, no soslayo que, en la especie, la actora denunció que el cambio de calificación profesional introducido por la demandada de manera unilateral, según afirmó en su demanda, fue una decisión de la empresa motivada por su estado de maternidad. Tampoco puedo pasar por alto que la propia demandada reconoció que “se vio precisada a mantener como encargada de ambos centros a Jimena Talías (reemplazante de la actora durante su licencia por embarazo y parto) mientras adjudicó a Marisa Frías la dirección del centro de Lanús, bajo la coordinación de Telías...” aduciendo que ese cambio respondió a un pedido expreso de la actora, quien deseaba pasar más tiempo con su hijo, por el cual no podía continuar coordinando ambos centros (Lanús y Avellaneda), solicitando a la empresa le permitiera supervisar, únicamente, el centro de Lanús (v. fs. 93/vta.).

Sin embargo, la justificación del cambio que invocó la demandada no sólo fue expresamente negada por la reclamante al contestar demanda sino que fue cuestionada aún durante la vigencia del vínculo mediante despacho telegráfico de fecha 05/04/2010 (fs. 114), por lo que correspondía a la accionada acreditar de manera concluyente el extremo invocado y, a mi juicio, no lo hizo.

En efecto, la demandada no ha acompañado ningún instrumento o documento del que surja que fue la propia actora quien requirió el cambio de tareas que, a su vez, implicó una disminución de su calificación profesional, ni ninguna otra prueba que avale su tesis.

Este último extremo (consecuencia de la supresión de tareas y la designación de la Sra. Telis en el puesto de la actora), surge palmariamente acreditado por medio de los recibos de haberes extendidos por la demandada y acompañados a fs. 124/143 que dan cuenta de que a partir del mes de Octubre de 2009 la actora (hasta Septiembre 2009 “Encargada”) paso a revestir la “calificación profesional” de “sub-encargada” (v. fs. 125), extremo corroborado por el perito contador al examinar los registros laborales de la demandada (v. fs. 257 pto. 5).

En definitiva, la demandada no pudo acreditar ni justificar la quita de funciones ni recalificación profesional de la actora, ni los motivos por los que se mantuvo en su cerrada postura pese a los reclamos de la accionante, lo que dejó en evidencia que el cambio unilateral implementado y resistido por la dependiente resultó injustificado.

Además, destaco que la omisión probatoria no puede ser suplida por una inaplicable presunción, dado que el planteo introducido por la demandada en relación a la doctrina de los actos propios y a la inexistencia de cuestionamiento por parte de la actora durante la vigencia de la relación laboral durante un lapso de 7 meses, como para otorgar preeminencia a la disminución de la categoría alcanzada por la dependiente es inadmisibles, pues la calificación profesional es ajena al ámbito de la mera voluntad del empleador y, por tanto, es irrenunciable (art. 12 LCT), de manera que ni el silencio ni el paso del tiempo tiene afecto para perder el derecho a ella.

Resulta evidente, entonces, que la demandada asumió una actitud reñida con la buena fe (art. 63 LCT), toda vez que, frente a las puntuales reparos que opusiera la accionante, la empresa ni siquiera evaluó los motivos expuestos por la trabajadora, ni sugirió dejar sin efectos los mismos, limitándose a señalar que el cambio respondió a un pedido de la actora que, a la postre, no acreditó.

De ello se sigue que el empleador modificó las funciones y calificación profesional de la actora y no probó la existencia de una necesidad empresarial objetiva, operativa y/o de organización que motivaran el mantenimiento de los cambios transitorios implementados durante la licencia de la actora, pese a su reincorporación.

De allí que ha quedado en evidencia el ejercicio abusivo del *ius variandi* que legitimó la denuncia contractual y la consecuente obligación indemnizatoria incumplida del empleador.

IV. En segundo término la accionante cuestiona la decisión de grado que consideró aplicable al caso las previsiones del art. 30 de la L.C.T. y no las del art. 29 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, llega firme a esta instancia que APRE-SA explotaba el establecimiento donde prestó servicios la accionante, y que brindaba servicios a la Obra Social demandada, en calidad de gerenciadora.

Desde esta perspectiva advierto que los servicios de atención médica brindados por la S.A. a favor de la Obra Social configuran una relación entre la obra social como agente del seguro de salud y una empresa dedicada a la prestación de servicios de salud, controlada por la Superintendencia de Servicio de Salud como órgano de contralor de la actividad de las obras sociales y sus contrataciones con prestadores del seguro de salud para que se efectivicen por intermedio de sujetos idóneos las coberturas que la ley diseña para el riesgo de enfermedad a cargo de la obra social originariamente.

Desde esta perspectiva, advierto que no se dan los supuestos que establece el artículo 29 de la L.C.T. toda vez que la actora no ha sido contratada por APRESA con vista a proporcionarla a la Obra Social, sino que se integró a una empresa que presta por sí servicios a diversas obras sociales, por lo que no puede ser considerada empleada directa de ninguna de ellas en tanto quien utilizó su prestación fue, en efecto, la codemandada APRESA aún cuando la trabajadora hubiera sido destinada a cubrir las tareas administrativas de los centros de Lanús y Avellaneda de OSECAC, con motivo del gerenciamiento asumido por aquella a favor de esta última, dado que las tareas desempeñadas por la actora formaron parte de ese servicio integral brindado por APRESA.

Por ello, considero inaplicable al *sublite* las previsiones del art. 29 de la L.C.T. por lo que corresponderá confirmar lo decidido en grado en relación a la subsunción del vínculo en el art. 30 de la LCT, dado que no ha mediado cuestionamiento sobre el tópico por parte de la interesada, pero dejando aclarado que esta Sala ha sostenido invariablemente la tesis contraria a la de la magistrada de grado (ver “Ramírez, Karina Andrea y otros c. Obra Social para la Actividad de Seguros y otro s/ Despido” expte. N° 8960/2004, SD 95287 del 09/10/2007).

V. En cuarto término, la actora realiza una extensa exposición sobre las deficiencias de los libros de las demandadas y la presunta renuencia en su exhibición, por lo que cuestiona la inaplicabilidad de la presunción establecida en el art. 55 de la L.C.T.

Sin embargo, la actora denunció la fecha de ingreso y egreso (v. fs. 5/6), así como su desempeño en calidad de “Encargada” en el horario de lunes a viernes de 08.00 a 15.00 horas y la percepción de un salario de \$2.944 (v. fs. 37vta.) y estos extremos no sólo no se encuentran controvertidos en autos sino que surgen de la propia documentación acompañada a fs. 84/91.

Por otra parte, el reclamo fundado en la ley 24.013 se basó en el supuesto de considerar que OSECAC fue su verdadero y único empleador y la codemandada APRESA la interpósita persona, circunstancias no probadas en el *sublite* que determinan la improcedencia del reclamo fundado en la ley de empleo.

En consecuencia, y frente al reconocimiento de los extremos señalados, así como a la determinación de APRESA como único empleador, las afirmaciones contenidas en el acápite bajo análisis carecen de proyección sobre las cuestiones debatidas en autos, además de señalar que el propio interesado no explica a que conclusión corresponde arribar a partir de los postulados que formula ni cual es su incidencia en el pleito de activarse la presunción que pretende, lo

que impide conocer la medida sin agravio y, en consecuencia, la queja resulta inatendible.

VI. En cuanto a la reparación civil reclamada por despido discriminatorio, destaco que la situación de despido indirecto en la que se colocara la actora no fue dentro del período de protección establecido por el art. 178 L.C.T., tal como sostuvo en su escrito de inicio, dado que la accionante dio a luz el 21/05/2009 (v. fs. 6vta.l párr. 3) y el vínculo se extinguió el 15/04/2010 es decir, 10 meses y 25 días después de la fecha de parto.

En este sentido no cabe aplicar la presunción contenida en el R.T.C., en torno al despido discriminatorio por maternidad, pues la ruptura se produjo con posterioridad al vencimiento del plazo de protección legal.

Sin embargo, ha quedado establecido que la demandada discriminó reprochablemente a la Sra. L., en el marco de su licencia por maternidad al modificar intencionadamente sus condiciones de trabajo en infracción al art. 66 L.C.T. y de una manera tal que es inocultable que la causa de esa decisión empresarial fue la particular situación de la trabajadora.

Por ende, de acuerdo al art. 1 de la ley 23.592 cabe hacerla responsable por el daño moral provocado a la actora, en tanto se trata de una parcela del daño no comprendida en la tarifa del art. 245 L.C.T., por su carácter adicional y extraordinario.

Dicho daño moral, como aflicción del espíritu, es presumible en el caso por la específica gravedad del reprochable acto discriminatorio que su empleadora le hizo sufrir por el sólo hecho de haber concebido una criatura, siendo indiscutible que las consecuencias de ese acto ilícito civil no puede quedar impunes (arts. 1 ley 23.592, 1109, 1068, 1078 y concs. Cód. Civil).

Por todo ello, propongo en definitiva, condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$5.000 en concepto de daño moral.

VII. Por todo lo hasta aquí expuesto, sugiero hacer lugar a la acción intentada por la actora toda vez que la demandada no ha abonado las indemnizaciones debidas al cese con motivo de la ruptura del contrato y, en virtud de los parámetros señalados, habré de sugerir la condena a las codemandadas en forma solidaria en los términos del art. 30 de la L.C.T., al pago de los siguientes conceptos y sumas:

Indemnización por antigüedad	\$17.664,00
Indemnización sustitutiva de preaviso + S.A.C.	\$6.378,66
Días trabajados abril de 2010	\$1.472,00

Integración mes de despido + S.A.C.	\$1.594,66
Vacaciones proporcionales + S.A.C.	\$1.236,48
Indemnización art. 2 ley 25.323	\$12.818,66
Daño Moral	\$5.000,00
Total	\$46.164,46

Dicho monto deberá llevar los intereses con arreglo a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (cfr. Resolución de Cámara de fecha 7 de mayo de 2002-Acta Nro. 2357), desde que cada suma es debida y hasta el momento de su efectivo pago.

El rechazo de la multa del art. 80 de la L.C.T. llega firme a esta alzada.

VII. El resultado que propicio implica una modificación del decisorio atacado, circunstancia que —de conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del CPCCN— conduce a reexaminar las costas allí determinadas.

Con relación a la distribución de las costas del proceso sugiero imponerlas a cargo de la parte demandada vencida (cfrme. art. 68 CPCCN).

En orden a ello, y en atención a la extensión y calidad de las tareas realizadas, el valor económico del litigio y los mínimos arancelarios vigentes, sugiero modificar los honorarios regulados a favor de la representación letrada de la parte actora, de cada una de las codemandadas y del perito contador en el 15%, 12%, 12% y 4% del monto total de condena —capital más intereses— (cfrme. arts. 38 L.O., 6, 7, 9, 19, 37 y 39 de la ley 21.839 y decreto ley 16.638/57), quedando aquí subsumidos los agravios de la parte actora.

En relación a las costas de alzada, sugiero imponerlas a cargo de la parte demandada vencida (cfrme. art. 68 CPCCN) y fijar los emolumentos de los letrados de la parte actora y de la demandada por sus trabajos en este tramo procesal en el 35% y 25% —respectivamente— de las sumas que deban percibir cada uno de ellos por los de primera instancia, teniendo en cuenta la importancia y extensión de las labores profesionales (art. 14 ley 21.839).

El doctor *Pirolo* dijo:

Por análogos fundamentos adhiero a las conclusiones del voto del Dr. Miguel Angel Maza.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 segunda parte, ley 18.345) el Tribunal resuelve: 1) Revocar el pronunciamiento de grado y hacer lugar a la acción entablada, condenando a Asistencia y Prestación de Salud S.A. y a la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles a pa-

gar a la Sra. Marisa Alejandra Frías la suma de pesos cuarenta y seis mil ciento sesenta y cuatro con 46/100 (46.164,46), más los intereses fijados en el considerando respectivo; 2) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la parte demandada; 3) Regular los honorarios por las actuaciones en la instancia anterior, a favor de la representación letrada de la parte actora, de cada una de las codemandadas y del perito contador, en un quince por ciento (15%), doce por ciento (12%), doce por ciento (12%) y cuatro por ciento (4%) del monto total de condena —capital más intereses—; 4) Imponer las costas de alzada en el orden causado y regular los honorarios de la dirección letrada de la parte actora y de la demandada por sus trabajos en este tramo procesal en el 35% y 25% —respectivamente— de las sumas que deban percibir cada uno de ellos por los de primera instancia. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Miguel A. Pirolo*. — *Miguel A. Maza*.

CONTRATO DE TRABAJO

Extinción. Muerte del trabajador. Improcedencia de la indemnización del art. 2 de la ley 25.323. Pago a cuenta.

Hechos: La actora, la demandada y la Defensora Pública apelaron la sentencia del juez a quo que declaró la causa como de puro derecho. La Cámara confirmó parcialmente la sentencia y modificó la sentencia apelada respecto de los intereses.

1. — El reclamo con fundamento en el art. 2 de la ley 25.323 es improcedente en una demanda fundada en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto dicho resarcimiento tiene naturaleza sancionatoria y como tal, debe interpretarse restrictivamente, limitándose su aplicación a la previsión contenida en la norma.
2. — El art. 742 del Código Civil no es aplicable a los créditos laborales, pues, el art. 260 de la LCT establece que el pago insuficiente de obligaciones laborales efectuado por el empleador será considerado como pago a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, por lo que no afectan al crédito las consecuencias desfavorables que para el acreedor civil importa la aceptación de una entrega fragmentada.

CNTrab., sala IV, 27/12/2013. - T., K. V. en representación de sus hijas menores M. S. y N. A. B. c. Finexor S.R.L. y otro s/ indemn. por fallecimiento.

[Cita on line: AR/JUR/100936/2013]

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 27 de 2013.

La doctora *Marino* dijo:

I. Vienen estos autos a la Alzada con motivo de los recursos que contra la sentencia de fs. 395/397, interponen la parte actora (fs. 1401/406), la parte demandada (fs. 410/412) y la Defensora Pública (fs. 435/438). Asimismo, la demandada apela la resolución aclaratoria de fs. 414 (fs. 410/412).

II. Por rigor lógico trataré en primer lugar la queja del Ministerio Público, que a través de la Defensora Pública de Menores y Ausentes sostiene la apelación contra el auto de fs. 386 donde la Sra. Juez *a quo* resuelve declarar la causa como de puro derecho. Manifiesta que lo resuelto es desacertado ya que existen hechos controvertidos, refiriéndose en tal sentido al ofrecimiento de la pericial contable efectuado por la actora. El planteo revisor no resulta admisible porque si bien es cierto que la parte actora ofreció la pericia contable, la agente fiscal no señala en qué medida su falta de producción, a mérito de lo resuelto a fs. 386, impidió el dictado de una sentencia condenatoria sustentada en una liquidación elaborada respecto de los distintos rubros que progresan en base a pautas (fecha de ingreso, egreso y salario), que surgen del expediente y sobre los que las partes no han discrepado.

Propongo, por ende, confirmar lo resuelto a fs. 386.

III. La parte actora objeta la forma en que la sentencia determina que se adeudan los intereses sobre el capital de condena y el rechazo de la indemnización del art. 2 de la ley 25.323. A su vez, la demandada cuestiona a fs. 410/412 el progreso del SAC proporcional segunda cuota de 2008 y del rubro salario familiar, la condena al rubro del art. 80 de la LCT, como así también a fs. 424/425 objeta que se hubiera condenado a la entrega del certificado de trabajo (fs. 414).

IV. Con relación a la queja de la actora, esta Sala ha sostenido en los autos “Abad, Diana Lucía Jacoba c. Disetex S.A. s/ indemn. por fallecimiento” (SD N° 96.975, 27/3/2013), que no corresponde admitir el reclamo con fundamento en el art. 2 de la ley 25.323 en un reclamo fundado en el art. 248 de la LCT, en tanto dicho resarcimiento tiene naturaleza sancionatoria y, como tal, debe interpretarse restrictivamente, limitándose su aplicación a la previsión contenida en la norma, esto es, el recargo para el supuesto de incumplimiento por parte del empleador del pago de las indemnizaciones correspondientes a un despido injustificado contenidas expresamente en los artículos allí citados (léase, arts. 232, 233 y 245 LCT, y arts. 6 y 7 de la ley 25.013) y no a cualquier débito fundado en la relación de trabajo (en el mismo sentido, CNAT, Sala II, *in re* “Millar, Luis Mariano por sí y en representación

de sus hijos menores Mariano Millar y Little y Hugo Ismael Little c. PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Indemnización por Fallecimiento”, del 23/04/2009; también, Sala VIII, en autos “Giangiulo, Rosa Mabel c. Mesplet Larrañaga y Giaccone S.A. y otros s/ Indemnización por Fallecimiento”, del 24/06/2008).

En consecuencia, sugiero confirmar lo decidido en la sentencia de grado en cuanto rechaza el rubro del art. 2 de la ley 25.323.

En cambio, la queja con respecto al cómputo de los intereses resulta parcialmente admisible. Ello es así, atento que la demandada efectuó el depósito de la suma de \$15.459,89 en el marco de una demanda por consignación (acumulada a estas actuaciones), que promovió por haberse presentado distintas personas invocando legitimación para cobrar la indemnización por fallecimiento del causante. Si bien entonces dicho importe no puede ser tenido como dado en pago desde la promoción de la demanda (16/10/2009), la propia recurrente admite que la situación de litisconsorcio pasivo en el referido proceso se mantuvo hasta agosto de 2011, cuando se tuvo por no presentada la demanda contra la Sra. M. N. G. (v. fs. 361). En consecuencia, a partir de allí la actora estaba en condiciones de acceder a la suma depositada sin perjuicio de lo que se resolviera en el expediente principal. En tal sentido, resulta aplicable el criterio jurisprudencial que establece que “Si bien el art. 742 del Cód. Civil dispone que el acreedor no está obligado a aceptar pagos parciales, dicha norma no es aplicable a los créditos laborales pues el art. 260 de la LCT establece que el pago insuficiente de obligaciones laborales efectuado por el empleador será considerado como pago a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas, por lo que no afectan al crédito las consecuencias desfavorables que para el acreedor civil importa la aceptación de una entrega fragmentada, fundamento estructurado por los arts. 742 y 744 y cctes del Cód. Civil” (CNAT, Sala III, SD 85.415, 13/11/2003, “Andrés, Sergio c. Instituto Estudios Superiores de Bs. As. S.A. (ESBA) s/ despido”). En suma, más allá de la suerte de la demanda por consignación, cabe asignar al depósito en esa causa el carácter de pago tardío por parte de la demandada de su obligación respecto de la deuda salarial e indemnizatoria generada por la muerte del trabajador, que dadas las circunstancias expuestas anteriormente, sólo puede ser tenido como pago a cuenta del total adeudado (art. 260 L.C.T.) a partir del 16/8/2011, por ser el día de notificación por ministerio de la ley —martes siguiente al de la resolución de fs. 361— (arg. art. 48 L.O.). Por lo tanto, propongo modificar lo resuelto en este sentido.

En el apartado IV del memorial recursivo fs. 405, la actora también apela que la sentencia no se haya

pronunciado respecto de la entrega del certificado del art. 80 de la LCT, pero dicha queja objeto de aclaratoria a fs. 400, fue resuelta a fs. 414, por lo que se torna inoficioso pronunciarse al respecto.

V. La demandada, por su parte, señala que entre la documental acompañada por la actora al contestar la consignación se encuentra un recibo por \$1.711,37 que revela el pago del aguinaldo. Sin embargo, la constancia de fs. 202, si bien constituye el instrumento que acredita el pago de dicho importe no puede entenderse, por la fecha de su confección (30/6/2008), como cancelatoria de la deuda de la segunda cuota del SAC 2008. Por ende, corresponde desestimar la crítica y mantener la sentencia en tanto difiere a condena dicho rubro.

No mejor suerte habrá de correr la queja que formula la accionada ante el progreso del salario familiar. Así lo afirmo, pues la apelante sostiene que el régimen es liquidado y abonado por la Anses mediante el mecanismo directo implementado por SUAF. No obstante, dicha argumentación en modo alguna fue expuesta al contestar demanda (v. fs. 97/104). En tal contexto, observo que las consideraciones efectuadas recién en el memorial recursivo en torno al pago del salario familiar, constituyen alegaciones extemporáneas cuya consideración implicaría afectar el principio de congruencia y doble instancia procesal (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 y 271 y 277 CPCCN), pues el escrito introductorio del proceso (demanda y contestación), al establecer los términos al que habrá de ceñirse la contienda judicial, necesariamente debe contener los presupuestos fácticos en los que se sustenta (conf. arts. 65 L.O. y 365 CPCCN).

Con respecto a la sanción del art. 80 de la LCT la sentencia acogió el reclamo teniendo en cuenta que la actora cumplió la exigencia del art. 1 del decreto 146/901 y los certificados acompañados por la demandada son extemporáneos e incompletos pues no se acompañó el certificado laboral con los datos consignados en el art. 80 L.C.T.

La queja de la accionada hace hincapié en que acompañó el certificado solicitado dentro del mes de la intimación citando además, jurisprudencia donde se tiene por cumplida con la obligación legal con la entrega del formulario Anses PS.6.2.

Aunque se coincida con respecto al primer aspecto indicado por la accionada, lo cierto es que la entrega del certificado de servicios y remuneraciones no resulta suficiente para tener por acreditada en tiempo y forma la obligación que impone el art. 80 de la LCT. Al respecto, he coincidido con el criterio de la Sala desde su anterior integración acerca de que la obligación citada se integra por la entrega de: a) un certificado de

trabajo, y b) una constancia documentada de aportes; esta última no considerada por aquélla; también lo es que no debe confundirse el “certificado de trabajo” del art. 80 de la LCT, con la “certificación de servicios y remuneraciones” de la ley 24.241, ya que: “Esta última se expide en un formulario de la ANSES (P.S.6.2.), en el que se insertan datos similares, aunque no del todo coincidentes con los exigidos por el art. 80 LCT. Además, la finalidad de uno y otro certificado es distinta: el primero le sirve al trabajador para conseguirse otro empleo, mientras que el segundo se utiliza para gestionar un reconocimiento de servicios o la obtención de un beneficio previsional, y queda archivado en las oficinas de la ANSES” (SD. N° 95.479, 21/11/2005, “Araujo, Nélica Elisabeth c. BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ indemn. Art.80 LCT L.25.345”).

Sentado ello, dado que no hay discusión que la demandada ha acompañado la certificación de haberes y servicios de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 inc. g) de la ley 24.241, queda patentizado el incumplimiento de la obligación dispuesta en el art. 80 de la LCT, y ello entonces sella la suerte de la queja en torno a la procedencia de la indemnización allí prevista.

A fs. 414 se alza la demandada contra la resolución que la condena a entregar el certificado del art. 80 de la LCT, bajo apercibimiento de imponer una multa diaria de \$50 por los primeros treinta días de mora. Cuestiona la decisión porque el certificado acompañado a la causa reúne los requisitos exigidos por dicha norma legal y por excesiva la suma de dinero fijada en caso de mora.

Respecto al cumplimiento de la obligación del art. 80 de la LCT me remito, por razones de brevedad, a las conclusiones anteriores que llevaron a confirmar la condena al rubro del art. 45 de la ley 25.345. En cuanto a la sanción conminatoria, considero menester señalar que las astreintes son provisionales, no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada, ni el de la preclusión procesal (CNCiv., Sala A, 31/10/91, LA LEY, 1992-A, 475), y pueden ser elevadas, dejadas sin efecto o reajustadas (art. 666 bis), siempre por el juez de primera instancia, ya que es él (y no la Cámara) quien debe entender en la etapa de ejecución de sentencia. Salvo en los juicios de competencia originaria de la Cámara, ésta sólo puede conocer en la etapa de ejecución por vía de apelación y en los limitadísimos casos en que ésta fuera admisible (art. 109 y conc. de la L.O.).

En consecuencia, sugiero desestimar el agravio.

VI. Asimismo, teniendo en cuenta la importancia y extensión de la labor cumplida y la normativa arancelaria vigente (art. 38 L.O., ley 21.839), son equitativos los honorarios regulados en favor de la representa-

ción letrada de la parte actora mientras que los emolumentos de la representación y patrocinio letrado de la demandada no resultan elevados, por lo que en ambos casos sugiero confirmarlos.

VII. En síntesis, voto por: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y fuera apelada por las partes y el Ministerio Público; 2) Modificarla parcialmente disponiendo que el capital de condena llevará intereses a la tasa fijada en la instancia anterior hasta el 16/8/2011, y a esa suma se deberá descontar el importe de \$15.459,89 debiendo aplicarse desde esa fecha los intereses sobre la diferencia y hasta el efectivo pago; 3) Imponer las costas de la Alzada, en el orden causado, en virtud del resultado de los recursos (art. 68 2da. parte CPCCN); 4) Confirmar los honorarios apelados y regular los honorarios de los letrados de las partes, por su labor en esta instancia, en el 25%, de lo que les corresponda a cada uno de ellos en la anterior.

El doctor *Guisado* dijo:

I) Comparto los fundamentos y conclusiones expuestos en los puntos II a V del voto que antecede, a excepción de lo relativo al cómputo de los intereses.

Digo esto, pues, contrariamente a lo sostenido por la Sra. Jueza *a quo*, la empleadora del causante (Finexcor SRL) no dio en pago a las hijas de aquél la suma de \$15.459,89, sino que se limitó a depositarla a la orden del Juzgado en el marco de un proceso de consignación en el cual las menores eran solo algunas de las demandadas (cfr. fs. 162/164 y 167).

Esa situación de litisconsorcio pasivo se prolongó hasta el 15 de agosto de 2011, fecha en que se tuvo por no presentada la demanda de consignación contra la restante codemandada —M. N. G.— (fs. 361).

Si bien esa negligencia procesal de Finexcor SRL privó de sentido a la acción de consignación que ella misma había iniciado, la obligada tampoco en esa oportunidad dio en pago la suma en cuestión, que permaneció indisponible para las menores.

Considero entonces que el monto de condena debe seguir devengando intereses hasta el efectivo pago.

II) Sugiero imponer las costas de la alzada a Finexcor SRL, vencida en lo principal de las cuestiones debatidas ante esta instancia (art. 68, Cod. Procesal).

III) La demandada (Finexcor SRL) y la Sra. Defensora Pública apelan por altos todos los honorarios, mientras que la Dra. G. (letrada apoderada de la parte actora) cuestiona sus propios emolumentos por bajos.

En atención al mérito e importancia de los trabajos realizados, los honorarios regulados por la demanda por indemnización lucen equitativos, por lo que sugiero confirmarlos; en cambio, los correspondientes a la acción por consignación resultan excesivos, por lo que sugiero reducirlos a las sumas de \$2.400 para la representación letrada de T. y \$1.900 para la representación letrada de Finexcor SRL (arts. 6, 7, 8, 9 y conc. ley 21.839, y 38 L.O.).

IV) En síntesis, voto por: 1) Modificar la sentencia apelada respecto de los intereses, que correrán hasta el efectivo pago. 2) Reducir los honorarios de la acción por consignación a las cantidades precedentemente indicadas. 3) Confirmar el pronunciamiento en todo lo demás que ha sido motivo de recurso. 4) Imponer las costas de la alzada a Finexcor SRL y regular los honorarios de los profesionales de ambas partes en el 25% de los que les correspondan por su actuación en la anterior instancia (art. 14 ley 21.839).

La doctora *Pinto Varela* dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto del doctor Héctor Guisado.

Por ello, por mayoría, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia apelada respecto de los intereses, que correrán hasta el efectivo pago. 2) Reducir los honorarios de la acción por consignación a las cantidades precedentemente indicadas. 3) Confirmar el pronunciamiento en todo lo demás que ha sido motivo de recurso. 4) Imponer las costas de la alzada a Finexcor SRL y regular los honorarios de los profesionales de ambas partes en el 25% de los que les correspondan por su actuación en la anterior instancia (art. 14 ley 21.839). Cópiese, regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y oportunamente devuélvase. — *Héctor C. Guisado*. — *Graciela E. Marino*. — *Silvia E. Pinto Varela*.

INTERNET

Blogs con contenido referente a una empresa. Boleto de los resultados de un motor de búsqueda por los que se accede a los sitios. Improcedencia. Actuación de terceros.

Hechos: El representante de una sociedad dedicada a desarrollos inmobiliarios solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que una empresa que explota motores de búsqueda por Internet elimine y bloquee los resultados vincu-

lados con determinados blogs que poseían contenido que consideró injurioso. La sentencia no le hizo lugar. La Cámara la confirmó.

La medida cautelar tendiente a que una empresa que explota motores de búsqueda por Internet elimine y bloquee los resultados vinculados con determinados blogs en los que se nombra a una sociedad debe rechazarse, pues el agravio que se pretende reparar estaría dado por la actuación de terceros a los que la demandada solo les otorgaría la plataforma para operar, sin que se haya acreditado que esta sea editora de los contenidos publicados.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 17/12/2013. - F. W., .C.G. y otro c. Google Argentina S.R.L s/ medidas cautelares.

[Cita on line: AR/JUR/97226/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, "Charter Fiestas S.R.L. c. Google Inc. y otros s/medida autosatisfactiva", 11/10/2011, LA LEY 10/11/2011, 5; LA LEY 2011-F, 302; JA 2012-05-02, 86; AR/JUR/63550/2011.

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 17 de 2013.

Considerando: 1º) El señor C. G. F. W. por sí y en representación de la firma ... S.A., dedicada a desarrollos inmobiliarios, solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que Google Argentina SRL dé de baja cuatro blogs, elimine y bloquee los resultados de su motor de búsqueda vinculados a esos sitios, y cese en el uso de la marca "...". Afirma, en resumidas cuentas, que los sitios denunciados, propiedad de la demandada, contienen e injurian la labor de la empresa, afectando su imagen y la marca registrada.

2º) En el referido pronunciamiento de fs. 125/126, el señor juez de grado rechazó la medida cautelar solicitada.

Para así decidir, en lo que se refiere a la verosimilitud en el derecho, sostuvo que la precautoria tenía por efecto impedir la libre expresión de opiniones, que puede ser ejercida por el peticionario por idéntico medio. Agregó, respecto de la legitimación pasiva de Google, que no se trata del autor del contenido cuestionado, sino de un intermediario que facilitaría la plataforma del blog y su acceso a través del buscador. Y en lo que respecta a la afectación de derechos

marcarlos, afirmó que de las constancias documentales no surgía que se esté haciendo uso de las marcas en los términos denunciados en el escrito inicial.

Respecto al peligro en la demora, el *a quo* apuntó que los comentarios volcados en los blogs que pretenden suprimirse datan de los años 2008, 2010 o en el mejor de los casos de junio de 2011.

3º) El recurrente cuestiona el fallo por diversas razones.

Entiende que aun cuando fuera cierto que estuviera en juego de la libertad de expresión, de acuerdo con el precedente "Campillay" la responsabilidad Google sólo quedaría exonerada si se consignara expresa y correctamente la identidad del supuesto autor de los blogs impugnados, extremo que no ha sido satisfecho. Afirma que no puede pretenderse que rebata por vía de un blog dichos ofensivos vertidos en forma anónima y bajo una identidad reconocidamente falsa, siendo que ha acudido a la Justicia a fin de obtener tutela para sus derechos lesionados. En cuanto a la cuestión marcaria, además de que el fallo se contrapone con el criterio de esta Sala al resolver la cuestión de competencia, afirma que sí existe un uso no autorizado de su marca. Y finalmente, en lo que respecta al peligro en la demora, sostiene que los nombres de dominio y por ende la difamación siguen existiendo y una gran cantidad de personas ha ingresado a los sitios.

4º) Así delimitada la cuestión a decidir, conviene en primer término hacer alguna referencia sobre el derecho a la libertad de expresión, cuya extensión se encuentra disputada por el apelante.

La búsqueda, recepción y difusión de ideas de toda índole, a través del servicio de internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (conf. art. 1º de la ley 26.032). Esa libertad, expresamente contemplada en nuestro ordenamiento (conf. arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional; art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos), conlleva un derecho público subjetivo y protege a la difusión de noticias que tienen relevancia pública, se refieran o no al desempeño de funcionarios estatales (ver esto último en: BIANCHI, Enrique T. - GULLCO, Hernán V., El derecho a la libre expresión, Ed. Platense, 1997, p. 124).

Mediante diversos tratados internacionales nuestro país contrajo el compromiso de tutelar el derecho de toda persona a la libertad de investigar, opinar, expresar y difundir su pensamiento por cualquier medio (v. art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), sin que pueda ser molestada a causa de ellas, derecho que también incluye el

de investigar y recibir informaciones y opiniones, de difundirlas, sin limitación de fronteras (conf. art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Ese derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección (conf. art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Del mismo modo, en materia de libertad de expresión la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene dicho que en el corazón de la primera enmienda de la Constitución norteamericana —que contempla una previsión análoga a la de nuestro ordenamiento— está el reconocimiento de la importancia fundamental de la libre circulación de ideas y opiniones sobre asuntos de interés público. Y por ello ha estimado que la libertad de expresión no es sólo un aspecto de la libertad individual —y por lo tanto un bien en sí mismo— sino también es esencial en la búsqueda común de la verdad y la vitalidad de la sociedad en su conjunto (conf. “Hustler Magazine v. Falwell”, 485 U.S. 46 —1988—). En palabras de Oliver W. Holmes: “cuando se toma conciencia de que el tiempo ha conciliado muchas ideas encontradas, las personas pueden llegar a creer —aun más profundamente que de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta— que el mejor camino para alcanzar el bien último es el libre intercambio de ideas, y que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado” (conf. “Abrams v. United States”, 250 U.S. 616, 630 —1919—). Y esta visión sobre la libertad de expresión parece, *prima facie*, aplicable a internet, medio que prácticamente no reconoce limitaciones materiales para la difusión de ideas, razón por la cual la intervención estatal —y esto incluye, claro está, a los tribunales— debe ser particularmente cuidadosa de no afectar el derecho a la libre expresión (conf. este sentido: “Reno, Janet v. American Civil Liberties Union et al.”, 521 U.S. 844 —1997—, caso en el que se declaró inconstitucional una ley que buscaba limitar el acceso a contenidos obscenos). En este punto, no está demás recordar que en fecha reciente la Corte Suprema de nuestro país ha resuelto que la actividad desplegada a través de un blog también se encuentra amparada por la mencionada garantía constitucional (conf. sentencia en la causa “Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley Jorge Alberto s/ daños y perjuicios”, del 1/8/13).

De allí que, en este estado larval del proceso, bien podría sostenerse que la libertad de expresión también rige frente a cuestiones que no son puramente gubernamentales o involucren a fondos públicos. En todo caso, frente a la tensión que suele suscitarse entre esa garantía y el derecho a la intimidad, lo que irá variando es el umbral de protección que reconoce el

ordenamiento jurídico a la persona afectada, en función de su carácter público o privado (ver en este sentido lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *in re* “Gertz v. Robert Welch Inc.”, 481 US 323 —1974—, donde se efectúa una limitación a la doctrina sentada en el precedente “New York Times vs. Sullivan”, 376 US 254 —1964—; conf. también las decisiones adoptadas por esta Sala en la causa “Nara, Wanda Solange”, causa n° 8.952/09, sentencias del 30/11/10 y 5/7/12).

Y esa especial protección constitucional determina, tal como lo ha resuelto reiteradamente esta Sala, que si se invoca como fundamento de la medida la lesión a la intimidad, honor o buen nombre a través de medios electrónicos, la carga de la prueba sobre ese extremo recae sobre quien pretende la restricción cautelar (esta Sala, *in re* “Servini de Cubría”, causa n° 7183/08, del 3/6/09; “Bernstein, Luis Marcelo”, causa n° 4718/09, del 8/6/10; “Nara”, del 30/11/10; “Drago-netti Hugo Alberto”, causa n° 978/10, del 12/7/11 y las citas efectuadas en esos precedentes).

5°) En el caso, surge del propio escrito de inicio que ... SA es una empresa dedicada a realizar desarrollos inmobiliarios. A esta altura del pleito, no puede descartarse que cierto interés público comprometido en la difusión de noticias, informes o incluso relatos de experiencias personales de quienes han experimentado el servicio ofrecido.

Esto no implica, claro está, cohonestar las afirmaciones realizadas por algunos de las personas que comentan en los blogs denunciados por el actor o que la respuesta jurisdiccional a sus pretensiones deba ser negativa. No se le escapa al tribunal que aun cuando el actor desempeña una actividad que tiene algún impacto público, existe un ámbito de privacidad que no puede ser traspasado arbitrariamente (conf. art. 19 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; doctrina de la Corte Suprema en el precedente de Fallos 306:1892). Y tampoco desconoce el poder potencial de los blogs a la hora de formar una determinada corriente de opinión sobre una persona o incluso en materia de reputación empresarial (ver en ese sentido: Tomeo, Fernando, “La protección de la imagen y la reputación corporativa en la Web 2.0”, La Ley, Sup. Act. 02/02/2010). Simplemente se mencionan ciertos principios rectores en la materia que a juicio de la Sala no pueden ser soslayados en las causas en que se pretende restringir el ejercicio de este derecho constitucional.

6°) Pues bien, a criterio de la Sala el apelante no se ha hecho cargo de uno de los fundamentos diri-

mentos de la decisión apelada: no ha demostrado la imposibilidad de identificar a los responsables de los blogs cuestionados. Y como se expresó en otras ocasiones Google puede ser requerido judicialmente para que revele sus identidades, postura que no parece irrazonable en el contexto de las normas constitucionales y legales aplicables a la especie (conf. arts. 18, 19, 33, 43 y concordantes de la Constitución Nacional; art. 10, inc. 2, de la ley 25.326; ver esta Sala, causas “Wrona”, n° 5913/11, del 15/2/12; y “Gawianski”, n° 5443/12, del 14/2/13).

Por consiguiente, la pretensión de que la demandada dé de baja ciertos sitios sin siquiera intentar ubicar a sus responsables comporta cierta desmesura. El agravio que se pretende reparar con la medida estaría dado por la actuación de terceros, en sitios a los que, según parece a esta altura del pleito, la demandada sólo le otorgaría la plataforma para operar (conf. en este sentido, Sala I *in re* “Charter Fiestas SRL”, causa n° 7397/10, del 11.10.11). Y con las limitadas constancias obrantes en la causa nada indica que la empresa requerida sea editora de los contenidos de los blogs y foros en los cuales se habría materializado el perjuicio denunciado en el escrito de inicio.

7°) Por otro lado, en lo se refiere a la cuestión marcaría, la recurrente desenfoca el alcance de la decisión adoptada por esta Sala a fs. 120, que se limitó a reseñar cuáles eran los planteos del escrito inicial. Esto no implicó, claro está, reconocer la existencia de uso indebido de la marca “...”, afirmación que habría comportado prejuzgar sobre la cuestión sometida a decisión del juez de primera instancia.

Además, no hay razones suficientes para concluir, en este estado liminar del proceso, que la actividad de Google, ya sea como buscador o como proveedor de la plataforma para los blogs, implique un “uso marcario” prohibido por el régimen legal vigente en materia de propiedad industrial, en especial, por las normas que reconocen el derecho de exclusividad al titular del registro de la marca —art. 4 de la ley 22.362—. No se advierte de qué modo Google estaría violando el derecho a la exclusividad de la marca por el mero hecho de que una parte de dicha designación sea utilizada para identificar blogs, creados por terceros con el evidente afán de criticar la labor empresarial de la actora (conf. Sala 3, causa n° 6804/12 del 30.4.13 y su cita).

En virtud de lo expuesto, esta Sala resuelve: Confirmar la resolución apelada. La doctora Graciela Medina no suscribe la presente en virtud de la excusación formulada a fs. 138, que se acepta en este acto (conf. art. 31 del CPCCN; art. 109 del RJN). Hágase saber a los interesados la vigencia de las acordadas CSJN n° 31/11 y 38/13, en materia de notificaciones electrónicas. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Ricardo V. Guarinoni.* — *Alfredo S. Gusman.*

DELITO

Financiamiento del terrorismo. Elemento subjetivo.

Hechos: *La Unidad de Información Financiera interpuso recurso de apelación contra la sentencia que revocó el congelamiento administrativo de bienes y dinero, al entender que los imputados no incurrieron en el delito de financiamiento del terrorismo, al denunciarse una supuesta colaboración financiera de aquellos a favor de imputados por delitos de lesa humanidad a los fines de mantenerlos prófugos. La Cámara confirmó el auto recurrido.*

La sentencia que revocó el congelamiento administrativo de los fondos y bienes de imputados por el delito de financiamiento del terrorismo debe ser confirmada, pues la supuesta ayuda económica que se habría brindado a favor de imputados por delitos de lesa humanidad a fin de que se mantenga el estado de rebeldía de aquellos no encuadra en la conducta prevista en el artículo 306 del Código Penal, al no configurarse el aspecto subjetivo del tipo endilgado, el cual requiere la intención de un aporte económico con el fin de que se utilice para la comisión de un delito cuyo objetivo sea aterrorizar o intimidar a una población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar u omitir un acto, o al menos, el conocimiento del objetivo de la utilización de tal colaboración.

CNFed. Crim. y Correc., sala II, 16/12/2013. - P., A. y otros.

[Cita on line: AR/JUR/88585/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, “Salgado, José María s/rec. de casación”, 22/03/2011, AR/JUR/4889/2011.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

BONIS, EDUARDO PATRICIO, “Blanqueo de capitales, prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo”, AR/DOC/2234/2013; **MAZZEI, JUANA BEATRIZ**, “Congelamiento administrativo de bienes dispuesto por la UIF. Anotación en los Registros de la Propiedad Inmueble”, AR/DOC/2087/2013.

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 16 de 2013.

Considerando: I- Que el expediente tuvo inicio con las presentaciones efectuadas por la Unidad de Información Financiera, por un lado, denunciando la posible comisión del delito previsto en el artículo 306 del Cód. Penal y solicitando, en tal dirección, se investigue el círculo de financiamiento con el que pudieren haber contado los imputados de delitos de lesa humanidad incluidos en el listado elaborado por la Unidad Especial de Búsqueda de Personas Ordenada por la Justicia, creada por ley n° 26.735, que aún están prófugos; por otro, comunicando el congelamiento administrativo de bienes y dinero de los nombrados a los fines de su revisión judicial (arts. 6 *in fine* de la ley n° 26.734 y 17 del decreto n° 918/2012). Posteriormente, el citado organismo amplió su denuncia y también la citada medida a A. M. C. P., cónyuge de uno de los eludidos; hizo extensiva la comunicación del congelamiento a otros sujetos obligados y lo levantó, parcialmente, respecto de cuatro imputados que fueron habidos; y, en lo demás, en forma más reciente dispuso la prórroga de la medida por otros seis meses.

II- En este estado, el Juez *a quo* adoptó la decisión que por esta vía se recurre: en punto a la revisión de la medida declinó parcialmente su competencia por conexidad a favor de cada uno de los tribunales que habían ordenado las capturas de los imputados en sus respectivos procesos y en lo que hace al prófugo J. C. V. S., cuya rebeldía había sido declarada en un expediente de su juzgado, revocó el congelamiento administrativo dictado por entender que los sucesos aquí denunciados no puede ser calificados, aún provisoriamente, en el delito de financiamiento del terrorismo.

III- En cuanto a la declinación parcial de competencia, es preciso señalar que ella cuenta con argumentos suficientes, y que éstos no resultan conmovidos por los agravios introducidos por las partes. Mientras la solución adoptada encuentra sustento en las previsiones específicas del ordenamiento ritual en la materia —delito cometido para procurar al autor su provecho o la impunidad (art. 41 inc. 2°)—, criterios tales como el lugar de residencia o empleo de la imputada no tienen recepción normativa, al menos en el Cód. procesal penal; y la alegada existencia de una estructura de financiamiento y protección común a todos los prófugos que justificaría su investigación conjunta en este legajo, a esta altura, no excede lo conjetural desde que hasta el momento no se han incorporado a la encuesta elementos que apunten en esta dirección.

Por lo demás, sin perjuicio del orden de prelación establecido en el art. 42 del C.P.P.N., si de razones de economía procesal y de una mejor administración de justicia se trata, ellas reafirman el acierto del tempe-

ramento recurrido, por cuanto los procesos en que se dictaron las órdenes de captura son de antigua data y necesariamente han alcanzado ya un grado de conocimiento y de información mayor sobre los hechos y las condiciones personales de los más de cuarenta prófugos sobre cuyas vinculaciones, entorno y posibles fuentes de apoyo económico se pretende indagar. En estas condiciones, lo decidido en este sentido será homologado (puntos dispositivos I a XXII del auto impugnado).

IV- Circunscripto ahora el debate a si el financiamiento o la ayuda económica que pudiere haber recibido J. C. V. S. para mantenerse en estado de rebeldía desde el año 2006 en la causa n° 3521/2002 del Juzgado de grado —en que se le imputan los delitos de sustracción, ocultación y retención de un menor de diez años nacido en 1977 en la Escuela de Mecánica de la Armada, la supresión de su estado civil y la falsedad ideológica de su documento— puede razonablemente considerarse una hipótesis de financiamiento del terrorismo (único caso en que la ley habilita a la Unidad de Información Financiera a ordenar por sí misma medidas de congelamiento), anticipan los suscriptos que dicho interrogante debe ser respondido negativamente.

Sin perjuicio de su nueva ubicación sistemática, el financiamiento del terrorismo tipificado ahora en el art. 306 del Cód. Penal continúa siendo un delito contra el orden público en el que el legislador aisló una conducta típica de una forma de participación para hacerla punible aún cuando no haya habido un principio de ejecución del hecho principal por el autor (cf. BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R. —directores—, TERRAGNI, Marcos A. —coordinador—, “Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Hammurabi, Buenos Aires, 2013, Tomo 12, ps. 613/22). Ello surge claramente del propio texto de la figura, que pena al que “...directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte:

a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el art. 41 quinquies [aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo]. b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el art. 41 quinquies. c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el art. 41 quinquies.

2° Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere,

aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión” (texto según ley n° 26.734, el destacado es del Tribunal y señala el supuesto concreto que el Ministerio Público Fiscal y la Unidad de Información Financiera, querellante en autos, entienden aplicable al caso).

Esta forma de concebir la figura en punto al bien jurídico protegido y su esencia como modo de participación punible autónomamente, con prescindencia de que el hecho principal haya alcanzado o incluso nunca alcanzare principio de ejecución, resulta, además, consecuente con la normativa internacional en la materia y la función preventiva de hechos de extrema gravedad que en ella se le asigna a este delito, y en la que se justifica el adelantamiento de la barrera punitiva para estos supuestos. Nótese que las convenciones y protocolos, antecedentes de nuestra legislación local, definen a los actos de terrorismo y a su financiación como delitos contra la paz y contra la seguridad internacional. De hecho, cabe detenerse en los supuestos concretos considerados como tales por la “Convención Interamericana contra el Terrorismo” (aprobada por ley n° 26.023) según su artículo 2°: aquellos establecidos en el “Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves”; el “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil”; la “Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas”; la “Convención internacional contra la toma de rehenes”; el “Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares”; los Protocolos para la represión de actos ilícitos de violencia en aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, e ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazados en la plataforma continental; el “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima”; el “Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas”; y el “Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo”. Éste último instrumento, incorporado a nuestro ordenamiento local por la ley n° 26.024, referido específicamente a la temática que nos ocupa, define a la financiación del terrorismo como el delito cometido por quien por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: “...a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo... [se trata de los mismos instrumentos a los que remite el art. 2° —previamente extractado— de la Convención Interamericana]. b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza

o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.” (art. 2°).

Surge claro a esta altura, además de las cuestiones ya apuntadas, que tanto el tipo penal del artículo 306 del C.P., como el concepto de financiamiento del terrorismo de las convenciones internacionales reclaman una configuración del aspecto subjetivo muy específico en el autor: la intención de que su aporte económico se utilice o su conocimiento de que será utilizado para la comisión de un delito cuyo objetivo sea aterrorizar/intimidar a la población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar u omitir un acto. Llevado todo lo expuesto al análisis de la conducta objeto de estos actuados —el apoyo económico presumiblemente prestado a V. S., imputado por la comisión de crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura militar, para mantenerse prófugo desde 2006— no cabe sino concluir en que ella no puede subsumirse razonablemente en el tipo penal invocado por cuanto está ausente por completo, aún en el planteo de la hipótesis, la posibilidad de aplicación actual o futura de los fondos a un delito de las características exigidas por la norma; déficit que no se ve superado por la circunstancia de que el tipo penal del art. 146 del C.P. por el cual se dispuso su captura se trate de uno de carácter permanente pues, aún considerando que es éste último y no la elusión en sí lo que es objeto de financiamiento, el hecho sigue sin reunir los elementos específicos necesarios, particularmente la finalidad del art. 41 quinquies. La exégesis propuesta por los acusadores es, por lo expuesto, una extensión inadmisibles de la figura de financiamiento del terrorismo y, por consiguiente, de los alcances de la facultad limitada y excepcional que únicamente frente a este delito la ley 26.734 otorga a la Unidad de Información Financiera como órgano administrativo para dictar por sí una medida restrictiva de derechos como el congelamiento de bienes y activos, que sólo a posteriori es sometida a revisión judicial. En tales condiciones, el pronunciamiento dictado por el Magistrado *a quo* en el punto dispositivo XXIII del auto apelado se confirmará.

La decisión que se adopta, sin embargo, no supone restarle entidad a la conducta denunciada sino mantener dentro de los límites legales el ejercicio de una facultad de la administración sumamente extraordinaria. Tampoco debe ser comprendida como un obstáculo al fin último de lograr la aprehensión del eludido, máxime frente a la gravísima categoría de delitos que se le atribuyen, ni —en su caso— sancionar a quienes le hubieren prestado su ayuda, desde que para ello existen otras figuras en nuestro ordenamiento sustantivo y las medidas que correspondiere adoptar bien pueden ser dictadas por la autoridad judicial competente, de conformidad con los estándares y garantías propios del proceso penal. Nótese que en

ese cometido la “Unidad Especial para Búsqueda de Personas ordenada por la Justicia”, conforme los términos de la ley 26.375 que la creó, cuenta con ciertas facultades de investigación y posee un rol coadyuvante de la labor de las fuerzas de seguridad, pero también de los Fiscales y los Jueces intervinientes en tales procesos (art. 2°).

V- Para finalizar y en punto a las medidas cuyo dictado solicitó en subsidio el Ministerio Público Fiscal (punto III de la presentación obrante a f. 31 de esta incidencia), a los fines de no privar de instancia, corresponde que sea el Juez de grado quien se pronuncie sobre lo requerido.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar el auto recurrido en todo cuanto decide y ha sido materia de apelación, debiendo el Juez *a quo* proceder conforme lo indicado en el Considerando V de la presente. Regístrese, devuélvase el principal con copia de lo aquí resuelto, hágase saber a la Fiscalía General y remítase a su procedencia, debiendo efectuarse allí las restantes notificaciones de rigor. — *Horacio R. Cattani.* — *Eduardo G. Farah.*

FALSO TESTIMONIO

Falso testimonio brindado en causa correccional.

Hechos: *En una causa en donde se investiga el supuesto falso testimonio vertido por el imputado en una causa iniciada a raíz de un accidente de tránsito, que tramitaba en sede correccional, se dictó el sobreseimiento. El fiscal interpuso recurso de apelación. La Cámara revocó la sentencia y dictó el procesamiento por el delito de falso testimonio agravado por haberse cometido en una causa criminal en perjuicio del encartado*

1. — La sentencia que sobreseyó al imputado por el delito de falso testimonio debe ser revocada, pues de las probanzas producidas surge que no estuvo presente en el lugar declarado al momento del hecho, circunstancia que conduce a dictar su procesamiento con el agravante de haberse cometido en una causa criminal al haberse brindado declaración testimonial en sede correccional (del voto de los Dres. Ciccioro y Scotto).
2. — El delito de falso testimonio agravado por haberse cometido en una causa criminal en perjuicio del encausado debe ser modificado por el tipo simple, ya que la causa criminal que se

formula al describir la modalidad agravada de este delito, constituye un elemento normativo del tipo para cuya interpretación corresponde acudir a la legislación procesal respectiva, conforme a la cual dicha denominación no resulta abarcativa de los procesos que se siguen en el fuero correccional (del voto en disidencia del Dr.Divito).

CNCrim. y Correc., sala VII, 16/12/2013. - B. A. C., R. F.

[Cita on line: AR/JUR/87310/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1-2] Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, “Mastroberti, Paula Soledad; Mastroberti María Fernanda”, 05/03/2009, AR/JUR/3307/2009; Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, “Abd El Jalil, José María F.”, 25/11/2008, AR/JUR/17088/2008; Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, “Videla, Marcos Eduardo y otra s/rec. de casación”, 16/07/2007, AR/JUR/7739/2007.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

SCHURJIN ALMENAR, DANIEL, “Alcances del delito de falso testimonio”, AR/DOC/739/2012; URE, ALEJANDRO V., “La afirmación mentirosa de la verdad ¿falso testimonio?”, LA LEY 1984-C, 1049.

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 16 de 2013.

Los doctores *Ciccioro* y *Scotto* dijeron:

El representante del Ministerio Público Fiscal recurrió la decisión extendida a fs. 109/110, por la que se dispuso el sobreseimiento de R. F. B. C. (artículo 336, inciso 3° del Cód. Procesal Penal).

Luego de celebrarse la audiencia prevista por el artículo 454 del Cód. Procesal Penal, se entiende que la decisión desvinculante no puede ser avalada, siempre que las constancias de la causa conducen a agravar la situación procesal del imputado.

Se atribuyó al nombrado el haber afirmado hechos falsos al prestar declaración testimonial ante la Fiscalía Correccional N° 9, en el marco de la causa N° 80.673, caratulada “C., E. N. sobre lesiones culposas” que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 9. En esa ocasión, B. A. C. manifestó que se encontraba caminando por la avenida Boyacá hacia la calle Tres Arroyos, de esta ciudad, cuando escuchó un ruido de frenada y observó que un vehículo que

avanzaba por la última de dichas arterias impactó con su trompa contra una motocicleta que circulaba por Boyacá.

Además, refirió que la mujer que conducía el rodado que embistió a la moto se encontraba acompañada por una persona del sexo masculino y circulaba a una velocidad más elevada que la del damnificado. Por último, destacó que pudo observar el momento exacto del impacto, pues caminaba de frente a éste (ver fs. 4/5).

Sin embargo, en aquel sumario se corroboró que la motocicleta fue la que impactó al vehículo (fs. 46/47) y la conductora refirió que no se encontraba acompañada, circunstancia que —por otra parte— el preventor policial no consignó en el acta correspondiente (fs. 29). Así se concluyó en el sobreseimiento de C. (fs. 13 /22 —decisión confirmada por la Sala IV de este Tribunal a fs. 48—) y en la extracción de testimonios a fin de investigar la conducta del aquí imputado.

Luego de las medidas ordenadas por esta Sala en su anterior intervención (fs. 82/83), puede concluirse en que el descargo formulado por B. A. C. (fs. 67) se encuentra desvirtuado en autos, puesto que no habría presenciado el episodio por el cual rindiera declaración testimonial.

Ello es así, puesto que si bien se verificó la existencia del taller mecánico donde dijo el encartado desempeñarse, se corroboró que el 13 de agosto de 2011 —a la hora del accidente— no se encontraba allí, pues su teléfono celular se activó en otro lugar de esta ciudad (fs. 105/106).

Nótese que el aparato móvil del causante se activó antes y después del evento, esto es, a las 16:29:51 en la celda correspondiente a la avenida ... y a las 17:23:06 en la ubicada en ..., lugares que se encuentran alejados de la intersección donde ocurrió el hecho —Tres Arroyos y Boyacá—.

En ese marco, el imputado puntualizó que luego de cerrar su taller mecánico en horas de la tarde del sábado 13 de agosto de 2011 y cuando se encontraba caminando por la avenida Boyacá pudo observar en la intersección con la calle Tres Arroyos la colisión de los rodados, razón por la que decidió volver para tomar el teléfono a fin de requerir auxilio (fs. 4/5).

Sin embargo, las probanzas colectadas llevan a sostener que tal versión ha sido mendaz, puesto que del informe documentado a fs. 105/106 surge que a las 16:29 B. A. C. se hallaba en otro sitio —como se dijo, su teléfono activó la antena correspondiente a la avenida...— y no cerrando su taller mecánico como dijo al dar su testimonio. Por lo expuesto, las probanzas reunidas son aptas para procesar al imputado en

orden al delito de falso testimonio agravado (artículo 275, segundo párrafo del Cód. Penal), puesto que se encuentran acreditados los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo penal, siempre que faltó a la verdad en un proceso penal a fin de perjudicar a la allí imputada.

Puesto que la aplicación o no de la agravante constituyó materia de deliberación del Tribunal, cabe apuntar que la expresión “se cometiere en una causa criminal” abarca también a las causas correccionales, siempre que el sentido de la cualificación transita por haberse verificado la declaración o in forme falaz en un proceso penal —y en perjuicio del imputado— por la gravedad que ello supone, a diferencia de procesos de otra naturaleza (por caso, civil, comercial, contencioso o laboral). La locución “causa criminal” se remonta al Proyecto de Cód. Penal de 1891 redactado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo (art. 321) y fue mantenida por Rodolfo Moreno (h.), quien comentó en tal sentido lo siguiente: “Esa pena se agrava cuando el testimonio falso hubiere sido prestado en causa criminal y en perjuicio del inculpado. La gravedad de la infracción, en este caso, salta a la vista, y de ahí la penalidad mayor, como lo han reconocido todos los proyectos y leyes nacionales que nos han servido de antecedente” (El Cód. Penal y sus antecedentes, Tommasi editor, Buenos Aires, 1923, tomo VI, p. 320).

Tal es la redacción actual a partir de la ley 23.077, que volvió al texto originario de la ley 11.129, respecto del cual se ha comentado —conclusión que se comparte—, que “el concepto de “causa criminal” comprende sólo los procesos tramitados exclusivamente por delitos, sean de competencia de la justicia en lo criminal o de la justicia en lo correccional” (BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirección), TERRAGNI, Marco (coordinación), Cód. Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, tomo 11, p. 95, comentario a cargo de BUOMPADRE, Jorge E.; en igual sentido, SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1978, tomo V, p. 236, para quien “causa criminal es expresión genérica que comprende a todo proceso penal, es decir, la causa cuyo fin sea la aplicación de una pena”; y DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, parte especial, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, tomo II).

Nótese finalmente en este aspecto, debe recordarse que la Constitución Nacional ha reservado al Congreso federal la legislación en materia penal (art. 75, inciso 12) y al propio tiempo ha asegurado a cada provincia el dictado de las respectivas constituciones y leyes —entre ellas las relativas a la “administración de justicia”— (art. 5). En ese entendimiento, la identificación del concepto “causa criminal” (art. 275 del Cód. Penal) con la noción de proceso penal obedece

también a la idea de no formular distinciones a partir de que las provincias podrían distribuir la competencia penal de la manera que estimen conveniente (así en el ámbito nacional y federal, con los arts. 26 y 27 del Cód. Procesal Penal), de lo que se colige que con aquella expresión el legislador federal ha excluido materias distintas a la penal al agravar el delito de falso testimonio cometido en perjuicio del imputado, sin que, entonces, la diferenciación entre lo “criminal” y “correcional” adquiera relevancia en el tópico aquí abordado.

Análogamente, la expresión “juicios criminales ordinarios” prevista en el art. 118 de la Ley Fundamental, en el marco del juicio por jurados, de notable parecido a la locución contenida en el art. 275 del Cód. Penal, no debe interpretarse sino referida a las causas penales, más allá de la distribución de las competencias con sus respectivas denominaciones que cada jurisdicción diseñe, en tanto materia que no ha sido delegada al poder central (GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, 4ta. edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II, p. 571).

Dicho de otro modo, los giros “causa criminal” y “juicios criminales” (en este último caso, vale recalcar, aún después de la reforma constitucional de 1994), siempre reconducen a la idea de delito penal, y ello debe ser así en todo el país por tratarse de legislación de fondo (art. 16 de la Constitución Nacional), sea que cada jurisdicción prefiera o no dividir la competencia penal con arreglo a criterios relacionados con la materia. Ello superado, en lo concerniente a la coerción personal, además de no haber sido solicitada por el Ministerio Público Fiscal la prisión preventiva, se estima que no se avizoran pautas que autenticen a apartarse de las disposiciones del artículo 310 del Cód. Procesal Penal. Finalmente, en cuanto a la medida de cautela real contemplada por el artículo 518 del digesto ritual, el monto del perjuicio irrogado, la eventual indemnización civil y las costas devengadas por la tramitación del proceso, llevan a entender que la suma de cinco mil pesos (\$5.000) luce adecuada para satisfacer esos tópicos. Así votamos.

El doctor *Divito* dijo:

Si bien adhiero a la solución que proponen los colegas preopinantes en torno de la situación del imputado, he de disentir en cuanto a la calificación legal propiciada, por considerar que no resulta aplicable el tipo calificado del falso testimonio. En efecto, la mención a una “causa criminal” que se formula al describir la modalidad agravada de este delito, constituye un elemento normativo del tipo para cuya interpretación corresponde acudir a la legislación procesal respectiva, conforme a la cual —en cuanto aquí interesa— dicha denominación no resulta abarcativa

de los procesos que se siguen en el fuero correcional (cfr. Cód. Procesal Penal, arts. 26, 27 y ccs.).

Esto mismo se advierte, por lo demás, en el lenguaje corriente de los operadores del sistema judicial, que no usamos la expresión “causa criminal” para referirnos a un asunto que se ventila en sede correcional.

Desde esa perspectiva, tanto el sentido técnico de las palabras empleadas por el legislador como su uso cotidiano en el ámbito forense, conducen a incluir el caso del *sub examen* del art. 275 —párrafo primero— del Cód. Penal y excluirlo de la agravada —*id.*, párrafo segundo—.

Este es el criterio que ha sostenido una parte minoritaria de la doctrina, al exponer —con toda claridad— que “cuando se clasifican las causas penales en criminales y correccionales, la causa correcional no es causa criminal” (cfr. MOLINARIO, Alfredo J., Los Delitos —texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio—, Tea, Bs. As., 1999, p. 424).

No cabe entonces admitir el argumento de que, en ambos casos, se trata de causas penales, toda vez que los respectivos procedimientos tienen sus reglas propias (en particular, ver arts. 354 y ss. del CPPN, referidos al juicio común; y 405 y ss., referidos al juicio correcional) y, en función de la gravedad de los delitos a los que cada uno se aplica, pueden acarrear sanciones de distinta magnitud.

Tal extremo permite apreciar el mayor contenido de injusto del falso testimonio que se brinda en una causa criminal, en virtud de que las sanciones allí aplicables suelen ser más severas que las impuestas en los juicios correccionales, interpretación que —a todo evento— se adecua al criterio que, históricamente, se ha seguido para tipificar diversas modalidades del delito de falso testimonio, según la gravedad de sus consecuencias.

Así, por ejemplo, se ha destacado que ya en las leyes de Hammurabi se distinguía entre “la deposición de cargo en un proceso de pena capital” y “cualquier otra deposición falsa” (cfr. LEVENE (H.), Ricardo, El delito de falso testimonio, 2ª edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 1962, p. 38).

Y respecto de nuestro país, cabe señalar que el Proyecto de Cód. Penal de Carlos Tejedor, en su Libro Segundo —De los crímenes y delitos públicos y sus penas—, Título tercero —De las falsedades—, apartado 5º —Del falso testimonio—, exhibía una amplia gama de figuras según las sanciones que se hubieran impuesto (art. 1º), abarcando los casos en que no se dictara condena (art. 2º) y aquellos “en materia civil” (art. 3º), entre otros. Dichos lineamientos fueron seguidos, en líneas generales, por el Cód. Penal de 1887 (arts.

286 a 292), vigente hasta que se sancionó, en 1921, el ordenamiento que incluyó el texto actual del art. 275, momento en el que —vale la pena aclararlo— llevaba más de tres décadas el código de procedimientos en lo criminal (ley 2372) que separaba la competencia criminal y la correccional.

En función de las consideraciones expuestas, que ilustran acerca de las diferencias que cabe trazar entre una causa criminal y una causa correccional, concluyo en que equipararlas —a los fines aquí tratados— importaría, en definitiva, prescindir del principio de legalidad penal (CN, art. 18), en cuanto proscribiera la aplicación de la analogía (CPPN, art. 2 *in fine*), al menos en perjuicio del imputado, es decir, la analogía *in malam partem* (cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 118/119).

Sin perjuicio de ello, y aun si se entendiera que la cuestión resulta dudosa, es dable recordar que el denominado principio de taxatividad impone “una técnica legislativa que permita la mayor objetividad en el proceso de concretización judicial de las figuras delictivas” y la limitación de los elementos típicos normativos por medio de reenvíos a “normas cuya existencia y cuyo contenido sean empíricamente comprobables...” (cfr. BARATTA, Alessandro, Criminología y sistema penal, Compilación *in memoriam*, Editorial B de F, Bs. As., 2004, p. 306); idea que la doctrina nacional ha complementado mediante el principio de máxima taxatividad interpretativa, con forme al cual “las dudas interpretativas deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización” (ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, op. cit., p. 119) y que —en definitiva— conduce a atenerse a las disposiciones procesales aplicables para definir los alcances de la remisión que hace el tipo legal examinado al aludir a una “causa criminal”. Como entiendo que ello es así, no comparto que la identificación de dicho concepto típico (“causa criminal”) con el —a todas luces más amplio— de “proceso penal” pueda ser aceptada, atendiendo a la potestad que tienen las provincias para distribuir la competencia penal, en aras de no formular distinciones. Aunque se trata de un argumento atractivo, en modo alguno parece suficiente para prescindir de una interpretación taxativa de la ley penal, ya que —en rigor— son varias las figuras del Cód. Penal que dan lugar a situaciones similares, sin que ello importe un menoscabo de las atribuciones del Congreso Nacional para legislar en materia penal. Solamente a título de ejemplo, he de recordar que corresponde a las legislaturas locales definir de qué modo ha de citarse a un testigo, perito o intérprete a los fines previstos en el art. 243 del CP, qué formalidades debe tener una denuncia y cuál es la autoridad competente para recibirla (id, art. 245) o

en qué supuestos no procedería decretar una prisión preventiva (id., art. 270). Finalmente, he de decir que, en función de lo expuesto, tampoco creo que la expresión “juicios criminales” contenida en el art. 118 de la Constitución Nacional —interpretada como referida a las causas penales— conduzca a extender los alcances de la figura aquí examinada, particularmente porque la interpretación de los textos de la norma fundamental no debe observar los estrictos límites que el principio de legalidad —consagrado precisamente en aquélla— impone respecto de los tipos penales.

Consecuentemente, dado que la declaración en la que B. habría faltado a la verdad no fue prestada en una causa criminal, el hecho que se le atribuye debe ser encuadrado en la figura básica de falso testimonio prevista en el artículo 275, párrafo primero, del Cód. Penal. Así voto.

En mérito al acuerdo que antecede, esta Sala del Tribunal resuelve: I. Revocar la decisión obrante a fs. 109/110, en cuanto fuera materia de recurso. II. Decretar el procesamiento sin prisión preventiva de R. F. B. C. (D.N.I. N° ..., argentino, nacido el 18 de abril de 1982 en esta Capital Federal, hijo de C. A. y de L. I. A., con domicilio real en ..., Provincia de Neuquén y constituido en la calle ..., de este ejido) por considerarlo autor penal mente responsable del delito de falso testimonio agravado por haberse cometido en una causa criminal en perjuicio del imputado (artículos 45 y 275, segundo párrafo del Cód. Penal y 306, 308 y 310 del Cód. Procesal Penal).

III. Mandar trabar embargo sobre sus bienes o dinero por la suma de cinco mil pesos (\$5.000) cuyo mandamiento será ordenado por la señora juez de origen (artículo 518 del Cód. Procesal Penal). Devuélvase y sirva el presente de respetuosa nota. — *Juan E. Cicciaro*. — *Mauro A. Divito*. — *Mariano A. Scotto* (en disidencia parcial).

CONTRABANDO

Procesamiento y los elementos de convicción penal en el delito de contrabando de mercaderías.

Hechos: Frente al procesamiento en orden al delito de contrabando por la supuesta importación de materiales simulando ante las autoridades aduaneras el valor pagado y quién era el verdadero importador, se interpuso recurso de apelación a favor de todos los encausados. La Cámara confirmó el procesamiento respecto de algunos encausados y revocó la medida respecto de otros, ordenando la falta de mérito.

El procesamiento en orden al delito de contrabando de mercaderías debe ser revocado ya que si bien los elementos de convicción con que se cuenta arrojan serias sospechas sobre la intervención de los imputados en el hecho endilgado, ellos no han sido materia de investigación suficiente, motivo por el cual debe proseguirse la investigación conforme lo establece el art.309 del Código Procesal Penal de la Nación.

CNPenal Económico, sala A, 06/12/2013. - S. V. G. S. B., A. N. M., I. R. y otros s/ infracción ley 22.415.

[Cita on line: AR/JUR/92015/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Casación Penal, sala III, " S., J. s/ recurso de casación", 30/09/2013, La Ley Online, AR/JUR/65015/2013; Cámara Federal de Casación Penal, sala II, "A. S., D. A. s/ recurso de casación", 24/09/2013, AR/JUR/57642/2013; Cámara Federal de Casación Penal, sala III, "R., O. R. R. y otros s/ recurso de casación", 26/06/2013, AR/JUR/39430/2013.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

PRUSKI, BÁRBARA ELIZABETH, "La responsabilidad de los despachantes de aduana", AR/DOC/2394/2013; VIDAL ALBARRACÍN, HÉCTOR G., "Delitos aduaneros. Comentario de Medrano, Pablo H.", LA LEY 2005-C, 1495.

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 6 de 2013.

Considerando: Que lo resuelto se funda en la estimación de que V. G. S. y A. N. B. habrían importado mercaderías en febrero del año 2007 simulando ante las autoridades aduaneras el valor pagado y quién era el verdadero importador. A I. R. M. y C. A. G. se les atribuye haber prestado una cooperación imprescindible en el hecho. Que V. S., I. M. y C. G. negaron toda intervención en el hecho, en tanto que A. B. reconoció haber gestionado el despacho a plaza de las mercaderías importadas en calidad de despachante de aduana y obrando por encargo de la sociedad anónima I.

Que con posterioridad a haberse declarado la falta de mérito para ordenar el procesamiento de cada uno de ellos, se incorporaron únicamente algunos elementos indiciarios. Que ninguno de esos elementos permite corroborar las explicaciones de A. B. en cuanto a quienes le habrían encargado la gestión de despacho que reconoció haber efectuado. La testigo F. B. desconoció la firma atribuida al representante de

la sociedad I. de la que ella era dependiente, puesta en uno de los documentos utilizados para gestionar el despacho. Que con el alcance meramente provisional de una orden de procesamiento, lo resuelto respecto del nombrado A. N. B. debe entenderse ajustado a derecho. Esa orden no es definitiva ni vinculante y el defensor podrá pronunciarse en caso de requerirse la elevación a juicio. Que en lo que concierne a los restantes imputados, si bien está lejos de haberse esclarecido si es que tuvieron o no participación en el hecho, no se cuenta con elementos de convicción suficientes que autoricen ordenar su procesamiento. Los elementos de convicción con que se cuenta arrojan serias sospechas al respecto pero no han sido materia de investigación suficiente. Que, en esas condiciones, y por no encontrarse reunido el requisito que establece el artículo 306 del Cód. Procesal Penal de la Nación, lo resuelto respecto de V. G. S., I. R. M. y C. A. G. no se ajusta a derecho.

De todos modos, la falta de mérito para ordenar su procesamiento no impide proseguir con la investigación tal como lo establece el artículo 309 del código citado.

Por todo lo cual se resuelve: I) Confirmar la resolución apelada en cuanto dispone el procesamiento y el embargo de los bienes de A. N. B. II) Revocar la resolución apelada en cuanto dispone el procesamiento de V. G. S., I. R. M. y C. A. G. Sin costas. Regístrese, notifíquese, remítanse los autos principales al juzgado de origen con oficio de estilo y, oportunamente, devuélvase.— *Edmundo S. Hendler.*— *Nicanor M. P. Repetto.*

RECURSO DE CASACIÓN

Concesión del recurso. Requisitos formales. Sentencia definitiva que pone fin a la tramitación del proceso.

Hechos: La querrela interpuso recurso de casación contra la sentencia que confirmó el sobreseimiento de los imputados. La Cámara concedió el remedio.

El recurso de casación deducido por la querrela contra el auto que confirmó el sobreseimiento del imputado debe concederse, pues cumple con los requisitos formales requeridos por Cód. Proc. Penal, a la vez que va dirigido contra una sentencia que tiene el carácter de definitiva, por poner fin a la tramitación del proceso.

CNCrim. y Correc., sala IV, 17/12/2013. - HSBC Bank Argentina S.A. s/ casación.

[Cita on line: AR/JUR/87343/2013]

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 17 de 2013

Autos y Vistos:

El recurso de casación interpuesto por la querrela a fs. 1301/1308 contra el auto de fs. 1134/1137, mediante el cual se confirmó el sobreseimiento de M. R. P. S. en cuanto fue materia de recurso y ordenó hacer extensiva esa solución liberatoria a Á. J. F. de A., conforme lo dispuesto en el art. 441 del Código Procesal Penal de la Nación.

Y Considerando:

La compulsua de las presentes actuaciones revela que la impugnación aparece deducida dentro del plazo establecido en el art. 463 del catálogo adjetivo. Asimismo, la decisión cuestionada resulta equiparable a sentencia definitiva, dado que pone fin a la tramitación del proceso (art. 457 *ibíd.*).

Por otra parte, el escrito de impugnación cumple la autosuficiencia exigida por la normativa que regula este recurso, en tanto enumera las normas que considera erróneamente aplicadas, la inobservancia de aquéllas que, a su juicio, debieron aplicarse al caso y la interpretación que pretende se haga de tales disposiciones.

Es por ello que se resuelve:

Conceder el recurso de casación interpuesto a fs. 1301/1308, emplazándose al presentante de acuerdo a lo previsto en el art. 464 del ceremonial.

Oportunamente, extráiganse testimonios de la presente causa y elévenselos a la Cámara Nacional de Casación Penal, previa confección del certificado correspondiente. Cumplido, devuélvase la presente causa al juzgado de origen. — *Carlos Alberto González* — *Mariano González Palazzo* — *Alberto Seijas*.

ROBO

Tipicidad. Fuerza en las cosas. Apertura de la persiana metálica de la puerta de ingreso a un local comercial.

El desapoderamiento intentado por el imputado en un local comercial debe subsumirse en el delito de robo simple tentado, pues, si bien

no se dañó la persiana metálica de la puerta de ingreso, se habría ejercido fuerza con algún elemento contra el marco de esta, logrando que se desprendieran trabas colocadas en el lado interno.

CNCrim. y Correc., sala IV, 18/12/2013. - A., C. E. s/ robo.

[Cita on line: AR/JUR/87360/2013]

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 18 de 2013.

Autos y Vistos:

Convoca la atención de la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial contra el auto de fs. 64/68 en cuanto decretó el procesamiento de C. E. A. en orden al delito de robo simple en grado de tentativa.

A la audiencia prevista por el art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación, concurrió el defensor *ad hoc*, Dr. J. P. a exponer sus agravios, tras lo cual el Tribunal deliberó en los términos del art. 455, *ibíd.*

Y Considerando:

No resulta atendible el agravio de la defensa por cuanto, más allá del informe técnico de fs. 29/vta., el damnificado W. A. F. C. (fs. 76/77) manifestó que si bien no se dañó la persiana metálica de la puerta de ingreso a su local, se había ejercido fuerza con algún elemento contra el marco “logrando que se desprendan tres de las cuatro trabas colocadas del lado de adentro” y especificó que “se dobló la parte inferior del marco derecho, saliendo completo el marco izquierdo junto con la puerta”.

De tal modo, se encuentra debidamente fundada la subsunción legal del hecho efectuada por el juez de la anterior instancia.

Lo dicho brinda respuesta al argumento de la parte en cuanto adujo que la decisión adoptada con relación a la selección del tipo penal de robo era nula por no compadecerse con las constancias de la causa pues, más allá de no haber indicado vicio alguno, surgen claramente las razones por las cuales corresponde subsumir la conducta en el tipo previsto por el art. 164 del Código Penal.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve:

Confirmar el auto de fs. 64/68 en todo cuanto fuera materia de recurso.

Notifíquese a las partes. Cumplido, devuélvase al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota. — *Carlos Alberto González* — *Mariano González Palazzo* — *Alberto Seijas*.

CONCURSO PREVENTIVO

Reconocimiento de deuda. Ineficacia. Alteración de la situación de los acreedores.

Hechos: La sentencia declaró ineficaz el reconocimiento de deuda formulado por la concursada y rechazó la pretensión verificatoria deducida. La Cámara la confirmó.

El reconocimiento de una deuda por daños formulado por la concursada es ineficaz en base a las prescripciones del art. 17 de la Ley de Concursos y Quiebras, pues alteró la situación de los acreedores por causa o título anterior a la conversión en concurso, en tanto tuvo por objeto reconocer, luego de su apertura, una acreencia cuya causa que no pudo ser acreditada.

CNCom., sala B, 13/12/2013. - Global Cereales S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. de verificación de crédito.

[Cita on line: AR/JUR/96522/2013]

2 Instancia.- Buenos Aires, 13 de diciembre de 2013.

Y vistos:

I. Apeló y fundó la incidentista a fs. 102/107 la resolución de fs.

100/101, que declaró ineficaz el reconocimiento de deuda y rechazó la pretensión verificatoria deducida por F.E. Moresco LTDA S.A.

II. El recurrente se quejó de que el anterior sentenciante: i) haya considerado el crédito postconcurusal, cuando su causa es anterior a la conversión en concurso preventivo; ii) haya declarado ineficaz el reconocimiento de deuda conforme con el art. 16 de la LCQ, en tanto el acto no fue a título gratuito ni alteró la situación de los acreedores con causa o título anterior a la conversión en concurso.

III. El art. 32 de la LCQ impone que todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación del concurso deben solicitar la verificación de sus acreencias, indicando sus montos, causas y privilegios.

En el caso, la documentación presentada por el incidentista permite formar convicción en punto a que

la causa de la pretensión verificatoria es preconcursal (v. de fs. 2 a fs. 25).

IV. En ese contexto, sabido es que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del derecho que se intenta hacer valer en juicio, recae sobre quien pretende una declaración del órgano jurisdiccional que así lo decida.

La carga de la prueba no es una formalidad estéril, y si la incidentista no prueba los hechos que forman el presupuesto de su pretensión, debe necesariamente soportar sus consecuencias y obtener entonces una resolución adversa.

En el sub lite, el apelante no aportó elementos de prueba suficientes tendientes a demostrar y cuantificar los supuestos daños sufridos.

Así, no cumplió con su carga de acreditar la existencia, legitimidad y extensión del presunto crédito.

Nótase la insuficiencia de la prueba agregada y la inexistencia de otros elementos que permitan admitir el pedido de verificación.

El reconocimiento de deuda de fecha 01.06.2010, resultó un acto prohibido en los términos del art. 16 LCQ y, por lo tanto, ineficaz en base a las prescripciones del art. 17 de la LCQ.

Dicho acuerdo alteró la situación de los acreedores por causa o título anterior a la conversión en concurso, en tanto tuvo por objeto reconocer, luego de abierto el concurso preventivo, daños que -como se dijo supra- no pudieron ser probados en autos.

V. Se concluye entonces que la quejosa no cumplió con la carga de probar los presupuestos del art. 32 de la LCQ y, por lo tanto, no corresponde hacer lugar a su pretensión.

VI. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de fs. 102/107 y se confirma la resolución de fs. 100/101. Con costas (Cpr. 68 y 279).

VII. Notifíquese por Secretaría del Tribunal.

VIII. Cumplida la notificación, hácese saber a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, conforme lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada 15/13.

IX. Efectivizado lo ordenado en el acápite que antecede, devuélvase las presentes actuaciones al Juzgado de origen.- *María I. Gómez Alonso de Díaz Cordeiro.- Matilde E. Ballerini.- Ana I. Piaggi.*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Legitimación activa de una Asociación de Consumidores para reclamar la restitución de gastos de gestión cobrados en tarjetas de crédito. Prescripción. Procedencia de la acción.

Hechos: Una Asociación de Consumidores interpuso una acción de clase a fin de exigir, a favor de los clientes de una entidad financiera, la restitución de los gastos de gestión derivados de un contrato de seguro de vida correspondiente a saldos por consumos con tarjetas de crédito, que se reflejaban en resúmenes de cuenta. Por su lado, la demandada interpuso defensa de falta de legitimación activa y excepción de prescripción. La sentencia admitió la acción y declaró aplicable el plazo de prescripción establecido en el art. 47 de la Ley 25.065. Interpuestos recursos de apelación por las partes, la Cámara los rechazó.

1. — Una Asociación de Consumidores se encuentra legitimada para accionar contra una entidad financiera persiguiendo que se restituya, a favor de los clientes de ésta, los gastos de gestión derivados de un contrato de seguro de vida correspondiente a saldos por consumos con tarjetas de crédito, pues existe una misma conducta reprochada que fue invocada como hecho idóneo para lesionar a una pluralidad de individuos que, por razón de la similitud de sus situaciones, son susceptibles de integrar una clase.
2. — En una acción de clase destinada a exigir la restitución de sumas de dinero cobradas por una entidad financiera a los usuarios de tarjetas de crédito en concepto de gastos de gestión, el planteo de la Asociación de Consumidores accionante, apoyado en el art. 50 de la Ley 24.240, relativo a la interrupción de la prescripción por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones administrativas o judiciales, debe rechazarse, pues estos hechos no importan la ampliación del plazo de prescripción sino que fijan la pauta acerca de cómo habrá de realizarse su cómputo.

CNCom., sala C, 13/12/2013. - Consumidores Libres de Prov. de Serv. de Acc. Comunitaria c. Citibank NA s/ sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/96340/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04",

2009/02/24, LA LEY 02/03/2009, 8, LA LEY 2009-B, 157, LA LEY 04/03/2009, 8, LA LEY 2009-B, 189, RCyS 2009-III, 71, LA LEY 10/03/2009, 7, LA LEY 2009-B, 259, Sup. Adm. 2009 (marzo), 60, LA LEY 19/03/2009, 6, LA LEY 2009-B, 404, DJ 25/03/2009, 729, ED 2009-03-25, 3, Sup. Const. 2009 (marzo), 33 con nota de María Angélica Gelli, LA LEY 30/03/2009, 9, LA LEY 2009-B, 601, LA LEY 06/04/2009, 6, LA LEY 2009-B, 649, LA LEY 2009-B, 463, LA LEY 2009-B, 568, LA LEY 06/05/2009, 8, LA LEY 2009-C, 251, Sup. Const. 2009 (mayo), 43, LA LEY 2009-C, 341, LA LEY 13/07/2009, 10, LLP 2009 (junio), 563, DJ 07/10/2009, 2813, LA LEY 27/11/2009, 6, LA LEY 2009-F, 782, DJ 31/03/2010, 786, LLO, AR/JUR/182/2009, sostuvo: "Tratándose de acciones tendientes a la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente —class actions— en el derecho norteamericano" (del voto de la mayoría. La doctora Highton de Nolasco deja a salvo su opinión respecto de la legitimación del Defensor del Pueblo para la defensa de intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales).

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "PADEC - Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BBVA Banco Francés S.A. s/ordinario", 07/12/2012, DJ 17/07/2013, 55, AR/JUR/78104/2012.

[2] En sentido contrario. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, "Proconsumer c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires", 13/10/2006, La Ley Online, AR/JUR/8708/2006.

[2] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "PADEC - Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BBVA Banco Francés S.A. s/ordinario", 07/12/2012, DJ 17/07/2013, 55, AR/JUR/78104/2012.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

SOBRINO, WALDO A. R., "La prescripción en materia de seguros. Según la ley de defensa del consumidor", LA LEY 2010-B, 772; **LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO**, "La prescripción en la ley de seguros y de defensa del consumidor", LA LEY 2009-F, 705.

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 13 de 2013.

Vistos: 1. Viene apelada por Citibank NA la resolución dictada en fs. 918/928 en cuanto rechazó el pedido de acumulación de procesos y la defensa de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, con costas en ambos casos, y en cuanto determinó

que el plazo de prescripción previsto por el art. 47 de la ley 25.065 resulta de aplicación al supuesto de autos. Esa misma resolución fue a la vez apelada por la parte actora en cuanto admitió la excepción de prescripción opuesta por la demandada con el alcance allí establecido.

Los memoriales lucen en fs. 948/958 y 960/961 y fueron contestados en fs. 965/972 y fs. 974/976.

La Sra. Fiscal General en el dictamen que antecede aconsejó confirmar la resolución apelada y se expidió sobre la pretensión de la accionante relativa a establecer los alcances del beneficio de gratuidad consagrado en el art. 55 LDC.

2. El Tribunal ingresará en el tratamiento de los agravios siguiendo el orden lógico establecido en la sentencia apelada. Sentado ello, de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público en el dictamen de fs. 986/989, cuyos fundamentos esta Sala comparte y a los que remite por una razón de economía expositiva, corresponde confirmar el rechazo del pedido de acumulación de procesos pretendido por Citibank NA.

3. El recurso deducido contra el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa seguirá la misma suerte. De la lectura de la demanda y lo expresado en la contestación de agravios se advierte que mediante la presente acción se persigue la restitución de las sumas cobradas a los consumidores afectados, es decir, a los usuarios de tarjetas de crédito (Visa, Diners y Mastercard), en concepto de gasto de gestión correspondiente al Total Seguro sobre saldos. Así se describe que ese gasto de gestión junto con la cobertura de vida o costo de seguro de vida integra lo que el banco percibe en concepto de Total Seguro. Refiere la actora que el Total Seguro es un porcentaje fijo (v. gr. 3.17‰) que se aplica sobre saldos a todos los clientes de igual forma, independientemente de su edad o la compañía de seguro seleccionada; no obstante lo cual, su composición varía de acuerdo a esos mismos dos factores que inciden en el costo del seguro.

Es decir, la variación se produce en función de los valores de los dos sub-conceptos mencionados, ejemplificándolo. Cuanto mayor sea el concepto por la cobertura del seguro de vida —que según las condiciones del seguro determina el monto de la prima—, menor será el gasto de gestión y viceversa; gasto que a la vez —según denuncia— no deriva de ninguna contraprestación del banco. Al respecto, la accionante aclaró que no se cuestiona el valor de la prima sino lo indebidamente pagado en concepto de gasto de gestión.

Su pretensión incluye el reconocimiento del daño punitivo o multa civil. Mediante la decisión apelada

la sentenciante meritó que se encuentra identificado en forma precisa el grupo de consumidores afectados por un mismo hecho —el cobro de un cargo de gestión de seguro incluido en los resúmenes mensuales de las tarjetas de crédito—. Así entendió que aparece clara la homogeneidad pues se trata de un hecho que produce efectos comunes en todos los usuarios de tarjetas de crédito y la afectación en todos los casos se encuentra circunscripta al cobro de un determinado cargo. Destacó que el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda. Se agravia la recurrente al considerar que no se presenta en el *sub lite* una causa fáctica común ni existe homogeneidad según la doctrina sentada en el fallo “Halabi”, alegando al respecto que la relación que Citibank NA mantiene con cada uno de los titulares de tarjetas de crédito es diferente en cada caso. Así describe que los seguros son contratados por sumas, en momentos y contextos socio-económicos diferentes, que son distintos sus términos y condiciones y que las tarjetas de crédito en cuyo saldo se aplican también difieren (Visa, Diners, Mastercard).

Denuncia que por haber cesado el cobro del cargo cuestionado, la parte actora carecería de legitimación al circunscribirse la pretensión a la restitución de las sumas cobradas en tal concepto, configurándose en tal caso un interés individual claramente divisible de cada consumidor en particular que se sintiera afectado. Como se adelantó, este recurso no ha de prosperar. Tal como ha quedado planteada la pretensión y de conformidad con lo aconsejado por la Fiscalía General, cupo desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el banco demandado. En efecto, del desarrollo argumental expuesto en la demanda surge que la pretensión deducida en autos coincide con aquello que se ha dado en llamar “acción de clase” (v. entre otros, BIANCHI, Alberto, Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala. Ed. Abaco, Bs. As., 2001; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., Acumulación de procesos o proceso de clase, Ed. Ad-hoc, 2002). Se trata de acciones concebidas para canalizar conflictos subjetivamente múltiples que admiten tratamiento procesal unificado.

En la especie, se aprecian configurados los presupuestos que admiten tal tratamiento unificado, lo cual es suficiente para reconocer a la actora la legitimación cuestionada. Por su naturaleza, los derechos nacidos a partir del operar descripto son de incidencia colectiva según la inteligencia asignada a este concepto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Halabi Ernesto c. P.E.N. s/ amparo” del 24 de febrero de 2009 (Fallos 330:3579). En tal sentido, el referido Tribunal señaló allí —en lo que aquí interesa— que en materia de legitimación procesal es necesario delimitar con precisión tres categorías de derechos: a) los individuales; b) los de incidencia

colectiva que tengan por objeto bienes colectivos, c) y los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En el caso, nos hallamos frente a esta última especie de derechos. Así cabe concluir si se atiende a que se configuran aquí los presupuestos más arriba reseñados, a saber: existe una misma conducta de la entidad financiera reprochada —la de haber cobrado cargos cuya legalidad se cuestiona— que ha sido invocada como hecho idóneo para lesionar a una pluralidad de individuos, que, por razón de la similitud de sus situaciones, son susceptibles de integrar la aludida “clase”; la pretensión deducida se acota al reclamo de los efectos comunes que esa conducta produjo sobre todos los sujetos afectados; no se justifica que cada uno de los integrantes de esa clase promueva una acción individual, en tanto, al ser claro que ella podría incluso resultar económicamente inconveniente, la procedencia formal de esta acción colectiva se impone como único medio de asegurar el acceso a la Justicia en reclamo de los referidos derechos.

Es verdad que el daño que habría sido sufrido por los sujetos involucrados en esta acción, revela la existencia, en cada uno de ellos, de un “interés individual”. Pero, como ese interés es cualitativamente idéntico al de los demás, es posible predicar la existencia entre ellos de la mencionada homogeneidad, en tanto dato fáctico necesario para habilitar una única acción destinada a su protección. Que los titulares de ese interés conforman una “clase” en el sentido más arriba referido, parece claro: mediante tal noción —la de “clase”— se hace alusión a la específica situación subjetiva en la que deben encontrarse los titulares de aquel interés común para habilitar la acción colectiva; situación que debe revelar la configuración entre ellos de la homogeneidad necesaria para recibir el tratamiento igualitario que mediante el ejercicio de esa acción se solicita. Lo hasta aquí expuesto coincide con el criterio sostenido por esta Sala en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Cordial Compañía Financiera SA s/ ordinario”, del 15.3.12 y “Padec y otro c. Bank Boston NA y otro s/ ordinario”, del 12/11/12, entre otros.

En tal contexto, y toda vez que quienes pretenden ser aquí tutelados son todos usuarios de tarjetas de crédito emitidas por el banco demandado, es técnicamente posible predicar la existencia entre ellos de esa homogeneidad configurativa de la “clase”. Tal como fue descripto el gasto de gestión cuestionado es único para todos los clientes e integra un costo fijo cobrado a todos los usuarios de tarjetas de crédito emitidas por el banco demandado. Se trata, pues, de derechos individuales homogéneos que habilitan idéntico tratamiento, a lo que se agrega que la posibilidad de las asociaciones de consumidores de promover reclamos de carácter patrimonial, es temperamento expresa-

mente admitido por el art. 54 párrafo tercero LDC. Desde esa misma óptica cabe agregar que, no obstante el alegado cese en el cobro del gasto de gestión impugnado, lo cierto es que el reintegro de las sumas reclamadas en la causa puede distinguirse de los daños individuales o propios de cada usuario como podría eventualmente ser, por ejemplo, el lucro cesante o el daño moral que cada uno de ellos sufriera. En tal marco, parece razonable considerar que ningún cliente alcanzado por ese cargo cuestionado se arriesgaría a iniciar una acción judicial o administrativa, con el propósito de obtener la restitución de sumas que se presentan reducidas frente a los gastos que tales reclamos pudieran irrogar.

Por lo demás y como ya se dijo, corresponde remitirse al análisis efectuado en el dictamen fiscal cuyos argumentos en lo sustancial se comparten. 3. Los recursos deducidos por ambas partes en relación con la solución adoptada por la Sra. Juez *a quo* sobre el plazo de prescripción aplicable al supuesto de autos serán tratados en forma conjunta. Tal como lo señaló la Sra. Juez *a quo* debe determinarse qué plazo de prescripción resulta aplicable al caso, es decir: el previsto en el art. 58 de la ley de seguros, en el art. 47 de la ley de tarjeta de crédito o en el art. 50 de la ley de defensa del consumidor —según lo sostuvo el banco demandado— o, el art. 4023 CC al que alude la sentenciante interpretando que fue esa la postura asumida por la parte actora, si bien de la lectura del memorial se extrae que su pretensión se sustentó en la aplicación del art. 50 LDC en su última parte. Tras descartar que el plazo previsto en el art. 4023 CC —referido a la acción de nulidad— es más favorable para el consumidor que el de tres años dispuesto por el art. 50 LDC, consideró la magistrado de grado que no puede soslayarse la existencia de una ley que regula expresamente la materia. Y, en tanto la acción principal deducida tiene fundamento en el contrato de tarjeta de crédito, concluyó que en el *sub lite* el plazo a tener en cuenta es de tres años desde la promoción de la presente demanda. Como se dijo, se trata en el caso de una acción de clase mediante la cual se pretende obtener, a favor de los usuarios afectados, clientes de Citibank NA, la restitución de los gastos de gestión derivados de un contrato de seguro de vida correspondiente a saldos por consumos con tarjetas de crédito, que se reflejan en sus resúmenes de cuenta.

En tanto accesorio al contrato de seguro parecería que es esa la norma que podría regir la cuestión. Sin embargo, no lo es. Sobre tal particular, esta Sala tuvo oportunidad de expedirse recientemente en autos “Alvarez, Carlos Luis c. Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ ordinario” (resolución del 22.8.12), y “Céspedes, Crescencio Héctor c. Nación Seguros de Vida S.A. s/ ordinario” (resolución del 25/10/12). Sobre la base de tales precedentes, corresponde acudir en la especie al plazo del art. 50 LDC, esto es tres años.

No obstante ello, no es posible descartar que dicho gasto, aún cuando fuera accesorio del contrato de seguro de vida sobre saldos, previsto a partir de su inclusión en el contrato de tarjeta de crédito, reconozca su causa en éste y de tal modo la cuestión podría encontrarse regida por el art. 47 de la ley 25.065, como lo sostuvo la sentenciante. En tales condiciones, ya sea que la cuestión se rija por la aludida norma como por el art. 50 de la ley 24.240, el plazo de prescripción es de tres años. Por lo demás, el argumento de la demandante apoyado en el art. 50 LDC referido a la interrupción de la prescripción por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales, en nada incide en la solución adelantada, sino que fija la pauta acerca de cómo habrá de realizarse el cómputo sin que ello importe una ampliación del plazo de prescripción que la misma norma determina. Con tales alcances, corresponderá rechazar los recursos de apelación deducidos por ambas partes. 4. En lo atinente a los agravios relativos a la imposición de las costas, corresponde señalar que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos —como regla— por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCC) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

En tales condiciones y de conformidad con lo hasta aquí adelantado, no existen elementos que permitan modificar el sentido en que fue decidida dicha carga en función del resultado de las excepciones opuestas por la demandada y la postura procesal asumida por la parte contraria.

5. Por último, solicitó la parte actora en fs. 961 vta. que el Tribunal se expida sobre el alcance del beneficio de gratuidad previsto en el art. 55 LDC. Con independencia de cual fuere el criterio de esta Sala al respecto, lo cierto es que en el caso ha quedado definido según los términos expresados en la resolución dictada con fecha 13/2/2012 en fs. 62/63, que quedó firme; por lo que no siendo materia de agravio (conf. art. 277 CPCC), no corresponde que el Tribunal se pronuncie en el sentido pretendido.

6. Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar los recursos deducidos por ambas partes, con costas por su orden dada la existencia de vencimientos recíprocos. Notifíquese a la Sra. Fiscal General en su despacho a cuyo fin remítanse las actuaciones. Notifíquese a las partes por cédula por Secretaría. Devueltas que sean las cédulas debidamente notificadas, vuelva el expediente a la Sala a fin de dar cumplimiento a la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación

15/13, del 21/5/2013. Oportunamente, devuélvase al Juzgado de primera instancia. El Dr. Eduardo R. Machin no interviene en la presente resolución por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).— *Julia Villanueva.*— *Juan R. Garibotto.*

PATRIA POTESTAD

Contenido. Derecho de visita de los abuelos. Suspensión de la vinculación con la abuela. Interés superior del niño.

Hechos: La madre de una menor de edad promovió un incidente de medida cautelar a los fines de obtener una prohibición de acercamiento de sus padres con relación a la menor, con fundamento en la existencia de una denuncia pena de abuso sexual. La medida fue concedida y la abuela apeló. La Cámara confirma la decisión cuestionada.

1. — Siendo que ambos progenitores han evaluado que el contacto de la menor con su abuela es inconveniente para ella, esa decisión debe ser respetada al no existir indicadores que pongan de manifiesto algún elemento abusivo o arbitrario en la oposición o bien la existencia de un perjuicio para la menor.
2. — La regla del art.3.1. de la Convención de los Derechos del Niño ordena sobreponer el interés de éste a cualesquiera otras consideraciones y tiene —al menos en el plazo de la función judicial dónde se dirimen controversias— el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, del de sus padres, pues la coincidencia entre uno y otro interés no es algo lógicamente necesario sino una situación normal y regular pero contingente que —ante el conflicto— exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

CNCiv., sala I, 18/12/2013. - G., D. A. c. F. E. s/ medidas precautorias.

[Cita on line: AR/JUR/108682/2013]

2ª Instancia. — Buenos Aires, diciembre 18 de 2013.

Considerando: I. Se alzó la parte demandada contra la decisión de fs. 446/448. Los fundamentos del recurso constan a fs. 459/463 y fueron replicados a fs.

467/469. La cuestión se integra con el dictamen de la Sra. Defensora de Menores obrante a fs. 478/479.

Estas actuaciones fueron iniciadas por D. A. G. en el año 2009. Su objetivo fue obtener la prohibición de acercamiento de los abuelos maternos respecto de su hija V. A. -nacida el 27 de julio de 2005-.

Se fundó en que se había realizado una denuncia penal por abuso contra el abuelo de la niña. Sostuvo también que había indicios de que los abuelos, en especial la Sra. F. sometían a la niña a manipulaciones psicológicas tales como intentar amamantarla.

A fs. 85 el 18/11/2009 se prohibió el acercamiento de los abuelos por 180 días. A fs. 195 el 25 de octubre de 2010 se prorrogó la medida por igual período. Esa decisión fue apelada por la Sra. F. pero el paso del tiempo provocó que el plazo de la medida venciera y el recurso se volviera abstracto. El 30 de diciembre de 2011 -fs. 317- se emitió nueva prohibición de acercamiento en los mismos términos en que se venía disponiendo.

Se agregaron al expediente copias certificadas de la causa penal en la que constan las declaraciones de ambos padres y de testigos. En dicho proceso dictó sentencia la Sala IV del Tribunal de Casación Penal, rechazando el remedio contra la sentencia que condenó al Sr. S. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por tratarse de un ascendiente -el 22 de marzo de 2013-.

A fs. 99 y fs. 356/364 constan informes de la psicóloga que atiende a V. En el juicio penal se ha agregado la entrevista realizada con la niña por la psicóloga forense Lic. M. en los términos del art. 250 del Código Procesal Penal. A fs. 296/302 se ha realizado informe psicológico del grupo familiar.

A fs. 442 se ha dejado constancia de que la niña fue entrevistada por la magistrada y el Defensor de Menores antes del dictado de la sentencia.

De las declaraciones que se expresaron en la causa penal y las entrevistas psicológicas surge que los padres están separados desde hace tiempo y la niña vive con su madre. Antes de los hechos denunciados la menor quedaba al cuidado de sus abuelos mientras su progenitora trabajaba en un local comercial cercano.

La decisión apelada se inscribe en el marco reseñado y rechazó el pedido de la abuela de que se establezca un régimen de visitas supervisado.

El padre de la niña y el Sr. Defensor de Menores se opusieron. La madre -notificada bajo responsabilidad de la peticionaria a fs. 417- no contestó. Si bien

la progenitora no se ha presentado en el curso del expediente manifestando su oposición, su negativa a la vinculación de V. con la abuela se desprende de los informes psicológicos y lo ponen de manifiesto tanto el padre de la menor como la propia demandada.

II. La magistrada consideró que se encuentra acreditada la inconveniencia de establecer cualquier tipo de contacto entre V. y su abuela. Valoró que la demandada niega la culpabilidad de su esposo en el delito por el que fue condenado y atribuye la acusación a motivos económicos de su hija y del padre de la niña. Sostuvo la juez que es cuestionable que pueda resultar favorable para la menor restablecer el vínculo con quien no advirtió la situación de abuso que ella atravesaba en su casa -mientras la incidentista dormía- y luego asumió una actitud negadora al respecto.

Consideró que debe priorizarse el interés de la niña por sobre el de su ascendiente por lo que finalmente rechazó el pedido de revinculación y dispuso la prohibición de acercamiento y contacto.

Las quejas de la apelante -fs. 459/463 pueden resumirse en que la sentencia se basó en dichos de los padres de la niña que no fueron acreditados y en que la apelante no ha sido oída en el expediente. La Sra. Defensora de Menores de Cámara auspicia que se confirme la decisión apelada.

III. El estudio del caso atraviesa principalmente cuestiones tales como el derecho de visitas de los abuelos, la posibilidad de oposición de los padres y el interés de la niña.

Por una cuestión de orden metodológico se apuntarán por separado para establecer los estándares que fundan la solución del caso.

a) derecho de visitas de los abuelos: en rigor, expresa mejor la materia de la que se trata, el enunciarla como derecho a tener una adecuada comunicación (cfr. art. 264, inc. 2°, Código Civil; sala A, 10-7-92, La Ley 1994-B-679, con nota de Ana Alles Monasterio de Ceriani Cernadas y 21-5-96, "B., H.G. c/ H., A.L.," La Ley 1997-A-127, con nota de Abel Fleitas Ortiz de Rozas; Bossert-Zannoni, "Régimen legal de filiación y patria potestad", ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 278 y "Código Civil y leyes complementarias", bajo la dirección de A.C. Belluscio, Astrea, Buenos Aires, 1986, t.6, págs. 793 y ss.; Grosman, Cecilia "Intercambio interdisciplinario acerca del derecho de visita a los hijos..." en Terapia Familiar, año IX, n° 15, Buenos Aires, 1986, pág. 253; Blanco, Luis Guillermo "Divorcio y derecho de visita..." Jurisprudencia Argentina 1990-II-691 y voz "Visitas, derecho de" en Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, ed. Universidad t. III; Hamudis, Alejandro S. "Régimen de visitas y adopción"

J.A. 1990-II-707; Camps, Carlos E. y Nolfi, Luis M. “El ministerio público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores”, J.A. 200-I-654, citado por el Dr. Fermé en “T, A. I. C/ C., H., del 29/8/2002) Su fundamento radica en la necesidad de fomentar y mantener la solidaridad familiar y proteger los vínculos que derivan de las relaciones filiales.

Este derecho encuentra soporte normativo en el art. 376 bis que establece que “los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso”.

Los términos de la norma admiten a la abuela entre quienes se encuentran legitimados para requerir la comunicación con su nieta.

No obstante ello, no son los mismos parámetros que se tienen en cuenta para valorar un pedido de régimen de visitas cuando quien lo solicita es alguno de los progenitores no convivientes, que cuando lo hace otra persona de la familia. Véase que en el caso que involucre a padre e hijo la restricción de la comunicación sería una medida excepcional y procedería cuando el riesgo para el niño sea tal que no admita otra alternativa. En cambio, la vinculación entre abuelos y nietos no tiene el mismo rol protagónico que sí tiene la relación paterno-filial. Consecuentemente lo que debe evaluarse en este último caso es si la comunicación entre ascendiente y descendiente es conveniente para el menor de edad (Sala B “P.L. c/ O, P.” del 28/9/2012 LL 2012-E, 555) b) negativa de los padres: La propia norma que gobierna el caso admite la oposición a las visitas y señala como motivos para ello, los posibles perjuicios en la salud física o moral del pariente visitado. Se ha interpretado que esas no son las únicas razones válidas de resistencia ya que los padres podrían invocar cualquiera que no sea arbitraria o perjudicial para el menor.

Ahora bien cuando –como en el caso- la negativa es de los dos progenitores, el margen de apreciación del juez es acotado (Di Lella, La legitimación en los denominados “regímenes de visitas” JA 2003-III, 423). La decisión de aquéllos debe ser respetada, salvo que se trate de una manifestación arbitraria o que resulte perjudicial para los menores (Azpiri, Jorge y Ratto, María Clara “Negativa al régimen de comunicación entre abuelos y nietos.

El interés superior del niño” LL 2012-E, 555).

Conforme a las normas que ponen sobre los progenitores la responsabilidad primordial de la crianza –art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño-, es a éstos, al menos en principio, a quienes corresponde decidir quiénes son los parientes u otras personas que tendrán trato con sus hijos menores de edad, cuestión ésta que ha de verse también en su relación con el derecho a la intimidad de cada familia, intimidad que aparece claramente protegida por normas supranacionales, con raigambre constitucional en nuestro país (v.gr. art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948). Debe preservarse a la familia, en lo posible, de la intromisión del Estado.

Es decir que si ambos padres han evaluado que el contacto de V. con su abuela no es conveniente para ella, a menos que traduzca una actitud abusiva por parte de aquéllos o se derive de ello un perjuicio para la niña; la decisión debe ser respetada.

Examinado en ese contexto, no hay en autos indicadores que pongan de manifiesto algún elemento abusivo o arbitrario en la oposición. Véase que no se han relatado significativos conflictos previos a la denuncia penal, sino que de las constancias de autos se desprende que esa situación habría sido la que generó la desvinculación.

Es cierto que –como destaca la apelante- la sentencia condenó al Sr. S. y no a ella. Sin embargo, las circunstancias que rodearon los episodios delictivos justifican la resistencia de los progenitores. Véase en ese sentido que los abusos ocurrieron en casa de la abuela mientras ésta dormía y cuando V. estaba al cuidado de ellos. Incluso la Sra. F. descrea del relato de la niña y de la conducta de su marido a pesar de las pruebas que llevaron a la confirmación de la condena penal. Esa actitud podría justificar los temores de los padres respecto de la posición que la demandada pudiera adoptar ante preguntas o comentarios de V., o que con sus apreciaciones pudiera interferir en el trabajo terapéutico que ha estado realizando la niña. Es decir que, aunque ello no debiera ocurrir necesariamente, el riesgo de que sí suceda y el daño que ello podría ocasionar a la menor hace que la negativa de los padres resulte razonable o por lo menos, no caprichosa o abusiva.

c) interés superior del niño: Cabe poner de resalto que la argumentación de la apelante gira en torno a su propio derecho subjetivo de vinculación con su nieta y en su necesidad de encontrarse con la niña. Empero en la actualidad, la perspectiva desde la que deben analizarse las cuestiones que involucren a los niños en general y el pedido de fijación de un régimen

de visitas en particular, no es la perspectiva del adulto –indagando el alcance de sus intereses o derechos–.

Por el contrario, el enfoque tiene que realizarse desde la óptica del niño a quien no puede considerarse como un espectador sino como un sujeto actuante (Mizrahi, Mauricio, “Familia, matrimonio y divorcio, pág. 125 pto. 28, Atrea, Buenos Aires, 2006).

En efecto, la regla del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, y tiene –al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias–, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Incluso, llegado el caso, del interés de los padres, ya que la coincidencia entre uno y otro interés no es algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular, pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto (CSJN, 29/04/2008, Fallos, 331:941, voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni; d., 2/8/2005, Fallos, 328:2870, voto de los Dres. Carlos S. Fayt, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

La niña ha sido escuchada personalmente por la magistrada y por el Defensor de Menores antes de dictar la decisión apelada y no se advierten ni argumentaciones ni pruebas que conduzcan a considerar que la vinculación con la abuela –en este momento– resulte beneficiosos para el interés de V.

Por el contrario, la salida del episodio de abuso por el que transitó la niña ha sido a través de la formación de acuerdos entre sus padres. Una de las decisiones de éstos fue el tomar distancia de los abuelos y del lugar donde ocurrieron los hechos traumáticos.

Esa situación se ha estado consolidándose en el tiempo y ha arrojado resultados favorables –según los informes de su psicóloga tratante a fs. 363/364 quien da cuenta de que en 2012 concluyó el tratamiento– de modo que su modificación no parece conveniente. En ese sentido esta Sala ha valorado que cuando se logró una situación de estabilidad luego de realidades conflictivas, no resulta prudente volver al estado anterior (voto el Dr. Fermé en “T, A. I. c/ C., H., del 29/8/2002 y su citas de Sala A, del 9-11-91, ED 146-482; sala J, 24-11-1998, ED 185-103, esp. pág.111 y jurisprudencia allí citada).

Por otra parte, ante la relación complicada que atraviesan sus padres con los abuelos, la vinculación de la niña con la apelante podría ponerla ante un juego de lealtades que se sumaría a las situaciones desventajosas para ella.

Finalmente la queja de la apelante que denuncia que no ha tenido oportunidad de ser oída en este expediente, no encuentra respaldo en las constancias de autos ya que la decisión recurrida respondió a un incidente planteado por la demandada y ha asumido sus argumentos. Incluso ha tenido oportunidad de que su tesitura fuera revisada por esta Sala en la presente resolución.

IV. En cuanto a las costas, más allá de que el principio objetivo de la derrota no es una pauta absoluta, pues la ley procesal admite excepciones en su art. 68, la particular naturaleza de las cuestiones debatidas –la pretensión plausible de la incidentista de retomar el contacto con su nieta–, la existencia de diversas opiniones sobre el alcance de las normas respectivas reflejadas en la doctrina de los autores, la ausencia de precedentes jurisprudenciales numerosos que pudieran orientar a los justiciables en el planteamiento de sus pretensiones y las razones en las que se funda la decisión, más próximas al interés de la niña que a los fundamentos esgrimidos por las partes, conducen a imponerlas en el orden causado.

En suma, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores el Tribunal resuelve: Confirmar la decisión apelada en lo principal que decide. Imponer las costas en el orden causado. Regístrese notifíquese a la Sra. Defensora de Menores y a las partes mediante cédula con copias en sobre cerrado y devuélvase.

Se deja constancia de que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/13 y 24/13 de la C.S.J.N. — *Castro, Patricia Estela. — Molteni, Hugo. — Ubiedo, Carmen Nelida*

DAÑOS Y PERJUICIOS

Responsabilidad médica por incumplimiento del deber de información. Cicatrices posteriores a una cirugía estética. Responsabilidad de la clínica. Indemnización. Procedencia de la acción

Hechos: *Una mujer a la cual le quedó una cicatriz abdominal permanente a causa de una cirugía estética inició acción de daños contra el médico interviniente a fin de exigir una indemnización por el incumplimiento del deber de información relativo a las posibles consecuencias derivadas de esa práctica médica. Asimismo,*

dirigió la demanda contra la clínica donde se llevó a cabo la intervención. La sentencia admitió parcialmente el reclamo. La Cámara confirmó el decisorio.

1. — El médico que realizó una cirugía estética —en el caso, una dermolipectomía abdominal— sin advertir al paciente de las cicatrices que quedaban en ese tipo de prácticas y ocultando el hecho de que no era especialista en materia quirúrgica es responsable por las consecuencias dañosas derivadas del acto, pues, con su conducta, omitió cumplir con el deber de información y, más allá de si la técnica utilizada era la correcta, impidió que aquélla pudiera tener la libertad de elegir y, en todo caso, intervenir con quien no tenía la especialidad requerida.
2. — La defensa opuesta por la clínica demandada relativa a que el médico que intervino quirúrgicamente a la actora no pertenecía al personal del nosocomio sino que solo se limitó a alquilar un quirófano en tal lugar, debe rechazarse, pues la responsabilidad emergente de la relación médico paciente no sólo cubre al profesional que interviene en la asistencia sino, además, a sus auxiliares y a las instituciones en las que se presta el servicio.
3. — La indemnización en concepto de daño moral solicitada por quien se sometió a una cirugía estética sin contar previamente con la información relativa a las cicatrices que quedaban en ese tipo de prácticas es procedente, pues, si bien su admisión no subsanará el tratamiento defectuoso y la incidencia que éste pueda tener en las secuelas padecidas, no es menos cierto que su otorgamiento apunta a mitigar los padecimientos y dar cierta tranquilidad de espíritu a la víctima.

Cuantificación del daño

El hecho dañoso:

Cirugía estética

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$40.000.-

Daños varios:

Daño estético y cirugía reparadora \$20.000.-

Daño psicológico y tratamiento \$30.000.-

CNCiv., sala F, 27/02/2014. - C. L. A. c. P. L. C. A. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/2966/2014]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "G. de C., M. G. c. M., H. y otros", 11/12/2009, RCyS 2010-VII, 174, ED 237, 224, AR/JUR/65768/2009.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

PIZZETTI, FEDERICO G., "Cirugía estética y responsabilidad profesional de los médicos", RCyS 1999, 1306; **HERSALIS, MARCELO-MAGRI, EDUARDO O.**, "Cirugía Plástica. Régimen de la obligación que asume el profesional.", LA LEY 2005-B, 431; **CONDOMI, ALFREDO MARIO**, "Responsabilidad civil en cirugía estética", DJ 1997-2, 191.

2ª Instancia. — Buenos Aires, febrero 14 de 2014.

A la cuestión propuesta el Dr. *Posse Saguier* dijo:

I.- La actora promovió la presente acción contra el Dr.C. A. P. o P. L. y contra la C. de M. S.A. por los daños y perjuicios que dijo haberle ocasionado a su persona a raíz de la mala praxis que endilgó al profesional emplazado.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia condenó a los emplazados al pago de la suma de \$ 89.000, con más los intereses y costas del proceso. Asimismo, hizo extensiva la condena a La E. C. S.A. de Seguros Generales con los alcances señalados en el pronunciamiento.

Apeló el galeno emplazado y expresó agravios a fs. 624/649. La citada en garantía hizo lo propio con la presentación de fs. 651/654. La Clínica expresó agravios a fs. 656/662. Las contestaciones obran a fs. 664/666, 668/670 y fs. 672/680.

II.- En primer término, razones de orden metodológico me llevan a examinar los agravios de la parte demandada y su aseguradora que apuntan a objetar la decisión del juzgador en cuanto considera que existió responsabilidad por parte del profesional actuante.

Por de pronto, resulta propicio recordar -tal como lo ha venido sosteniendo esta Sala en precedentes similares al presente (causas libres nrsº 270.522 del

13-3-2000, 285.413 del 14-6-2000 y 326.489 del 24-4-02 entre otras)- que la obligación asumida por el facultativo frente al paciente reviste, en principio, el carácter de una obligación de medio y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder en favor de la salud del enfermo. Aunque no está comprometido a curar al enfermo sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios no signifique incumplimiento. Sólo excepcionalmente la obligación del médico puede ser de tipo delictual (conf.: LLAMBIAS, J.J. "Tratado de Derecho Civil -Obligaciones-" t. I, págs. 207, 211, núms. 171 y 172; ALSINA ATIENZA, D. "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", en JA. 1958-III-587; BUSTAMANTE ALSINA, J. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 183, núm. 31; CNCiv. Sala "C" en L.L., 115-116).

Por otro lado, la prueba de la culpa es indispensable porque ella, además de la responsabilidad que implica, contiene también la demostración del incumplimiento de la obligación de prestar asistencia adecuada que toma a su cargo el ente asistencial y, en su caso, la obra social. Y, precisamente, la prueba de la existencia de esa conducta culposa o negligente corre por cuenta de quien la invoca, debiendo apreciarse la actuación médica conforme a los criterios generales contenidos en los arts. 512 y 902 del Código Civil.

Ello, claro está, sin perjuicio del deber moral e inclusive jurídico del accionado, de colaborar en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, lo que no implica aceptar la tesis de las cargas probatorias dinámicas.

A mi juicio, y tal como reiteradamente lo he señalado con anterioridad, para juzgar la responsabilidad de los médicos no corresponde aplicar un criterio riguroso, hasta el punto de subordinarlo sólo a "errores groseros y evidentes de diagnóstico o tratamiento, de ausencia de un mínimo de prudencia en la atención, o de negligencia grave, ignorancia inexcusable o falta manifiesta", ya que ello importaría apartarse de aquellas pautas legales genéricas para someterla a patrones específicos que vendrían a contrariarlas sin razón que lo justifique.

En orden a la determinación de la imputabilidad es necesario atenerse a las previsiones del art. 512 ya mencionado, que enuncia el concepto de culpa y contiene las premisas fundamentales para su valoración. Y, del juego armónico de esa disposición con el precepto contenido en el art. 902 también citado, que dispone que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias

posibles de los hechos", lleva a concluir que no corresponde un apartamiento de las reglas generales que rigen en materia de culpa.

Y, a mi juicio, no puede ser de otro modo, ya que la atención médica, que tiende naturalmente a proteger la salud, y por ende la vida misma de una persona, obliga a los máximos cuidados y a poner la necesaria aptitud en el ejercicio de esa delicada actividad profesional, a tal punto que cualquier imprudencia o descuido adquiere, sin duda, singular gravedad. Claro está que lo dicho no puede obrar en el ánimo del juzgador a modo de preconcepto ni debe servir para morigerar la significación de las demás particularidades de cada caso, las cuales deben ser ponderadas en su totalidad, como mejor manera de efectuar una adecuada aplicación de la norma del art. 902, debidamente armonizada con la establecida en el art. 512 (conf.: esta Sala en causa libre n° 251.555 del 27-5-99, 392.208 del 30-08-04 entre otras).

Tal como lo destacó mi distinguido colega, el Dr. Galmarini, en un precedente de esta Sala al que adherí, aunque tradicionalmente la cirugía estética ha sido señalada como ejemplo de obligación médica de resultado, en la actualidad se hacen precisiones más puntuales y se la considera sujeta a criterios comunes (c. libre n 393.530 del 23/09/04). Justamente, en el caso de las cirugías puramente cosméticas, la jurisprudencia y doctrina exige todavía apreciar con mayor severidad la conducta del profesional dada la naturaleza y finalidad que dan origen a estas intervenciones -no están motivadas por una patología- y, además teniendo en cuenta la ausencia en general de grandes riesgos. No obstante el mayor rigor apuntado no ha de implicar mutar la naturaleza de la obligación de modo que carga sobre el actor probar la culpa del profesional y sobre éste la de acreditar su obrar diligente -la no culpa- pues a falta de culpa no tendrá nacimiento la responsabilidad galénica (ver CNCiv., Sala I, 30-3-1990; LL, 1991-A, 142, voto en disidencia del Dr. Ojea Quintana; Sala A, 7-12-1994, JA, 1995-IV-396; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Daños y Perjuicios en la cirugía plástica: Obligaciones de medios o de resultado", JA, 1995-IV-396; citado en Sala B, "B. de M., M. B. c/ M. S. A. y otro s/ ds. y ps." del 8/04/2008, publicado en El Derecho del 3/05/2010 con nota en contra del Dr. Juan Carlos Hariri). (esta Sala en autos Causa libre n 477.980 "Alle, María Elena c. Vaisman, Bernardo y otro s/ daños y perjuicios" (Expte. n 60.549/02), Del 13 de mayo de dos mil diez).

En función de tales lineamientos y de las pruebas arriadas a la causa, es que habré de examinar los agravios del demandado y su aseguradora.-

III.- En primer término, no está en discusión que la actora con fecha 18 de junio de 2002 fue intervenida

quirúrgicamente por el emplazado en la C. de M. S.A., con el objeto de realizarle una “Dermolipectomía Abdominal”.

La parte demandada cuestiona la sentencia por considerar que la juzgadora analizó errónea y arbitrariamente la prueba obrante en autos ya que -según sus dichos- no se habría acreditado la relación causal entre los daños y la atención de la paciente.

Sin perjuicio de señalar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan sólo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. art. 386 del Código Procesal y véase C.S. en RED 18-780, sum. 29; CNCiv. Sala “D” en RED 20-B-1040, sum. 74; CNCiv. y Com. Fed., sala I, E.D. 115-677; CNCCom., Sala “C” en RED 20-B-1040, sum. 73; SC, Bs.As. en E.D. 105-173, entre otras), la prueba aludida por el quejoso en modo alguno puede desvirtuar la conclusión a la que arribara la señora juez de grado en base a las probanzas realizadas en estos obrados.

El recurrente intenta apoyar su postura sobre la base de los términos periciales formulados por la Dra.C., quien fuera designada médica de oficio.

La nombrada presentó dictamen a fs. 337/346.

Al examen clínico observó que la actora presenta cicatriz en zona prepubiana de 27 centímetros de largo hiperpigmentada, deshiciente en zona central de hasta 3 centímetros de ancho, y de 2 centímetros en zona lateral derecha. La terminación de las cicatrices en zonas laterales son con forma de “oreja de perro”, presenta un edema infraumbilical en zona izquierda de 8 X 4 centímetros y en zona derecha de 6X4 centímetros. Ombligo puntiforme con cicatriz levemente hipertrófica de 3 centímetros.

Concretamente, concluyó la perito que la actora presenta una cicatriz viciosa en zona abdominal con secuela que la incapacita de forma parcial y permanente en un 15%, derivado de la intervención quirúrgica a la que fuera sometida.

Por otro lado, el Cuerpo Médico Forense determinó a fs. 525 -Conclusiones- que la actora presenta muy ligeras secuelas postquirúrgicas anatómicas y estéticas en su pared abdominal que le determinan una incapacidad física parcial y permanente del 5% de la T.O. La mencionada incapacidad admite un relación de causalidad con el acto quirúrgico denunciado en el escrito de demanda.

La experta designada de oficio refirió que la técnica utilizada en el abordaje quirúrgico deja siempre una cicatriz, y que para solucionar el daño sufrido por la actora, es decir, la corrección de la cicatriz viciosa y de los edemas organizados, la técnica requerida es quirúrgica (conf.fs. 345), siendo la especialidad médica la de un cirujano plástico. En este mismo sentido se pronunció el Cuerpo Médico Forense (véase conclusiones de fs. 523/532).

La cuestión que aquí se plantea con relación a la responsabilidad atribuida al médico, se apoya, fundamentalmente, en la ausencia de la información adecuada que debió realizar el facultativo y no lo hizo.

Nótese que el dictamen pericial elaborado por la médica legista destacó que los pacientes, en intervenciones quirúrgicas como la de autos, deben ser advertidos de las cicatrices que siempre quedan en este tipo de operaciones. También señaló que se debe detectar cualquier tipo de problema psicológico en el paciente que se traduzca en una irrealidad en cuanto al alcance y la limitación de la cirugía y que cause cualquier clase de queja injustificable. Es decir, que cuando se trata de cicatrices viciosas -como en caso de autos- que producen deformidad, desfiguran y alteran el funcionamiento de la parte afectada, implican un perjuicio estético y tienen el carácter de permanentes. De allí que explica la experta que antes de plantear una cirugía de esta clase, el galeno debe escuchar atentamente las quejas y determinar su nivel de expectativas, puesto que resulta importante informar la existencia, ubicación y tamaño de las cicatrices, ya que algunas personas rechazan la cirugía sorprendidos por la magnitud de la cicatriz necesaria para su corrección (conf.fs. 339/341 vta).

En este sentido, se ha señalado que el médico está obligado a informar al paciente sobre su estado de salud, los tratamientos terapéuticos adecuados, y sus consecuencias. La obligación de informar aparece en los contratos de servicios médicos como un deber jurídico implícito y accesorio que matiza la obligación principal. Y por tal obligación, un experto -el deudor de la prestación y emisor de la información- asume el deber de poner en conocimiento de su contratante -accedor del servicio y habitualmente un profano- aspectos relevantes del contrato -objeto de la información- que habilitan para tomar decisiones compartidas y pertinentes en beneficios del acreedor-paciente (Luis Daniel CROVI, en “Derechos del Paciente”, revista de Derecho Privado y Comunitario, edit. Rubinzal-Culzoni, Director Héctor Alegría-Jorge Musset Iturraspe, p. 106 y ssstes).

Desde ya adelante que no encuentro que, en el caso, este deber haya sido cumplido en debida forma

por el facultativo. Por un lado, resulta llamativo que si, tal como surge de los dictámenes médicos, es de práctica que esta clase de operaciones deja cicatrices, no se explica que en el formulario que suscribiera la paciente a fin de prestar su consentimiento no se dejara asentada en forma expresa esta circunstancia. Incluso, corrobora esa falta de conocimiento certero de esa consecuencia derivada de la intervención a la que fuera sometida la actora, la declaración de V.M.R. que estuvo presente desde la primera entrevista que tuviera la paciente con el galeno, de la cual surge el éxito que habría de tener dicha intervención. En efecto, al ser interrogada si sabía si el profesional había asegurado algún tipo de resultado, respondió que: "... Si, lo se porque yo asistí al momento de la consulta, y el médico lo que le dijo era que iba a quedar espléndida que iba a poder realizar sus actividades nuevamente....;... era una pavadita.." (sic).

Y, así fue explicitado por la actora al promover la demanda, surgiendo de su relato que el galeno le explicitó que la intervención no habría de tener inconveniente alguno (véase fs. 40vta./41). En este contexto, no puede sostenerse que exista violación al principio de congruencia por el hecho de que la responsabilidad se le atribuya en una información defectuosa.-

Por otra parte, cabe agregar que la paciente tampoco se encontraba informada acerca de la situación profesional del galeno, quien le dijo tener especialidad médica quirúrgica que, al momento de la cirugía, no tenía.-

Efectivamente, tal omisión surge "a priori" de lo declarado por la asistente médica R. (conf.fs. 407/409), al referir que el emplazado se "...hacia pasar por cirujano plástico.." (sic). Esta circunstancia fue corroborada por el Cuerpo Médico Forense (véase fs. 562/563), señalando concretamente que el demandado al momento de su intervención no habría poseído el título de especialidad en Cirugía Plástica y/o Cirugía General, dado los tiempos mencionados entre su matriculación, la cirugía imputada, y la obtención de su título de especialista y, por ende, tampoco la curva de aprendizaje como toda actividad quirúrgica lo requiere y fuera ya considerado a fs. 530.

En definitiva, aun cuando el emplazado -tal como aduce en sus agravios- señala a modo defensivo que la técnica utilizada era la adecuada, no debe dejar de advertirse que esta omisión de información relacionada con que no poseía la especialidad en materia quirúrgica, no es un hecho menor, puesto que esa omisión impidió que la paciente pudiera tener la libertad de elegir y, en todo caso, de intervenir quirúrgicamente con quien no tenía la especialidad requerida.

Además, tampoco se encuentra debidamente acreditado en autos que la paciente hubiese abandonado el tratamiento post-quirúrgico. Sobre el particular, habré de coincidir con las consideraciones formuladas por la sentenciante de grado, en el sentido de que del instructivo denominado "Indicaciones Postoperatorias-Dermolipectomía Abdominal" obrante a fs. 459, surge que el alta médica definitiva se daría a los 30 días de haberse realizado la cirugía, circunstancia que no se condice con la actitud del galeno emplazado, puesto que, de acuerdo a lo declarado por la asistente médica R., fue el propio médico quien se ausentó sin dar aviso, pese a que la actora y la declarante requerían su asistencia postoperatoria, circunstancia que derivó en que la paciente consultara a otros cirujanos.

Como se ve, el emplazado omitió resguardar un elemental derecho fundamental de todo paciente, es decir, la debida información sobre la práctica médica a la que debería someterse la actora, como el hecho comprobado del ocultamiento de que no era especialista en materia quirúrgica, ni tampoco fue informada la accionante sobre las posibles consecuencias del acto, como ser, la cicatriz que todo proceso de Dermolipectomía Abdominal deja en la paciente, tal como surge del dictamen del Cuerpo Médico Forense (véase conclusiones de fs. 523/532), siendo entonces claramente insuficiente el consentimiento obrante a fs. 489.

Por lo demás, no puedo dejar de considerar que si bien los dictámenes médicos resultan coincidentes respecto a que esta clase de intervenciones siempre deja una cicatriz, también lo son en cuanto que, en el caso, se reconoce el daño estético derivado de la intervención, aun cuando se pondere el déficit de la calidad cutánea de la paciente. En definitiva, si se admite la posibilidad de practicar una cirugía reparadora es indudable que ello implica reconocer la existencia de una lesión estética. Aquí, reitero, no es un aspecto menor el considerar que cuando el profesional realizó la intervención quirúrgica no poseía el título de especialista en cirugía plástica ni de cirugía general y tampoco tenía cumplida la curva de aprendizaje como lo requiere toda actividad quirúrgica (véase fs. 562/563).

Por otra parte, la C de M.S.A. se agravó respecto de la condena impuesta en su contra.-

En primer término no puedo dejar de advertir que la transcripción textual del alegato no cumple con la carga impuesta a los litigantes por el art. 265 del Código Procesal, pues no rebate ni demuestra los eventuales errores en que habría incurrido la anterior sentencia.

Sin perjuicio de ello, y al solo efecto de satisfacer las quejas de la apelante, habré de formular algunas consideraciones al respecto.-

La defensa opuesta por la clínica consistió en que el médico emplazado no pertenece al staff del nosocomio, sino que éste se limitó a alquilar un quirófano para que se efectuara la intervención quirúrgica de la actora.-

En cuanto a la obligación de responder que en el caso le cabe a la Clínica demandada, se ha dicho que la responsabilidad emergente de la relación médico paciente cubre no sólo al médico que interviene en la asistencia del paciente sino, además, a sus auxiliares y también a las instituciones en las que se presta el servicio y a aquellos que contratan los servicios de un sanatorio para la atención de sus afiliados, ya sea encuadrando la responsabilidad de los organismos intermedios como una estipulación a favor de terceros o bien como obligación de garantía propia del contrato de asistencia médica (CNCiv. Sala D, febrero 16/1984, L.L., 1984 C, p. 586, fallo 83.220).

Además de la responsabilidad contractual directa del médico se ha reconocido también una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial (ALBERTO BUERES, "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", p. 32). "La noción de dependencia, médicos actuando para una determinada entidad asistencial, se extiende a todos aquellos supuestos en que media una autorización para obrar en determinado sentido, aunque no exista una verdadera subordinación que desde ya puede no darse en el aspecto técnico-científico el ejecutor material del plan de prestación por encargo del solvens es un auxiliar o dependiente" (cfr. BUERES Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", Hammurabi, Buenos Aires, 3ra. Ed. 2006, pags. 321/23)". El establecimiento asistencial se compromete con el paciente a cumplir una determinada prestación médica, en un vínculo contractual por el cual pesa sobre él un deber de responder que es reflejo o de garantía por el actuar ajeno, debiendo cargar en forma directa dicho deudor con las consecuencias dañosas que la actividad imputable a lo sujetos afectados a tal fin han generado. El fundamento de esa responsabilidad reside en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los encargados o ejecutores materiales de la prestación (cfr. Belluscio, Augusto, Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad civil de los sanatorios. L.L., 1979-C, 23, nro 5).

En el caso de autos, se encuentra acreditado que la actora acordó con la clínica emplazada el servicio médico en consideración (conf.fs. 490), motivo por el cual los agravios carecen de todo sustento.

Por todo lo expresado, habré de propiciar se confirme la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad de los emplazados se refiere.-

III.- Corresponde analizar los agravios de las partes en cuanto a las partidas indemnizatorias.-

En primer término no se puede dejar pasar que la mera e infundada discrepancia sobre los conceptos indemnizatorios que objeta la Clínica en el punto 4 de fs. 662 de ninguna manera puede ser considerado agravios en el sentido técnico prevenido por el art. 265 del Código Procesal. Por ende, voto por su deserción (conf.art. 266 del mismo cuerpo legal).-

Por daño estético y cirugía reparadora el pronunciamiento fijó la cantidad de \$ 20.000. El demandado pretende el rechazo de la partida o bien la disminución del rubro.

Si bien no se me escapa que los dictámenes médicos han hecho referencia, tal como se ha visto, a que la cirugía que se le practicara a la actora siempre deja una cicatriz, lo cierto es que también surge de aquellos estudios que, en el caso, aquella intervención produjo un daño estético, a tal punto que son coincidentes en que podrían revertirse a través de una cirugía reparadora tal como se aconseja. De allí, que proceda atender a los gastos que habrá de demandar esta nueva intervención, valorando también que la lesión estética que también ha contemplado la juzgadora cuando menos habrá de atenuarse.

De cualquier manera, entiendo que la suma otorgada por este concepto no resulta irrazonable por lo que habré de propiciar su confirmación (conf. art. 165 del Código Procesal).

El emplazado se alzó disconforme con el reconocimiento del rubro daño psicológico y tratamiento fijado en la sentencia (\$ 30.000), o en su defecto del importe.-

Sobre el particular cabe ponderar que tanto la médica designada de oficio como el Cuerpo Médico Forense, fueron coincidentes en que la actora presenta secuelas psíquicas derivadas de la intervención a la que fuera sometida, por presentar una Depresión Neurótica Reactiva Moderada. El porcentual fue estimado entre un 10% y 15% de la t.o., parcial y permanente (véase fs. -520).

En primer término cabe señalar que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, no deben confundirse el daño moral con el daño psicológico, se trata de conceptos diferentes. La confusión entre el daño psíquico y el daño moral es inadmisibles. Son conceptos diferentes. Uno constituye un menoscabo

patológico de la salud psíquica, que integra el concepto de incapacidad sobreviniente, mientras que el otro repercute en los sentimientos o en la interioridad del damnificado, lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física (CNCiv. Sala C, octubre 13/1992, "Varde c. Ferrocarriles", voto del Dr. Cifuentes; id. Sala C, noviembre 27/1992, "Vinaya c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", LA LEY, 1993-D, 278, fallo n 91.599) (CNCiv. Sala F, octubre 26/2004,"Molina Silvia Sandra c. Línea 37 Cuatro de Septiembre y otros s/daños y perjuicios").-

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de señalar con anterioridad que el daño en el aspecto físico o psíquico o estético debe ser resarcido cuando se trata de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro no dificulte la realización de tarea alguna (conf.: causa libre n 424.730 del 02/05/2006; 436.689 del 11-05-06, entre otras).

La perito médica designada de oficio aconsejó -en base al psicodiagnóstico de fs. 327/330), que la actora debería someterse a un tratamiento psicoterapéutico no menor a 12 meses con frecuencia semanal.

Como se ve, la actora presenta secuelas psíquicas incapacitantes derivadas del hecho motivo de litis, motivo por el cual el reconocimiento de esta partida es inquestionable. Sobre el importe acordado por incapacidad psíquica que incluye el tratamiento aconsejado, por no considerarlo elevado, voto por su confirmación (conf.art. 165 citado).

Por daño moral el pronunciamiento fijó la cantidad de \$ 40.000. El demandado se agravió por su admisión y, en su defecto, del importe.-

El daño moral es inmaterial o extrapatrimonial y representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen o agravamiento en el hecho generador. Lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (CMCiv. Sala C, octubre 13/1992, "Varde c/Ferrocarriles", voto del Dr. Cifuentes; id. Sala C, noviembre 27/1992, "Vinaya c/Empresa Ferrocarriles Argentinos". L.L. T 1993-D-p. 278, fallo n° 91.559; CNCiv. Sala F, octubre 31/2005 L.426.420 "Schaff Rubén Daniel c/Edenor S.A. s/Daños y perjuicios").

Por otra parte, la fijación del importe por daño moral no resulta de fácil determinación ya que el juez debe ponderar la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos por ellos expe-

rimentados, los cuales se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados. Por lo demás, a los efectos de su fijación cabe dejar sentado que se han consultado los distintos precedentes de la Sala.-

Ahora bien, resulta claro que la suma a establecer por este rubro no subsanará el tratamiento defectuoso y la incidencia que éste pueda haber tenido en las secuelas padecidas por el actor y que han quedado explicitadas en el dictamen pericial. De todas maneras, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización, ya que si bien no se trata de compensar dolor con dinero, no es menos cierto que su otorgamiento apunta a mitigar los padecimientos y dar cierta tranquilidad de espíritu a la víctima.

En función de lo expuesto, teniendo en cuenta la índole de las lesiones padecidas, se encuentra justificado el reconociendo de esta partida. Por considerar adecuado el importe concedido, voto por su confirmación (conf.art. 165 ya citado).-

IV.- El demandado cuestiona que se le hayan aplicado las costas del proceso, sin embargo, sus fundamentos apuntan a la responsabilidad que fuera tratada anteriormente. Por ende, la sentencia deberá ser confirmada en este aspecto.

V.- El pronunciamiento determinó que deberán adicionarse intereses desde la fecha del perjuicio y hasta el efectivo pago a la tasa activa prevista en el Plenario de esta Cámara "Samudio de Martínez". La demandada se agravió sobre el punto de partida y la tasa activa.

En relación al primer aspecto, la jurisprudencia ha señalado que en casos como el de autos, esto es de mala praxis médica, donde la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento. Es que, aun frente a hipótesis de responsabilidad contractual tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (conf. CNCiv., Sala "E", causa libre n 339.906 del 13-06-02).

Por último, si bien en anteriores oportunidades he realizado un distingo para calcular la tasa de interés a aplicar, según la fecha de determinación de los montos resarcitorios, un nuevo replanteo de la cuestión, ante la actual situación económica del país, me lleva a modificar el criterio que he venido sosteniendo hasta ahora y, en consecuencia, entiendo que la tasa activa prevista en la doctrina plenaria no representa un enriquecimiento indebido, pues de ningún modo puede considerarse que ello implique una alteración del significado económico del capital de condena.

Por ende, voto por confirmar la sentencia en estos aspectos.

Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido, habré de proponer se confirme la sentencia en todo lo que ha sido materia de agravios. Costas de Alzada a los emplazados sustancialmente vencidos (conf. art. 68 primera parte del Código Procesal).

Por razones análogas a las aducidas por el Dr. Posee Saguier, los Dres. *Galmarini* y *Zannoni* votaron en el

mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en todo lo que ha sido materia de agravios. Costas de Alzada a los emplazados sustancialmente vencidos (conf. art. 68 primera parte del Código Procesal).

Los honorarios serán fijados una vez establecidos los de primera instancia. — *Fernando Posse Saguier*. — *José Luis Galmarini*. — *Eduardo A. Zannoni*.

II. La Obra Social debe admitir como afiliado adherente al hijo menor de edad de la mujer con la cual el afiliado titular ha celebrado una unión civil, ya que una solución diversa implica excluirlo arbitrariamente del grupo familiar que integra y desconoce su derecho a la salud y a la igualdad, en violación a la ley 23.660 y a los arts.16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CNCrim. y Correc., sala VII, 04/04/2014. - N., J. R.

Los arts.254 y 259 del Código Prcesal Penal de la Nación, en cuanto exigen que los peritos de parte sean integrantes de la lista que al efecto conforme el órgano jurisdiccional, son constitucionales ya que no violan el art.14 de la Constitución Nacional pues el ejercicio del derecho de trabajar está sujeto a las leyes que lo reglamenten, ni se advierte irrazonabilidad alguna.

LANZAMIENTO

TRATADO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

JULIO CÉSAR **RIVERA (H)** • JOSÉ S. **ELIAS** •
LUCAS S. **GROSMAN** • SANTIAGO **LEGARRE**
(Directores)



CONOZCA CÓMO HAN
SIDO INTERPRETADOS
LOS **DERECHOS
CONSTITUCIONALES**
POR LOS TRIBUNALES
ARGENTINOS E
INTERAMERICANOS

DISPONIBLE:



Versión eBook • Con beneficio exclusivo



eBook + 3 tomos • Encuadernación de lujo

- **Más de cincuenta artículos** que abordan de manera teórico-práctica cada derecho constitucional y su tutela procesal.
- **Analiza críticamente los principales debates acerca del derecho constitucional**, y brinda las respuestas que los legisladores y los tribunales argentinos e interamericanos han tenido al respecto.
- **Se estructura en tres grandes partes**: estudia la teoría general, los alcances, y los aspectos procesales de la tutela de los derechos constitucionales.

Adquiéralo llamando al **0810-222-5253**,
en su sucursal más cercana o ingresando en **www.laley.com.ar**

ABELEDOPERROT



THOMSON REUTERS

Síganos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey •    ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS

LA LEY

COLECCIÓN MÁXIMOS PRECEDENTES CONTRATOS

CRISTINA N. ARMELLA (DIRECTORA)

MARIANO ESPER (COORDINADOR)

Prólogo de Daniel R. Vítolo

LA ÚNICA OBRA DE *LEADING CASES* COMENTADOS
PARA INTERPRETAR LA ÚLTIMA DOCTRINA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



CONSULTE
BENEFICIOS
VIGENTES

DISPONIBLE:

Versión eBook • Con beneficio exclusivo



eBook + 3 tomos • Encuadernación de lujo

Acceda con rapidez a la jurisprudencia más importante y actual sobre contratos de manera sistematizada, con clasificación temática, jerarquía, síntesis y el análisis de reconocidos juristas para conocer la evolución del Tribunal a través del tiempo.

Encontrará el análisis de temas tales como:

Consentimiento - Contratos por adhesión - La excesiva onerosidad sobreviniente - Interpretación de los contratos - Contratos de consumo - Compraventa - Cesión de derechos - Locación de cosas - Locación de obra - Donación - Mandato - Corretaje - Los contratos de distribución comercial - Transporte terrestre de personas - Medicina prepaga.

Adquirla llamando al **0810-222-5253**, en su sucursal más cercana o en **www.laley.com.ar**



Síganos en:

f ThomsonReutersLaLey
t @TRlaley
in ThomsonReutersLatam



ThomsonReutersLatam



ThomsonReutersLatam



+LaleyArgentina



THOMSON REUTERS

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE JUNIO DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

