



Rosario digital

SERIE ESPECIAL - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario

BREVE RESEÑA DEL “CUPO FEMENINO” EN EL ESTADO NACIONAL ARGENTINO

Por Pablo Javier Davoli

I - Evolución política, normativa y jurisprudencial

Hasta la aprobación de la Ley n° 24.012¹, de “cuotas” o “cupos femenino”, en 1991, las mujeres fueron incluidas en el sistema político argentino fundamentalmente en carácter de representadas pero difícilmente como representantes.

La Ley n° 13.010, de sufragio femenino, no garantizó que las mujeres accedieran a cargos legislativos con facilidad. Así las cosas, desde 1952 hasta 1993, el promedio de diputadas nacionales fue de 6.33 % demostrando que, a pesar del derecho a elegir y ser elegida, operaron poderosas preferencias masculinas a la hora de seleccionar las candidaturas.

La Ley n° 24.012, de “cuotas” o “cupos femenino”, arriba señalada, fue sancionada con la expresa finalidad de garantizar la igualdad de derechos entre personas de ambos sexos dentro del ámbito gubernamental, ampliando el espacio correspondiente a la decisión política y promoviendo la participación efectiva de la mujer en las listas de candidatos a cargos electivos (con expectativas de resultar electas)².

¹ Sancionada el 6 de noviembre de 1991.

El 20 de septiembre del mismo año había obtenido media sanción en el Senado.

La Ley n° 23.012 fue finalmente sancionada por una notoria mayoría (sólo se registraron 3 votos negativos y 7 abstenciones).

² En sus “Considerandos” se señala que el objetivo de la misma consiste en “lograr la

Tal como es sabido, a tal efecto, la referida pieza legal modifica el artículo 60 del Decreto 2135/83³, con las modificaciones introducidas por las Leyes n° 23.247 y n° 23.476; estableciendo que las listas partidarias de candidatos propuestos para la ocupación de cargos públicos electivos, deberán estar integradas por mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a elegir con posibilidad de resultar electas⁴.

Así, con la entrada en vigencia de la norma legislativa en cuestión, se inició un proceso político y jurídico tendiente a la efectivización de la participación femenina en los cargos públicos cuya integración se hace a través de elecciones. Siendo éste y no otro, el objetivo que determina la dirección y el sentido en que dicho proceso, inaugurado por la Ley n° 24.012, ha avanzado.

Un primer obstáculo con el que colisionó el proceso que nos ocupa, consistió en la falta de uniformidad existente en cuanto a los criterios generacionales a seguir en la aplicación de la norma citada. A efectos de paliar dicha carencia, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto reglamen-

integración efectiva de la mujer en la actividad política evitando su postergación al no incluirse candidatos femeninos entre los candidatos con expectativas de resultar electos”.

³ Dictado en fecha 18 de agosto de 1983.

⁴ La Ley en cuestión, en su artículo 60, segundo párrafo, preceptúa lo siguiente: “Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”.

CONTENIDO

DOCTRINA

Breve reseña del “cupos femenino” en el Estado Nacional argentino, por Pablo Javier Davoli..... 1

JURISPRUDENCIA

CS Santa Fe

Daños y Perjuicios: Responsabilidad indirecta del Estado: Ausencia de responsabilidad del dependiente; procedencia. **Sentencia:** Congruencia procesal (CS Santa Fe, noviembre 17-2005)..... 3

Empleados Públicos: Naturaleza Jurídica de la relación laboral; inembargabilidad de sus sueldos (CS Santa Fe, marzo 30-2005)..... 6

Recurso de Inconstitucionalidad: Competencia: Suprema Corte de la provincia; improcedencia (CS Santa Fe, diciembre 28-2005)..... 8

Contratos: Buena fe: alcances; interpretación. **Sentencia:** Requisitos: motivación; art. 95 de la Constitución Provincial; alcance. **Recurso de Inconstitucionalidad:** Competencia: de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe (CS Santa Fe, diciembre 21-2005)..... 12

Civil

Daños y Perjuicios: Eximición de responsabilidad; culpa de la víctima; deber de seguridad; servicios ferroviarios; alcance (Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 2 Rosario, noviembre 23-2005)..... 17

Daños y Perjuicios: Responsabilidad del Estado: accionar de sus dependientes; procedencia (Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 2 Rosario, septiembre 5-2005)..... 20

Civil y Comercial

Empleados Públicos: Quiebra; inembargabilidad de sus sueldos; doctrina “Coinauto” de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (CApel. CC Rosario, sala IV, marzo 17-2006)..... 16

Penal

Impedimento de Contacto de Menores con sus padres no Convivientes: Configuración: inexigibilidad del requisito de prejudicialidad. **Imputado:** Declaración indagatoria: incidencia probatoria de la abstención de declarar (Cpenal Rosario, sala III, agosto 23-2005)..... 14

tario n° 379/93⁵, cuyo objeto era unificar normativamente los aludidos criterios. De esta manera, se pretendía que en todos los Partidos Políticos y Alianzas electorales se diera un tratamiento homogéneo al tema tratando de evitar posteriores impugnaciones partidarias o judiciales.

Sin embargo, la entrada en vigencia del citado Decreto no impidió que los Partidos Políticos y las Alianzas electorales aplicaran diferentes criterios, así como que los Tribunales respectivos expidieran fallos discordantes entre sí. Vicisitudes, éstas, que fueron provocadas por la falta de claridad y de precisiones de la citada pieza decretal; y que, en la generalidad de los casos, se veían agravadas por la imposibilidad material de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a los efectos de que se zanjaran las cuestiones en forma definitiva y se sentara un criterio único, aunque sea por la vía jurisprudencial), dada la brevedad del término que suele correr entre la oportunidad para efectuar una impugnación de lista y la fecha del acto electoral respectivo.

Al respecto, cabe aclarar que, entre las cuestiones que generaban mayores divergencias, se encontraba la concerniente a la ubicación de los candidatos de sexo femenino dentro de las listas. Ya que, en muchos casos, los candidatos varones ocupaban la totalidad de los puestos con reales probabilidades de triunfo en la contienda electoral, relegando a las candidatas a posiciones que carecían de toda posibilidad en tal sentido. Con lo que la expectativa de acceso a los cargos públicos quedaba, de antemano, frustrada, tornándose así ilusoria la finalidad que había inspirado el dictado de la **Ley n° 24.012**⁶.

Así las cosas, en las elecciones del año 1993, fueron muy pocas las listas de candidatos a diputados nacionales que respetaron efectivamente el cupo femenino. Quienes se oponían sostuvieron que la norma imponía el 30% de los lugares en las listas y no en las bancas. Tan controversial postura se mantuvo aún hasta las elecciones que tuvieron lugar en el año 1995, llegando a manifestarse en las presentaciones judiciales que se efectuaron al respecto.

En el marco de la causa judicial caratulada como “**Consejo Nacional de la Mujer s/ Impugnan Listas**” (Expte. n° 2.555/95)⁷, la Presidente del Consejo Nacional de la Mujer demandó la impugnación de las listas de diputados nacionales de los distintos partidos, presentadas en el distrito de Tucumán con motivo de las elecciones del 14 de mayo de 1995, debido a que no cumplían con las prescripciones de la **Ley n° 24.012**.

En el trámite de dicha causa, el Magistrado que intervino en su Primera Instancia, rechazó la acción que le diera origen, aduciendo que la parte actora carecía de legitimación suficiente, ya que no había invocado ni acreditado afiliación a ninguno de los Partidos Políticos contra cuyas listas se dirigían las impugnaciones presentadas.

Sin embargo, apelado dicho decisorio, la Cámara Nacional Electoral sostuvo el criterio opuesto, reconociendo expresamente la legitimación que asistía a la parte accionante. Al respecto, el Tribunal de Alzada expresó, entre otras cosas, que si una lista de candidatos no se ajusta a lo ordenado por la Ley, es el votante quien sufre un perjuicio tan grave como “privarle de votar por una lista del partido de su preferencia conformada con arreglo a las disposiciones legales y obligarle, entonces, a votar por una lista que no se adecua a dichas disposiciones, o por otro partido, o en blanco”. Es por ello, en definitiva, que “no puede negarse al ciudadano elector legitimación para requerir que dicho derecho sea respetado” en forma plena.

Por su parte, el cimero Tribunal de nuestra República, en oportunidad de intervenir en el caso “**Darci Sampietro**”⁸, se expidió en idéntico sentido⁹; quedando claramente sentado el carácter de “orden público” que reviste la **Ley n° 24.012**.

Años más tarde, en previsión de las elecciones senatoriales que tendrían lugar en el 2001, un grupo de mujeres se presentó por ante la Justicia Electoral solicitando se garantizara plenamente el “cupos femenino”. El Fiscal federal –con competencia electoral– dictaminó en dicha ocasión lo siguiente:

- Un tercio de los senadores que ingresaran en la Cámara Alta debían ser mujeres.

- En virtud de lo establecido por el **artículo 37 de la Constitución Nacional** (al que se hace referencia aparte en el presente trabajo) y la **Ley n° 24.012**, la lista debía ser integrada, por lo menos, del siguiente modo: el primer candidato podía ser hombre o mujer, pero el segundo candidato debía ser necesariamente una mujer.

- Las respectivas listas de suplentes debían tener idéntica conformación.

Al respecto, resulta oportuno adelantar que, con la implementación del nuevo Decreto reglamentario de la **Ley n° 24.012**, al que se hará referencia más abajo, quedó definitivamente en claro que, al menos el 30 % de las

bancas del Senado nacional, deben estar ocupadas por mujeres.

Otro caso de gran relevancia fue el caratulado como “**Merciadri de Morini, María Teresa s/ Presentación**”. En el trámite de esta causa, el partido demandado negó que la actora gozara de suficiente legitimación procesal a los efectos de impulsar la acción, aduciendo, además, que la misma había confundido dos conceptos diferentes, a saber: la “posibilidad” y la “probabilidad” de que las mujeres resulten electas.

En el marco de dicha causa, el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, si bien desconoció la legitimación procesal de la actora, contribuyó a clarificar diversas cuestiones hermenéuticas que atentaban contra un cumplimiento pleno de las finalidades tenidas en miras por el legislador al sancionar la **Ley n° 24.012**. A saber:

- En cuanto a la base sobre la cual calcular el “cupos femenino”: “la proporción se calcula sobre el total de cargos a renovar por la provincia, y no por los de cada partido”.

- En cuanto a la posibilidad de que las mujeres de la lista resulten elegidas: “si bien el número de mujeres incluidas se ajusta al porcentaje exigido, no lo hace en lo relacionado a la ‘posibilidad’ de ser elegidas”, agregando que “la distribución correcta sería ‘hombre-mujer-hombre”.

De la misma manera, el voto en disidencia de uno de los Jueces integrantes de la Cámara Electoral, que reconoció la personería y la legitimación invocadas por la parte actora, también aportó precisiones de gran utilidad a los efectos de fijar el sentido en que debían ser interpretadas las disposiciones de la **Ley n° 24.012** y el deficiente **Decreto reglamentario n° 379/93**. Véase:

- Señalaba que el Partido Político que había recibido la impugnación sólo renovaba cinco diputados nacionales, apareciendo en la lista solamente una candidata entre los primeros cinco lugares.

- Indicaba que el **Decreto n° 379/93** establecía que “el 30 % es la cantidad mínima que debe integrarse en la lista”.

- Puntualizaba que, en los casos en los que se renovaban dos cargos, uno de los candidatos propuestos debía ser mujer; con lo que, en el caso llevado a su conocimiento, en el que se trataba de un Partido que renovaba cinco legisladores, “corresponde que entre los 5 primeros existan 2 mujeres”.

El caso comentado llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ y concluyó, en dicha sede, por medio de un “acuerdo de solución amistosa”¹¹, posibilitado por el desistimiento por parte de la actora, el que, a su vez, fue motivado por el dictado por parte del Poder Ejecutivo Nacional del **Decreto n° 1.246/00** (nuevo Decreto reglamentario de la **Ley n° 24.012**)¹². A este último respecto, cabe destacar que, entre los “Considerandos” del citado Decreto, se menciona expresamente el caso “**Merciadri de Morini**” y la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³.

En efecto, los problemas interpretativos y prácticos arriba aludidos, habían hecho indispensable el dictado de una norma reglamentaria que arrojara luz y pusiera orden en tan importante materia. En respuesta a tan miopiosa necesidad que se dictó el ya citado **Decreto n° 1246/00**.

En los “Considerandos” del mismo, se señala que la finalidad de la **Ley n° 24.012** consiste en integrar en forma efectiva a las mujeres en la actividad política, evitando la “postergación que conlleva el excluir candidatas femeninas en las listas de candidatos con expectativa de resultar electos”.

Asimismo, se observa que, a pesar de la intención expresada en la Ley respectiva, la peligrosa disparidad de criterios registrada tanto en los Partidos Políticos como en los Tribunales, hacían indispensable dictar una norma que tenga en cuenta las más claras y garantizadoras interpretaciones judiciales”.

También se alude a las dificultades –muchas veces insalvables– con las que se ha topado la mayoría de las causas judiciales relativas a la especie, para acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, debido, más que nada debido al escaso tiempo existente entre la ocasión para impugnar y el día de los comicios (problemática, ésta, a la que ya se ha hecho alguna referencia más arriba).

Hacia el final de los “Considerandos” en cuestión, se expresa la necesidad de derogar el Decreto reglamentario anterior y del “dictado de una norma que garantice el cumplimiento de las disposiciones de la ley N° 24.012, la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, que poseen jerarquía constitucional”.

En tal sentido, el texto del **Decreto n° 1246/00** contiene, entre otras, las siguientes disposiciones:

- **Artículo 1:** Delimita el ámbito de aplicación del artículo 60 del Código Electoral Nacional (sustituido por la Ley n° 24.012): diputados, senadores y constituyentes nacionales.

10 Caso n° 11.307.

11 Ver Informe n° 103/01, de fecha 11/10/01.

12 Dictado en fecha 28 de Diciembre de 2.000. Deroga el Decreto n° 379/03.

13 Prácticamente al mismo tiempo, en Noviembre de 2.000, la Legislatura de la Provincia de Córdoba sancionaba una Ley por la cual el “cupos femenino”, para los cargos públicos electivos (senadores, diputados y convencionales constituyentes provinciales) y de “asociaciones intermedias” (como los colegios profesionales), quedó elevado al 50 %.

5 Dictado el 3 de Marzo de 1993.

6 No obstante ser clara su letra en cuanto a que las mujeres deben ocupar como mínimo el treinta por ciento (30%) de la lista en lugares con posibilidad de resultar electas.

7 Cámara Nacional Electoral de Tucumán; Fallo n° 1.919/95.

8 Darci B. Sampietro era una candidata que ocupaba el cuarto lugar en la lista para diputados nacionales por su provincia (Entre Ríos), la cual debía ser reubicada en el tercer puesto.

9 “Darci Beatriz Sampietro s/ Impugnación lista de candidatas a diputados nacionales del Partido Justicialista - Distrito Entre Ríos”, 45.419, CS, 23/03/93, ED, 155-92.

- **Artículo 2:** Define claramente que el cupo dispuesto en la Ley respectiva, constituye una “cantidad mínima”.

- **Artículo 3:** Prescribe que el porcentaje del 30 % se deberá “aplicar a la totalidad de los candidatos de la lista respectiva que cada Partido Político, Confederación o Alianza Transitoria nomine”. Pero que “sólo se considerará cumplido cuando se aplique también al número de cargos que el Partido Político, Confederación o Alianza Transitoria renueve en dicha elección” (vale decir que establece un doble criterio a los efectos de la aplicación del porcentaje correspondiente al cupo”).

- **Artículo 5:** Establece que “cuando se renueve uno (1), dos (2) o más cargos, el cómputo siempre se hará a partir del primer lugar, y la lista deberá tener por lo menos una(1) mujer cada dos (2) varones para que se cumpla el porcentaje mínimo que exige la ley N° 24.012”.

- **Artículo 7:** Prescribe el deber de los Partidos Políticos de adecuar sus normas internas a fin de posibilitar la plena efectividad y vigencia de lo ordenado por la Ley de “cupos femeninos”.

- **Artículo 9:** Se aclara, asimismo, que, en caso de “fallecimiento”, “renuncia” o “cese en el cargo” (por cualquier circunstancia) de una candidata, que se produjere con anterioridad a los comicios, el reemplazo correspondiente deberá ser efectuado con otra mujer.

- **Artículo 11:** Habilita expresamente a cualquier persona inscripta en el Padrón Electoral para acudir por ante la Justicia Electoral con el objeto de impugnar cualquier lista de candidatos por infracción a la Ley de “cupos femeninos”.

De esta manera, quedaron definitivamente zanjadas, por vía normativo-reglamentaria, casi todas las grandes cuestiones de interpretación y aplicación que se venían planteando desde la aprobación de la Ley n° 24.012.

II - Los fundamentos constitucionales

Tal como es sabido, en el año 1994, la reforma de la Constitución Nacional avaló el “cupos femeninos” consagrando en el **artículo 37 (segunda parte)**¹⁴ la igualdad real de oportunidades para hombres y mujeres.

Esta disposición constituye un derivado específico, atinente a una materia eminentemente política, del principio de igualdad consagrado en el **artículo 16**. Con ella se pretende eliminar toda forma de discriminación injusta, basada en el sexo de las personas, que obstaculice el acceso de los ciudadanos a las funciones públicas del país.

La cláusula en cuestión es clara en cuanto a que debe existir una igualdad “real” de oportunidades a tal efecto. Vale decir, efectiva, verificable en el plano de los hechos. Ello significa que el constituyente no se ha contentado con proclamar una igualdad meramente formal, destinada en la práctica a sucumbir frente al imperio propio de los acontecimientos tal como venían produciéndose. En este sentido, se observa una clara voluntad del constituyente por modificar, a través de la enmienda jurídico-constitucional, el orden de cosas fáctico.

La metodología constitucionalmente prescripta a tal efecto, está dada por “acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. De manera que no sólo han obtenido explícito fundamento constitucional las finalidades perseguidas por la Ley n° 24.012, sino también los mecanismos concretos que la misma había establecido para la materialización de las mismas.

Este “aval” constitucional también provino de la inclusión de la “**Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**”¹⁵ entre los Tratados internacionales elevados a tal jerarquía por la nueva redacción del **artículo 75, inciso 22**, de la Carta Magna.

Cabe acotar que, en general, las “acciones afirmativas” han sido objeto de encendidos debates, en los cuales se ha cuestionado severamente tanto su legitimidad como su utilidad práctica¹⁶. Sin embargo, en el presente caso, es razonable concluir que la adopción de las mismas ha resultado positiva en términos generales¹⁷.

¹⁴ Esta cláusula constitucional, al momento de referirse a la “igualdad de sexo para acceder a cargos públicos”, establece lo siguiente: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

La misma se ve complementada con la “**Disposición Transitoria Segunda**”, la cual ordena lo siguiente: “Las acciones positivas a que alude el art. 37 en su segundo párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”.

¹⁵ Esta Convención habilita en forma expresa la adopción de “acciones positivas” tendientes a la eliminación efectiva de los fenómenos de discriminación concretos que se registren en la vida social de cada uno de los países miembros.

En tal sentido, el **artículo 4, inciso 1**, de la misma, dispone lo siguiente: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.”

¹⁶ Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, respecto de las “medidas” de este tipo, aplicadas en diversos ámbitos de la vida nacional (como, verbigracia, el universitario), debido a las conflictivas cuestiones raciales que perturban frecuentemente el cuerpo social de dicho país.

¹⁷ Sin ánimo de agotar el tema, podemos decir que el carácter positivo de los resultados obtenidos se debe a los siguientes factores (que son de muy diversa índole):

- A lo largo de la historia política de nuestro país, las mujeres nunca estuvieron del todo ausentes. Y, a lo largo del siglo XX, el escenario político argentino permitió la aparición de figuras femeninas que, si

III - A modo de colofón

A grandes rasgos, el establecimiento del “cupos femeninos” en la vida política de nuestro país ha producido los siguientes efectos:

- Se ha ampliado el acceso de las mujeres a los cuerpos legislativos.

- Las mujeres han accedido, además, a posiciones de liderazgo a través de su participación dentro las comisiones legislativas.

- Se ha incrementado el número de los temas vinculados a la problemática de las mujeres, dentro de la “agenda” legislativa.

- Ha quedado consolidada, en los hechos, la libertad de las mujeres para representar a la ciudadanía en general (sin que se haya caído en el grueso error de ensayar un nuevo tipo de representación diferenciada por sexo¹⁸).

- Indirectamente, han adquirido mayor fuerza y dinámica las entidades intermedias destinadas a problemas propios de la mujer en la sociedad contemporánea (los cuales van desde cuestiones familiares hasta su inserción en el mercado laboral de nuestros días).

Por último, resulta oportuno indicar que, en los últimos años, el Congreso argentino ha llegado a ostentar uno de los mayores niveles de integración femenina en América Latina.

JURISPRUDENCIA

Daños y Perjuicios:

Responsabilidad indirecta del Estado: Ausencia de responsabilidad del dependiente; procedencia; Sentencia: Congruencia procesal.

1.- *Aun cuando no haya recaído responsabilidad alguna en los subordinados codemandados, la condena al Estado Provincial puede estar fundamentada en circunstancias que obedecen al cumplimiento de la carga que tiene impuesta en el desempeño de sus obligaciones, en el caso, la de la salud pública.*

2.- *Ante el supuesto de imposibilidad de individualización del dependiente en casos de daños, siendo todos los que participan en el hecho dañoso dependientes, la responsabilidad debe ser asumida por el principal porque hay una autoría anónima individual y una autoría grupal conocida. De tal modo, dice, el principal ya no sólo responde por el hecho ajeno individual, sino grupal, de un número de dependientes de los cuales es garante.*

3.- *La noción de la falta de servicio para imputar responsabilidad al Estado con fundamento en que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin*

bien en diversa medida, por distintas razones y de diferentes maneras, adquirieron -todas ellas- gran relevancia (tal vez, el mejor ejemplo de ello esté dado por la Sra. Eva Duarte de Perón, a quien muchos consideran la personalidad más carismática de la historia política argentina; pero también constituyen ejemplos bastante elocuentes de lo mismo, las figuras de Alicia Moreau de Justo, recordada dirigente socialista, e María Estela “Isabel” Martínez de Perón, primera mujer en ocupar la Presidencia del país -resultando conveniente resaltar, a este último respecto, que, aún hoy en día, en la gran mayoría de los países del orbe, incluyendo a los de tradición liberal, jamás han tenido a una persona de sexo femenino a cargo de la Primera Magistratura-.

- En Argentina, la tendencia a asegurar una mayor participación política por parte de las mujeres se desarrolló, en términos generales, en forma pacífica y hasta amistosa. Siendo menester destacar que jamás tal cuestión dio lugar, ni por aproximación, a los niveles de conflictividad social que se registran, aún hoy en día, por ejemplo, en el caso de los problemas raciales estadounidenses (a los que también se ha pretendido -en vano, según muchos, y para peor, según algunos- “curar” con este tipo de “acciones”).

- En el ámbito político argentino, no se registra rivalidad entre varones y mujeres, en tanto tales. Antes bien, predomina un espíritu de participación y colaboración que permite hacer abstracción del sexo de los involucrados.

- Las posibilidades abiertas en favor de las mujeres por el artículo 37 de la Constitución Nacional y la Ley n° 24.012, no eximen a las mismas (ni siquiera en forma parcial) del requisito de idoneidad establecido por el artículo 16 de la Ley fundamental (error, éste, que sí se cometió, con algunas “medidas de discriminación inversa” en otros países).

- Las mujeres argentinas han sabido aprovechar las posibilidades que el “cupos” les ha asegurado, sumándose a la actividad política sin prejuicios ni “revanchismos” (observación, ésta, que se hace, al igual que las demás, en términos generales).

¹⁸ Error, éste, que consiste en pensar que las representantes mujeres representan sólo a la porción femenina de la ciudadanía, sucediendo lo propio con los representantes masculinos. Tal equívoco, de haberse producido, hubiese importado una grosera tergiversación de las finalidades previstas por La Constitución (artículo 37) y la legislación aplicable en la materia (Ley n° 24.012 y Decreto n° 1.246/00); sino que también habría enervado seriamente el régimen de representación política argentino en su conjunto.

para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.

4.- Es inocultable la importancia que reviste la congruencia procesal en su incidencia sobre el marco de referencia de la labor decisoria de los Magistrados, en cuanto éstos, por razón de esa regla técnica de la actividad de sentenciar, no pueden incurrir por exceso, defecto o incongruencia mixta, en un déficit cualificado de correspondencia con las pretensiones u oposiciones a ellas. CS

19 – CS Santa Fe, noviembre 17-2005.– Chaqui, Gabriel Eduardo – homicidio culposo– s/recurso de inconstitucionalidad

En la ciudad de Rosario, a los diecisiete días del mes de noviembre del año dos mil cinco, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Roberto Héctor Falistocco, María Angélica Gastaldi y Eduardo Guillermo Spuler con la presidencia del señor Ministro decano doctor Rodolfo Luis Vigo, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados “Chaqui, Gabriel Eduardo –homicidio culposo– sobre recurso de inconstitucionalidad” (Expte. C.S.J. n° 336, año 2002). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: 1ª ¿Es admisible el recurso interpuesto? 2ª En su caso, ¿es procedente? 3ª En consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea doctores: Gastaldi, Falistocco, Spuler y Vigo.

A la primera cuestión, la doctora *Gastaldi* dijo:

1. SUCINTAMENTE, EL CASO

1.1. El Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional Número 9 de Rosario absolvió de culpa y cargo a Gabriel Eduardo Chaqui por considerar que no existían pruebas concluyentes para demostrar su responsabilidad en la muerte de la hija recién nacida de Mónica Susana Tucio; asimismo, rechazó la demanda civil incoada contra el facultativo mencionado e hizo lugar a la pretensión resarcitoria contra la Provincia de Santa Fe como tercera civilmente demandada, condenándola a abonar a los actores la suma de \$ 70.000, con más accesorios legales.

1.2. Recurrido que fuera dicho pronunciamiento por todas las partes intervinientes en el proceso, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario lo confirmó.

1.3. Contra esta resolución interpone la Provincia de Santa Fe su recurso de inconstitucionalidad, tachándola de arbitraria por no reunir las condiciones mínimas para satisfacer el derecho a la jurisdicción.

Señala que toda atribución de responsabilidad, sea de carácter objetiva o subjetiva, debe tener como necesario basamento la relación de causalidad entre el hecho y el sujeto.

Expone, luego de citar doctrina en apoyo de su posición, que en autos no se acreditó que la labor desplegada por los profesionales que prestaban sus servicios en el hospital haya servido como causa del resultado acaecido –la muerte de la beba–, puesto que como la misma Sala lo reconoce, ello se debió a la patología que portaba la menor.

Agrega que tampoco pudo resultar decisivo en el desenlace ocurrido la carencia de un radiógrafo portátil, pues aún de existir éste, las posibilidades de sobrevida de la niña estaban reducidas en un 50% y no precisamente por factores atribuibles al Estado Provincial.

Apunta que en la sentencia impugnada no se efectúa consideración alguna sobre el nexo causal existente entre el deceso de la menor y los hechos a los que se le atribuye la potestad de producir ese evento dañoso.

Sostiene que la conclusión a que llegó el Sentenciante, de considerar acreditado dicho extremo, no tiene fundamento en la prueba rendida en autos y solo se asienta en la voluntad de aquél, lo que torna arbitraria a la sentencia impugnada por carecer de la debida motivación (art. 95, Const. Pcial.).

Considera que el Tribunal no brindó razones para atribuirle responsabilidad en tres aspectos cruciales, cuales eran: a) para precisar con certeza cuál de los motivos fue determinante para la muerte; b) si aún presente la conducta o los medios omitidos, el evento dañoso igualmente hubiere acaecido; y c) si concurrieron o no otras causas determinantes del hecho o que contribuyeron a su producción y en qué medida.

Arguye que con lo hasta aquí expuesto quedaría demostrada la ausencia de relación de causalidad, lo que trae aparejado –dice– una incorrecta atribución de responsabilidad tanto objetiva como subjetiva al Estado Provincial.

Seguidamente se avoca a la enunciación de los agravios que le irroga la indemnización que se ordena pagar en favor del actor civil, puesto que, dice, no se sustenta en argumentos serios que la convaliden, lo que afecta los artículos 17 de la Constitución nacional y 15 de la Carta Magna provincial.

Expone que la Alzada al confirmar el criterio sustentado por el Juez de grado, omite toda argumentación en la que apoya su decisión, por lo que cabe concluir que la misma se basa en la mera voluntad del sentenciante, lo que resulta descalificable desde la óptica constitucional.

En otro orden alude que la decisión del Tribunal a quo conculca el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio.

Manifiesta que el único imputado había sido Chaqui, de modo tal que la aplicación del artículo 1113 del Código Civil, determinante de la responsabilidad refleja en función de los hechos de los dependientes, quedó circunscripta a los resultados de la actuación del citado profesional.

Sostiene que si bien el actor civil hace una alusión a la deficiente atención hospitalaria, lo cierto es que circunscribió la demanda a quien resultó imputado –Chaqui–, precisando, así, el sujeto pasivo de la pretensión; es más –agrega–, el Fiscal de la causa estuvo en condiciones de ampliar la acusación a otros posibles responsables, pero no lo hizo pues no cuestionó la actuación de ninguna de las enfermeras, ni tampoco de los integrantes del servicio de pediatría; consecuentemente, concluye, el ámbito de debate estuvo delimitado en la actuación de Chaqui y su atención médica a Florencia Robles.

Apunta que, no obstante lo señalado, el Sentenciante le adjudicó responsabilidad civil a la Provincia por los daños sufridos por los padres de la menor fallecida, fundándose normativamente en la teoría del riesgo creado, lo que resulta arbitrario por caer en incongruencia.

Expresa que lo que se estaba juzgando era la conducta ilícita de Chaqui, no el incumplimiento contractual de un médico y de esas imputaciones se defendió el estado provincial, sosteniéndose –en definitiva– que el profesional no era responsable y por reflejo tampoco lo era la Provincia, toda vez que, en los casos de responsabilidad por hechos ilícitos, sólo una vez establecida la responsabilidad subjetiva del dependiente, será posible extender la del principal por responsabilidad indirecta o refleja.

2. El remedio extraordinario local fue concedido por la alzada por entender –básicamente– que la recurrente enunciaba una hipótesis de arbitrariedad sustentada en la violación a garantías de raigambre constitucional (f. 31).

3. El examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055 da cuenta que las postulaciones esbozadas por la recurrente carecen de matiz constitucional, no obstante lo dictaminado por el señor Procurador General a fojas 36/38.

Comenzando con el análisis de los agravios vertidos por la impugnante, se colige que éstos tienen como base argumentativa dos cuestiones centrales: por un lado, la arbitrariedad en que incurre la Cámara al no fundamentar la acreditación del nexo causal entre el hecho y el resultado acaecido; y, en segundo lugar, la violación al principio de congruencia al haberse apartado de la atribución de responsabilidad invocada por el accionante como sustento normativo de su pretensión.

En lo que concierne al primero de los tópicos enunciados –ausencia de motivación en torno a la acreditación del nexo causal–, debe señalarse que la mera lectura de las constancias obrantes en autos dan cuenta que los Jueces al resolver la causa se avocaron decididamente al análisis de la cuestión planteada y luego de valorar los elementos de confirmación arriados al proceso, concluyeron que, independientemente de la absolución dictada en sede penal contra el imputado Chaqui, ello no obstaba a la atribución de responsabilidad en cabeza de la co-demandada en razón de haberse acreditado los parámetros exigidos para la procedencia de la acción resarcitoria.

En efecto:

En el decisorio emanado en primer grado de conocimiento, el juzgador entendió que la parturienta se había sometido confiadamente tanto a la sapiencia del grupo médico interviniente como al lugar de internación, creyendo que en éste se le debía brindar la atención y disposición de todo el material sanitario y de aparatología que estuviere a su alcance, aspectos que no habían acontecido en la especie de acuerdo a las constancias de la historia clínica de la paciente, corroborada no sólo con el informe de los neonatólogos del Hospital Escuela de Granadero Baigorria, sino también con los dichos de la doctora Casas, en tanto hacían hincapié en la falta de controles que debían efectuarse a la niña por enfermería.

Asimismo, el Judicante sostuvo que la situación descripta, juntamente con otros elementos de confirmación, terminaban por ilustrar un panorama verdaderamente desquiciado en cuanto a la organización, control y dirección del servicio, evidenciado en la declaración renuente de Beristain (Jefe de Pediatría del Servicio) y en la imposibilidad de utilizar un elemento imprescindible y elemental, como lo era, en las circunstancias del caso, un radiógrafo que hubiera permitido, al menos garantizar o aproximarse a un diagnóstico más claro al que podrían haber accedido los especialistas en neonatología a los efectos de otorgar mayor certeza en cuanto al tratamiento a seguir.

En ese orden de ideas, el Juez de grado estimó que resultaba verdaderamente palpable la responsabilidad objetiva del empleador que motivaba su obligación de reparar la inacción de sus dependientes, sumada a la deficiencia del servicio plasmada en la imposibilidad de utilización de un aparato tan simple e imprescindible como un radiógrafo que, por otra parte, la Institución debía poseer.

Por todo ello, entendió que emergía la sanción pecuniaria contra el

Estado al no brindar un servicio integral y acorde con las exigencias de este tipo de urgencias y que además ofrecía un franco desorden, según lo dicho por la neonatóloga declarante, en donde se llegaron a encontrar insectos en las incubadoras, lo que describía a las claras la situación: el estado de abandono y de desatención de la salud pública (*vid.* fs. 366/367).

Esa línea de pensamiento seguida por el Inferior fue corroborada por el Tribunal de alzada.

Así, viene al caso memorarlo, la Sala consideró probada la relación causal exigida para la atribución de responsabilidad en cabeza del Estado provincial, aludiendo puntualmente que en autos se había demostrado la ausencia de un control diligente y de una oportuna atención cuando se había detectado cianosis en la recién nacida, lo que exigía la urgente intervención de un profesional especializado para superar el trance.

Agregó el sentenciante que la atribución de responsabilidad se potenciaba con lo manifestado por la doctora Casas, al aludir no sólo al impedimento existente para sacar la radiografía de tórax de la criatura conectada al respirador, sino también a que de contarse con ese medio se hubiese incrementado la posibilidad de evitar el resultado letal.

Puso de relieve el *a quo* que la ausencia imprudente e intempestiva de tratamiento bastaba para tener por acreditado el nexo causal con el daño en estos casos, añadiendo que la falta de condena del imputado principal en la causa, por las singulares razones analizadas, en manera alguna descartaban la verificación de un hecho antijurídico por parte de los dependientes del principal, que causarían un daño constatado a terceros.

Concluyó en que, si bien el Estado provincial apelante insistía en la falta de probanza del nexo causal, en realidad la controversia entre las pericias médicas giraban en torno a la prueba de la muerte señalada por el dictamen forense desde un punto de vista penal, pero ello no constituía óbice para la determinación de la causalidad proyectada al tratamiento integral de la paciente desde una óptica civil reparatoria (fs. 437 vto./440).

Lo expuesto es suficiente para descartar el achacado incumplimiento de los Juzgadores al deber constitucional de la motivación exigida por el artículo 95 de la Carta Magna provincial. Pues, el proceso intelectual de aquéllos trasluce un criterio lógico racional que ha unido de modo congruente y sistemático los hechos con los preceptos jurídicos aplicables al caso.

En definitiva, la sentencia atacada aparece suficientemente motivada, sorteando el “test constitucional” propuesto por la apelante, quedando, en consecuencia, reducidos sus agravios a la mera discrepancia con lo resuelto por el Tribunal, en un intento de reabrir el debate sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho común, temas ajenos a esta sede extraordinaria, salvo arbitrariedad, aspecto que dista de acontecer en la especie.

El segundo reparo tampoco puede tener cabida en esta instancia de excepción a poco que se tenga que en cuenta que la impugnante no demuestra que el *a quo* haya conculcado la regla de la congruencia procesal por no existir en el fallo impugnado una identidad entre las cuestiones propuestas en juicio, los hechos alegados y la subsunción legal efectuada.

En autos, no se ha desvirtuado la base fáctica en que se sustentó la demanda, ni se ha prescindido de las normas aplicables al caso.

En tal sentido, se impone recordar que el Vocal del primer voto, luego de señalar los puntos sobre los que discurrió la cuestión penal, puso de resalto que –en la faz civil– la actora había sustentado como apoyo de la citación a juicio de la Provincia, la circunstancia de que el hecho ocurriera en un Hospital que estaba bajo su órbita y que se caracterizara por estar originado en la conducta negligente de agentes provinciales y en deficiencias humanas y materiales del servicio médico prestado por el Estado provincial.

Precisó, así, el *a quo* que en oportunidad de deducir la demanda, el actor se dirigió contra el tercero civilmente responsable por los daños causados por sus dependientes y por las cosas de que se sirviera cuando brindara la cobertura sanitaria.

Puso de resalto además que sobre esa base fáctica y de derecho se desplegaron los argumentos en el decurso del proceso, la prueba producida y el mérito que de ellas se hicieran, guardando, así, la pertinencia y adecuación de los planteos y defensas con la *causa pretendi* invocada.

Sobre esta particular situación, se aprecia que el Tribunal valoró las declaraciones de la hermana de la denunciante, como así también de la neonatóloga Casas, las cuales –a su entender– reflejaban el cuadro que en aquel momento imperaba dentro del centro asistencial, considerando que estas anomalías, en definitiva, constituían un signo elocuente de la desprolijidad y desorganización del servicio prestatario de salud.

De esa manera, la Cámara concluyó que las referidas circunstancias configuraban una demostración cabal de la deficiencia en la prestación del servicio, más allá de la puntual sindicación de la persona individual que podía ser responsabilizada directamente por el acto médico complejo donde intervinieran plurales dependientes de la tercera civilmente demandada, por lo que en modo alguno podía considerarse operada la incongruencia procesal, pues “introducida la pretensión cuestionada oportunamente por la parte, debatida o controvertida la misma con las garantías inherentes al

debido proceso, la demanda debía ser acogida más allá del *nomen iuris* preciso asignado a la justa obligación debida (arts. 1109, 1112, 1113, C.C.) ante la indiscutible responsabilidad por falta de servicio, deficiencia de la infraestructura hospitalaria, culpa de los dependientes del nosocomio, etc.” (f. 440).

Esta breve síntesis de los ejes sobre los que giró el pensamiento sentencial permite concluir que no aparece irrazonable desde el punto de vista constitucional la tesis de la alzada respecto de considerar viable la atribución de responsabilidad indirecta del principal, aun cuando –en el caso– no había acto ilícito del dependiente, demandado conjuntamente con aquél.

En ese orden de ideas, es dable señalar que el criterio expuesto por el juzgador se compadece con lo sostenido por este cuerpo en AyS, 200-394.

En ese antecedente, este Tribunal precisó que, aun cuando no haya recaído responsabilidad alguna en los subordinados codemandados, la condena al Estado provincial –como ya se ha visto– puede estar fundamentada en circunstancias que obedecen al cumplimiento de la carga que tiene impuesta en el desempeño de sus obligaciones, en el caso, la de la salud pública.

Parecería ser que –tal como aconteció en ese precedente– la postulación recursiva propone que recién puede surgir su responsabilidad cuando previamente exista una inexorable condena del dependiente.

Pero es que, en rigor de verdad, el damnificado según lo dispone el artículo 1122 del Código Civil, ni siquiera está obligado a demandar al principal.

Trátase, en el caso, de una obligación concurrente o distinta donde la víctima puede demandar al sujeto responsable indirecto, sin necesidad de traer a juicio al autor directo.

Para Lorenzetti, por ejemplo, en el supuesto de imposibilidad de individualización del dependiente en casos de daños, siendo todos los que participan en el hecho dañoso dependientes, la responsabilidad debe ser asumida por el principal porque hay una autoría anónima individual y una autoría grupal conocida. De tal modo, dice, el principal ya no sólo responde por el hecho ajeno individual, sino grupal, de un número de dependientes de los cuales es garante (autor citado, “La empresa médica”, Santa Fe, 1998, pág. 349).

Aída Kemelmajer de Carlucci instala su pensamiento en esa misma dirección, en tanto afirma que hay casos en que la individualización del dependiente no es posible: se conoce la causa del daño pero no al autor. En estos casos, la citada autora afirma que si todos los que participan del hecho dañoso son dependientes, la responsabilidad debe ser asumida por el principal (autora citada, “Daños causados por los dependientes”, Bs. As., 1992, pág. 30; en idéntico sentido Racciatti, Hernán, “Responsabilidad colectiva y hecho del dependiente”, LL, 1987-D-453).

Por otra parte, repárese que la Corte nacional ha recurrido a la noción de la falta de servicio para imputar responsabilidad al Estado con fundamento en que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos, 169:120; 182:5; 306:2032).

Este encuadramiento normativo efectuado por la Cámara conforme a los hechos comprobados del proceso no mereció crítica alguna por parte de la recurrente. Por ende, la imputación jurídica sostenida por el Tribunal queda encorsetada dentro de los márgenes de maniobra del órgano en la aplicación del ordenamiento del derecho vigente.

Ello no implica un cambio en la pretensión ni introducirse sobre cuestiones que no han sido articuladas ni debatidas en autos, habida cuenta que la quejosa no demuestra que la subsunción legal responda a un régimen jurídico distinto al que surge de las afirmaciones contenidas en la demanda.

Es inocultable la importancia que reviste la congruencia procesal en su incidencia sobre el marco de referencia de la labor decisoria de los magistrados, en cuanto éstos, por razón de esa regla técnica de la actividad de sentenciar no pueden incurrir por exceso, defecto o incongruencia mixta, en un déficit cualificado de correspondencia con las pretensiones u oposiciones a ellas.

La sentencia debe dar respuesta a las cuestiones propuestas por las partes que tengan carácter trascendente y sean conducentes para la justa composición del objeto litigioso.

Tampoco les está permitido a los jueces alterar los términos esenciales en que el debate quedó planteado. Desde tal horizonte el tema asciende por sus implicancias al derecho constitucional procesal y afianza la concreta operatividad de las garantías del debido proceso.

En esta causa –como ya se adelantó– no se configura un supuesto de extralimitación en la potestad decisoria. Los jueces han fallado conforme a los hechos deducidos en la demanda y contestación, dirimiendo el conflicto de acuerdo al derecho aplicable al caso por más que la impugnante se empeñe en sostener que la litis ha sido resuelta bajo el amparo de un sistema de responsabilidad no afirmado por la actora en su demanda.

Por último, en cuanto a la endilgada ausencia de motivación en torno a la justificación pecuniaria de la reparación, corresponde sostener que el planteo de la impugnante carece del recaudo de la fundamentación suficiente atento a que no se brindan las razones o las explicaciones que permitan comprender a este Tribunal en donde radicaría la violación a las cláusulas constitucionales de la debida motivación, de propiedad y de defensa en juicio.

Mucho menos aún cuando de la sentencia en primer grado de conocimiento, como de la atacada se desprende con claridad cuales fueron los parámetros adoptados por los Jueces de la causa para determinar los rubros como la cuantía de los daños estimados (*vid.* fs. 368/440).

Y bien, la sentencia recurrida cuenta –más allá del grado de acierto o error– con el sustento fáctico, jurídico y de razonabilidad suficiente. Debe tenerse en cuenta la naturaleza del recurso, que no se ha establecido para corregir errores hermenéuticos que no alcanzan a vulnerar exigencias constitucionales y que ingresan dentro de lo opinable y tolerado por los márgenes legales para decidir.

En mayor o menor medida, la tarea del intérprete y del juzgador encuentra un marco de alternativas igualmente legítimas, pero no es la vía extraordinaria en estudio, la idónea para suplantar una de aquéllas por otra admitida por el ordenamiento jurídico. El control que cabe efectuar eventualmente, es si efectivamente no se ha incurrido en arbitrariedad, al dejar a la decisión fuera de los márgenes de legalidad y razonabilidad tolerados.

En suma, era posible construir otro silogismo al decidir la causa, escogiendo ciertos elementos probatorios y desechando otros, subsumiendo los hechos dentro de otras pautas normativas; mas el Tribunal de la causa ha propuesto un razonamiento que, independientemente de que sea o no compartido por la recurrente, no resulta vulnerable por falta de apoyatura en derecho y las circunstancias del caso.

Por las razones expuestas, voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Falistocco y Spuler y el señor Ministro decano doctor Vigo expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por la señora Ministra doctora Gastaldi y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, la doctora *Gastaldi* dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores no corresponde pronunciarse sobre ésta. Así voto.

A la misma cuestión, los doctores *Falistocco* y *Spuler* y el Ministro decano doctor *Vigo* expresaron idéntico fundamento al vertido por la doctora *Gastaldi* y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión, la doctora *Gastaldi* dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores corresponde declarar inadmisibile el recurso interpuesto. Con costas a la vencida (art. 12, ley 7055). Así voto.

A la misma cuestión, los doctores *Falistocco* y *Spuler* y el Ministro decano doctor *Vigo* dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por la señora Ministra doctora *Gastaldi* y votaron en igual sentido.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia resolvió: declarar inadmisibile el recurso interpuesto. Con costas a la vencida (art. 12, ley 7055). Registrarlo y hacerlo saber.– *Rodolfo L. Vigo.– Roberto H. Falistocco.– María A. Gastaldi.– Eduardo G. Spuler* (Sec.: Fernández Riestra).

Empleados Públicos:

Naturaleza jurídica de la relación laboral; inembargabilidad de sus sueldos.

1.- *El decreto 6754/43 es constitucional y consagra un verdadero “privilegio discriminatorio” a favor de los empleados públicos, ubicándolos en un plano distinto de los dependientes que se desempeñan en la actividad privada.*

2.- *Dado que la categoría de “empleados públicos” exhibe notas diferentes de la de “empleados privados”, y la norma constitucional exige la protección del “trabajo en todas sus formas”, es innegable la facultad del legislador para reglamentar esos derechos introduciendo un régimen especial a algún sector laboral –empleados estatales–, y en estos casos, es deber de los magistrados no cuestionar el mérito o conveniencia de tales normas, toda vez que ello constituye una cuestión de política legislativa que encuentra su fundamento en una necesidad temporal y espacial determinada.*

3.- *Resulta cuestionable el decreto ley 6754/43, no sólo por afectar la*

igualdad ante la ley, estableciendo un irrazonable privilegio a favor de los empleados públicos sino porque, además viola la garantía del debido proceso constitucionalmente consagrada, en la medida que limita la posibilidad de trabar embargos con anterioridad a la sentencia firme, lo que equivale a erradicar lisa y llanamente la figura del “embargo preventivo” (del voto disidente del doctor NETRI).

4.- *A la fecha de la sanción del decreto ley 6754/43 existían razones para su dictado que en la actualidad no se dan, motivo por el cual lo que ayer constituía una razonable salvaguarda para un sector de la sociedad, hoy se ha transformado en un privilegio odioso (del voto disidente del doctor NETRI).*

20 – CS Santa Fe, marzo 30-2005.– Coinauto S. A. c. Martins, Oscar A. s/ ejecución prendaria s/recurso de inconstitucionalidad”.

En la ciudad de Santa Fe, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil cinco, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Roberto Héctor Falistocco, María Angélica Gastaldi, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia del titular doctor Rafael Francisco Gutiérrez, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados “Coinauto S.A. contra Martins, Oscar A. –ejecución prendaria– sobre recurso de inconstitucionalidad” (Expte. C.S.J. Nro. 503, Año 2002). Se resolvió someter a decisión las cuestiones siguientes: 1ª ¿Es admisible el recurso interpuesto? 2ª En su caso, ¿es procedente? y 3ª En consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea doctores Gutiérrez, Spuler, Gastaldi, Falistocco y Netri.

A la primera cuestión –¿es admisible el recurso interpuesto?– el doctor *Gutiérrez* dijo:

1. En la presente causa el señor juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de la ciudad de Santa Fe ordenó trabar embargo “sobre los haberes y/o remuneraciones” que perciba el señor Oscar Angel Martins como empleado de la Escuela de Educación Técnica N° 456 “Hipólito Irigoyen” de la ciudad de Gálvez, por los montos ordenados a fs. 22 y 57 v. (decreto de fs. 77 v.), librándose a fs. 78/v. oficio dirigido al Ministerio de Educación de la Provincia a tales fines, “sobre la totalidad de los haberes y/o remuneraciones” percibidos por el accionado hasta cubrir la cantidad de 8.766,50 dólares.

Contra el referido decreto dedujo Martins recurso de revocatoria a fs. 80/83 v., fundándose en la inembargabilidad dispuesta por el decreto 6754/43, ratificado por la ley 13.894.

Por auto de fs. 101/103 v. el Juez declaró inconstitucional el decreto 6754/43 y, en consecuencia, desestimó el recurso interpuesto, con costas, decisión que fue confirmada por la sala tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial por sentencia de fs. 125/126 v.

2. Contra tal pronunciamiento interpuso el accionado recurso extraordinario local agravándose de la ausencia de fundamentación del mismo a la hora de convalidar la declaración de inconstitucionalidad oportunamente efectuada por el Juez inferior.

En sustento de su impugnación expresó que la normativa en cuestión no establece diferencias violatorias del principio de igualdad, sino que se limita a establecer –sin discriminación ni irrazonabilidad– exclusiones en la responsabilidad patrimonial de los empleados públicos (quienes no están alcanzados ni por la L.C.T. ni por el decreto 484/87) que responden a un claro objetivo social y de interés general y que no resultan lesivas de los derechos del acreedor, en la medida en que tales limitaciones le son conocidas y, además, no son absolutas (ya que no imponen restricciones sobre los demás bienes del empleado público), por lo que en definitiva resulta una decisión exclusiva de aquél la de contratar o no (fs. 131/146).

Evacuado el traslado respectivo (fs. 149/157 v.), la sala concedió el recurso por auto de fs. 159/160, criterio que cabe ratificar en el examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7.055, toda vez que en el *sub judice* se halla efectivamente cuestionada la validez de un decreto proveniente del Poder Ejecutivo Nacional (ratificado por ley del Congreso– y la decisión del Inferior ha sido contraria al derecho que la recurrente fundó en el mismo, extremo que tornaría admisible el recurso extraordinario federal (artículo 14, incisos 1º y 3º, ley 48 –*vide*, al respecto, Imaz, Esteban-Rey, Ricardo, “El recurso extraordinario”, 2ª ed., Nerva, Bs. As., 1962, pág. 195–), obligando con ello a su previo tratamiento por esta Corte provincial a la luz de la doctrina del Alto Tribunal nacional en punto a lo que debe entenderse por “superior tribunal de la causa” (*vide* R. AyS, 178-279).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General a fs. 166/167, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión los doctores *Spuler*, *Gastaldi*, *Falistocco* y *Netri* expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Presidente doctor *Gutiérrez* y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión –en su caso, ¿es procedente?– el doctor *Gutiérrez* dijo:

1. Conforme resulta del relato efectuado *ut supra*, en el *sub judice* el juez de baja instancia declaró inconstitucional e inaplicable al caso el decreto 6754/43 atento considerar: i) que la protección del salario se encuentra suficientemente asegurada mediante la proporción de inembargabilidad determinada por el decreto 484/87; ii) que “el derecho a cautelar está anexado con el derecho a la acción; impidiéndolo (se) afecta a este último”; iii) que la normativa en cuestión es discriminatoria con relación a los acreedores, en la medida en que “presume que son usurarios” y iv) que “además de obsoleto, (lo) que acarrea el desuetudo, el decreto 6754/43 es inconstitucional y, por tanto, inaplicable al caso que nos ocupa”.

Apelado que fuera tal pronunciamiento, la alzada desestimó los agravios planteados señalando –entre otros extremos– que “el criterio adoptado por el a quo es, también, el de esta sala, que ha determinado que la normativa enjuiciada es inconstitucional porque lesiona la garantía a un debido proceso que ampara a la actora (art. 18, CN) puesto que deteriora la potestad cautelar de la misma y dicha potestad forma parte, también, de aquella garantía”, agregando que “no cabe desconocer que son mayoría entre los empleados públicos los que no tienen más garantías que las que suministran sus propios ingresos derivados de su trabajo personal (...) y resulta por lo menos riesgoso aducir que está en el acreedor apreciar la solvencia del deudor puesto que no está obligado a prestar porque entonces queda en evidencia que, quienes no tienen más que sus salarios y no pueden afectarlos para ese fin, verán reducidas sus posibilidades de obtención de crédito de insistir en la subsistencia de una protección especial que (...) hoy constituye un privilegio en cuanto el sistema económico actual no se caracteriza, precisamente, por garantizar estabilidad y empleo en la órbita privada”, por lo que –concluyó “se advierte que han desaparecido las circunstancias especiales que autorizan la discriminación de un grupo de trabajadores hoy con garantía constitucional de estabilidad (art. 14, CN) cuya inexistencia aconsejó en su momento establecer la inembargabilidad, lo que resta razonabilidad al trato diferente y lo torna, en consecuencia, lesivo de la garantía constitucional de la igualdad”.

2. Habiéndose cuestionado la validez de tales conclusiones con los argumentos ya reseñados, el estudio del caso me convence de que la impugnación planteada merece favorable acogida en esta instancia, al comprobar que la respuesta de los jueces de grado –más allá del aval que la misma encuentre en doctrina y jurisprudencia– se aparta injustificadamente de concretos principios vinculados con el control de constitucionalidad de las leyes (en concreto, del decreto 6754/43, ratificado por ley 13.894), cuya ignorancia determina que la solución adoptada no pueda ser vista como la necesaria derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa.

Al respecto es bien sabido que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional, última ratio del orden jurídico (Fallos, 302:1149; 303:1708; 322:919 y sus citas; 325:1922, etc.), que procede sólo a partir de una reflexión efectuada con sumo grado de prudencia, cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema resulta manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, en particular cuando se trata de enjuiciar actos que suponen el ejercicio de facultades que la Ley Fundamental asigna con carácter privativo a los otros poderes (Fallos, 302:457; 303:625; 304:1069, etc.), pues como ha dicho la Corte, “del juicio prudente de los magistrados en torno de los alcances de su jurisdicción es de donde cabe esperar los mejores frutos en orden al buen gobierno de la Nación” (Fallos, 310:112; 324:3184).

Proyectando dichas pautas al *sub judice*, el examen del pronunciamiento permite constatar que la alzada –conforme se anticipara– no ha consultado en debida forma las exigencias que derivan de ellas, en la medida que emite un juicio adverso a la validez constitucional de la normativa en cuestión sin dar argumentos suficientes para sustentar dicho reproche.

En ese orden, e ingresando al examen del primero de los argumentos invocados –el menoscabo del principio de igualdad que se derivaría de la ausencia de idéntico beneficio para los empleados de la actividad privada–, cabe recordar que conforme reiterada jurisprudencia tal principio no exige la uniformidad en la legislación ni le impide al legislador –dentro de los márgenes de la justicia– contemplar en forma distinta situaciones que considere razonablemente diferentes (Fallos, 271:383; 274:300; 277:278; 299:181, etc.), pues la Constitución “entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación” (Fallos, 184:398; 238:60), y que es deber de los magistrados respetar tales decisiones legislativas aun cuando el fundamento para el trato diferente sea “opinable” (Fallos, 276:218, 279:182; 307:629; 308:857; 325:11), imponiéndose, pues, un escrutinio muy estricto a la hora de descalificar normas con base en el principio de igualdad, que determina que tales descalificaciones sólo sean posibles ante fórmulas legales ostensible e injustificadamente arbitrarias (Fallos, 312:851).

En el caso, precisamente, es un dato objetivo el de que la categoría “empleados públicos” exhibe notas que la diferencian de la de los “empleados privados”, como recientemente lo ha observado –por ejemplo– el máximo tribunal cordobés al destacar “el interés público que persigue el accionar de todo empleado estatal”, y la finalidad de la normativa en cuestión de suministrarle la tranquilidad necesaria para enervar cualquier tipo de ina-

decuada tentación que la falta de percepción de su íntegro salario podría generarle, por lo que “el interés superior que pretende en la actualidad asegurar el decreto 6754/43 no es sino el de la absoluta corrección y transparencia en el desempeño de la función pública” (*vide* TS Córdoba, sala Civ. y Com., “Nuevo Banco Industrial de Azul c. Contreras, Daniel”, 15.IX.2004), a lo cual podrían agregarse las diferencias en cuanto a regímenes legales aplicables (piénsese en el principio rector del art. 2º de la Ley de Contrato de Trabajo), derecho colectivo del trabajo, etcétera.

En vista de ello, y del mandato constitucional de protección del “trabajo en todas sus formas” (art. 14 bis), es innegable la competencia del legislador para reglamentar dicho derecho protectorio introduciendo particulares normas vinculadas con un sector del ámbito laboral (el de los trabajadores del Estado), sin que los jueces estén facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación que se dicte sobre la materia (arg. de Fallos, 313:850), toda vez que ello constituye una cuestión de política legislativa que los magistrados no pueden revisar sin incurrir en un exceso de sus atribuciones constitucionales (*vide* Fallos, 324:3184, con cita de Fallos, 272:231; 313:228; 316:2732).

A ello se agrega que, si bien se mira, el “argumento de la desigualdad” supone esgrimir (y acoger) agravios de terceros, en tanto son los empleados de la actividad privada los únicos con título y legitimación para invocar la discriminación que se derivaría de la diferencia con el régimen general del decreto 484/1987 a que aludiera el juez de baja instancia, lo cual habilita a recordar la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación en cuanto a la carencia de “interés jurídico” o gravamen para impugnar de quien no reviste el carácter de destinatario de la discriminación que se alega (*vide* Fallos, 251:21 y 53; 263:468; 268:200 y 415; 312:1484 y 304:865) y la inadmisibilidad de plantear agravios de terceros (*vide* Fallos, 306:113; 307:813).

Además, y con relación al citado decreto 484/1987, es menester observar que resulta por lo menos polémica su aplicabilidad al ámbito de los empleados públicos, atento a su naturaleza reglamentaria de la Ley de Contrato de Trabajo (*vide* el texto de dicho decreto, donde se alude a la “necesidad de reglamentar los art. 120, 147 y 149 del Régimen de Contrato de Trabajo”), inaplicable en principio a los trabajadores públicos, siendo de destacar –igualmente– la ausencia en el mismo de toda disposición derogatoria de normas vigentes en la materia, extremo que no fue seguramente ignorado por el legislador, cuya imprevisión no cabe suponer (Fallos, 310:195; 312:1614, entre muchos otros).

Aun menos fuerza justificatoria exhiben los motivos vinculados con las dificultades que en la actualidad se generarían para los propios beneficiarios de la inembargabilidad en cuanto al acceso al crédito, motivos de valor puramente retórico que en última instancia suponen una vez más sustentar la inconstitucionalidad del régimen legal en consideraciones de conveniencia, lo cual remite a las apreciaciones formuladas *ut supra*, debiendo observarse lo mismo respecto de las argumentaciones efectuadas en cuanto al cambio de la situación existente al momento de la sanción del decreto en cuestión (y de su ratificación por la ley 13.894), pues más allá de que resulte opinable si subsisten las razones originariamente tenidas en vista por el legislador (protección contra la usura y saneamiento del crédito), lo cierto es que aquéllas no resultan argumento suficiente para desplazar otros argumentos (de mayor peso) vinculados con los límites impuestos al control de constitucionalidad y al principio de presunción de validez de los actos estatales, pacíficamente arraigados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*vide* Fallos, 100:318; 220:1458; 247:121; 251:455), que también ha postulado que en caso de duda se debe optar por la constitucionalidad de dichos actos normativos (Fallos, 306:655).

Por lo demás, también es forzoso destacar que en última instancia la normativa en cuestión no consagra una inembargabilidad absoluta, universal y permanente de las remuneraciones de los empleados estatales, sino que simplemente impone limitaciones para ciertos supuestos –obligaciones derivadas de determinadas fuentes (art. 11, decreto cit.)– en cuanto al tipo de proceso a seguir (ordinario) y en los órdenes temporal y cuantitativo, participando entonces de una categoría de normas cuya constitucionalidad ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Federal (para la cuestión de las leyes sucesivas sobre la materia; ver Sosa, Félix A., “Una cuestión sobre embargabilidad de salarios y pensiones”, en LL, 156-1196 y sigs.), y cuya vigencia no puede ser desconocida por los acreedores respectivos, como lo pretende la actora cuando sostiene a fs. 154 v. que “al ser su profesión la de comerciante en el rubro de los automotores no tiene por qué conocer la normativa que regula la relación laboral ni muchos menos la que comprende a los empleados públicos”, aserto inconciliable con la debida diligencia del buen hombre de negocios y con el elemental principio de que nadie puede aducir ignorancia de las leyes, recibido en los artículos 20 y 921 del Código Civil (“Nemo excusatur à pœna prætestu ignorantia legis”, Primera Partida, Título I, Lex XX –en “Los Códigos Españoles”, cit., pág. 48–).

No se me escapan –concluyo– las intensas polémicas a que ha dado lugar el decreto cuestionado en la doctrina y la jurisprudencia, pero lo cierto es que las mismas no hacen más que confirmar la ausencia de una evidente o manifiesta contradicción entre la normativa y la Constitución Nacional, exigida –como se expresara– para habilitar a la declaración de inconstitucionalidad, tal como lo destacaba el Justice Chase –“si los tribunales

tienen poder (para declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo) yo soy libre para declarar que nunca lo ejercitaré sino en un caso muy claro” (“Hylton v. United States”, 3 Dall. 171 [1796])— o más tarde Thayer, al hablar de la necesidad de un “clear mistake” (error claro) para invalidar las normas sancionadas por la legislatura (Thayer, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en Harvard Law Review 7 (1893), pág. 129 —“The court] can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, so clear that it is not open to rational question”—), doctrina análoga a la sostenida entre nosotros por la Corte desde “Avegno c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos, 14:425 [1874], donde apela a la “evidente oposición” exigida por Hamilton en el n° LXXXI de “El Federalista”—), y sobre la cual ha insistido reiteradamente (así, Fallos, 112:63; 200:180; 322:919).

En consecuencia, no cabe sino rechazar la declaración de invalidez constitucional efectuada en autos y reenviar el expediente al tribunal que corresponda, a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento conforme a lo ahora resuelto. Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los doctores *Spuler*, *Gastaldi* y *Falistocho* expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Presidente doctor Gutiérrez y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión el doctor *Netri* dijo:

No ignoro que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales es una *ultima ratio*, y tampoco que existe jurisprudencia de la Corte Federal —aunque no demasiado reciente— que se ha pronunciado sobre la inembargabilidad, declarando su constitucionalidad (ver Gentile, Alfredo, “Bienes indispensables que son inembargables. Concepto de la Jurisprudencia”, JA, 56, secc. doctr., pág. 53; y Carrillo, Pedro, “Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia sobre bienes inembargables”. Doctrina sentada en los últimos pronunciamientos, LL, 20-87). Sin embargo, entiendo que corresponde en la especie convalidar la decisión de grado —que desestimó la apelación subsidiaria y confirmó la resolución de baja instancia, que a su vez había declarado inconstitucional e inaplicable al caso el decreto ley 6754/43—.

En este sentido, es cierto que, aunque el Alto tribunal nacional sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos (Fallos, 25:364; 2112:51 y 160), toda vez que por disposición de la Constitución nacional y de la correspondiente ley reglamentaria, la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de la República (arts. 100, Constitución Nacional, y 14, ley 48; Fallos 212:51). Pero también es cierto que este deber de los tribunales no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento (doctr. de Fallos, 212:51) (Fallos, 312:2007). Considero que, en la actualidad, existen motivos bastantes que justifican el apartamiento de la posición adoptada por el Máximo tribunal nacional, conforme lo desarrollaré *infra*.

Es que, pese a los mentados precedentes de la Corte federal, surgió una fuerte corriente jurisprudencial que se ha manifestado en sentido contrario a la constitucionalidad del decreto ley 6754/43 por afectar la igualdad ante la ley —art. 16, Constitución Nacional— al establecer un privilegio en favor de los empleados públicos que discrimina, desfavorablemente, a los dependientes privados. Tuve oportunidad de expedirme al respecto como integrante de la sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, *in re* “Cooperativa Símbolo Ltda. c. Correa Roberto y ot. s/juicio ejecutivo”, fallo del 10.08.99 (Z 81, J-230/232). Allí cité, y juzgo conveniente reproducir aquí, los siguientes precedentes: “a) ‘La Cámara 8va. en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba ha declarado.: La aplicación del artículo 11, inc. b. decreto N° 6754 atentaría contra el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), puesto que los trabajadores públicos verían seriamente afectadas las posibilidades de obtención del crédito, en comparación con otros agentes en relación de dependencia. Igualmente, no se advierte en virtud de qué razón podría limitar la garantía patrimonial del acreedor la circunstancia de que su deudor sea un empleado público y no privado: se trataría de un privilegio irrito y discriminatorio. Igualmente, tampoco se comprende porqué un acreedor podría verse en inferioridad para asegurar la realización de su crédito, por la circunstancia de que éste pueda tener su origen en suministro de mercadería o en préstamo de dinero y no en otra causa cualquiera (conf. Semanario Jurídico de Córdoba, tomo 77, pág. 331); b) ‘Otros estrados judiciales, aun manifestando sus dudas respecto de la constitucionalidad del referido decreto 6754/43 han optado, seguramente por respeto a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por procurar su inaplicación al caso por otras vías (ver Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, en ED, Boletín del 22.03.1999)’”.

También debo subrayar, como en su momento lo hiciera en el citado antecedente de la sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, que a la fecha de la sanción del decreto ley 6754/43 existían razones para su dictado que en la actualidad no se dan, motivo por el cual lo que ayer constituía una razonable salvaguarda para un sector de

la sociedad, hoy se ha transformado en un privilegio odioso. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente: “...que el vigente decreto ley 6754/43 ratificado por ley 13.894 consagra un verdadero ‘privilegio discriminatorio’ que favorece ‘irracionalmente’..a los empleados públicos, poniéndolos en un plano distinto de los dependientes que se desempeñan en la actividad privada. Ciertamente es que *ab initio* el referido privilegio encontraba justificación en el afligente régimen laboral que padecían los empleados públicos. De ahí que, v. gr., el art. 16 del citado decreto-ley 6754/43 recuerda su calidad de ‘orden público’. Respecto de este último, cabe puntualizar que la noción de ‘orden público’ posee una gran relatividad temporal al consistir, en buena medida, en las ideas dominantes en una sociedad y en un momento dado. ¿Podría el juez de hogaño aplicar el decreto ley 6754/43 con la misma inflexibilidad de la que otrora debía hacer gala por imponérselo el ‘orden público’ indicado en el art. 16 cuando, en verdad, en la actualidad las ideas dominantes lejos están de avalar tamaño privilegio?. La respuesta negativa se descuenta” (ver “Un privilegio odioso”, por Jorge W. Peyrano, en ED Boletín del 22.03.99).

No puede soslayarse que el decreto ley 6754/43 viola, además, la garantía del debido proceso preservada constitucionalmente, desde que tal garantía tutela también a la actora y no únicamente a la demandada. Aquí también debo ratificar cuanto tengo dicho en el aludido precedente de la sala IV de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, a saber: “...Repárese en que el decreto ley 6754/43 sólo admite la posibilidad de trabar embargos respecto de haberes de empleados públicos demandados a raíz de deudas de dinero, o por adquisición de mercaderías, después de que recaiga sentencia firme en juicio ordinario. Con ello, dicho decreto ley aborta toda posibilidad de trabar embargos en sueldos de empleados públicos con anterioridad a la sentencia, en juicio ordinario, firme; lo que en buen romance equivale a erradicar en el caso la figura del embargo preventivo. En el punto, el ya citado fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial 8va. de Córdoba ha declarado que ‘La aplicación del art. 11, inc. b) del decreto 6754 lesionaría gravemente el derecho de defensa al ceñir la posibilidad de reclamar determinados créditos y de pedir las medidas cautelares consiguientes, sólo en juicio ordinario y después de dictada sentencia, lo que en realidad implicaría la prohibición de peticionar ningún embargo preventivo, desde que un embargo ordenado después de dictada la sentencia tendría ya un fin realizatorio y no asegurativo del resultado de la litis’”.

Se deja, entonces, inerte a la parte acreedora —por un extendido lapso— para postular embargos que, de todos modos, sólo pueden trabarse sobre una porción retaceada del haber del empleado público del caso. Con ello, se condena a la parte acreedora: a) al riesgo de que el empleado público deje de serlo, y con ello se pierda la posibilidad cierta de cobrar el crédito en cuestión, b) a que en el mejor de los casos, comience a percibir su acreencia en un tiempo notablemente posterior al que hubiera correspondido si se hubiera tratado de un empleado privado respecto de cuyos sueldos se hubieran trabado embargos. La potestad cautelar forma parte, también, de la garantía a un debido proceso de que disfruta la actora y la disminución de aquélla que importa el decreto ley 6754/43 es de tal entidad que resulta palmariamente inconstitucional dicho decreto ley. Voto, pues, por la negativa.

A la tercera cuestión —en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?— el doctor *Gutiérrez* dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, con costas (art. 12, ley 7055). Disponer la remisión de la causa al tribunal que corresponda a fin de que la misma sea nuevamente juzgada. Así voto.

A la misma cuestión, los doctores *Spuler*, *Gastaldi*, *Falistocho* y *Netri* dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Presidente doctor Gutiérrez y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia resolvió: Declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, con costas. Disponer la remisión de la causa al tribunal que corresponda, a fin de que la misma sea nuevamente juzgada. Registrarlo y hacerlo saber.— *Rafael F. Gutiérrez.*— *Roberto H. Falistocho.*— *María A. Gastaldi.*— *Mario L. Netri.*— *Eduardo G. Spuler* (Sec.: Fernández Riestra).

Recurso de Inconstitucionalidad:

Competencia: Suprema Corte de la Provincia; improcedencia.

1.- *La naturaleza de la impugnación regulada por la ley 7055 veda a este Tribunal ad quem examinar el acierto o error del pronunciamiento atacado, debiendo limitarse a controlar su adecuación al ordenamiento jurídico fundamental, pues no debe perderse de vista que la tacha de arbitrariedad no autoriza a sustituir a los jueces de la causa*

en la interpretación y aplicación del derecho, ni en la ponderación del material fáctico y probatorio del pleito. C.S.

21 – CS Santa Fe, diciembre 28-2005.– Tuttolomondo, Juan Carlos c. Forja S.A. –cobro de pesos– s/recurso de inconstitucionalidad.

En la ciudad de Santa Fe, a los veintiocho días del mes de diciembre del año dos mil cinco se reunió en acuerdo la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, integrada en el caso por los señores Ministros doctores Roberto Héctor Falistocco, María Angélica Gastaldi, Mario Luis Netri, Eduardo Guillermo Spuler y Rodolfo Luis Vigo, y por el señor vocal doctor Julio César Alzueta, con la presidencia del titular doctor Rafael Francisco Gutiérrez, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados “Tuttolomondo, Juan Carlos contra Forja S.A. –cobro de pesos– sobre recurso de inconstitucionalidad” (Expte. C.S.J. nro. 1390, Año 1996). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: 1ª ¿Es admisible el recurso interpuesto?; 2ª En su caso, ¿es procedente?; 3ª En consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Gutiérrez, Spuler, Vigo, Netri, Falistocco, Gastaldi y Alzueta.

A la primera cuestión –¿es admisible el recurso interpuesto?–, el señor Presidente doctor Gutiérrez dijo:

1.1. Surge de las constancias del expediente nro. 196/81, agregado por cuerda al presente, que por ante el Juzgado del Trabajo de la 4ta. Nominación de la ciudad de Rosario, el señor Juan Carlos Tuttolomondo, por apoderado, promovió demanda por cobro de pesos contra “Tecno Aeromecánica S.A. y/o Forja S.A.”, reclamando indemnización por antigüedad (23 años), por falta de preaviso, integración mes de despido, licencia, y aguinaldo proporcional.

En su presentación, expresó que ingresó a trabajar a “Forja S.A.” el 16.03.1958; que fue despedido injustificadamente el 27.02.1981; que asimismo demandaba a “Tecno Aeromecánica S.A.”, “por ser sucesora y subsidiaria, visible o no (de aquella) ... y en especial, en virtud del acta celebrada el día 10 de agosto de 1973 ... que corresponde al expediente administrativo del Ministerio de Trabajo de la Nación (ex Secretaría de Trabajo) Nro. 206.925/73”; que fue suspendido “por más del plazo que autoriza la ley” bajo la falsa invocación de “falta de trabajo no imputable”, cuando ambas empresas eran responsables en los términos del artículo 245 del régimen de contrato de trabajo por su conducta negligente. Ofreció prueba y solicitó que se condenara a las codemandadas “al pago de los rubros reclamados, con costas, debidamente actualizadas, etc.” (escrito con cargo del 31.03.1981, fs. 6/7).

“Forja S.A.” repelió la pretensión esgrimida, y opuso excepción de falta de acción por cuanto el actor no era empleado de esa empresa al momento del distracto –no constándole la fecha invocada por el accionante–, por lo que mal podía imputársele responsabilidad alguna y menos aún incumplimiento de sus obligaciones laborales; negó, además, la relación con “Tecno Aeromecánica S.A.” que le atribuyera el accionante y que dicha situación se desprendiera del acta mencionada.

Al referir a la “situación real del caso”, relató que en 1973 el actor había ingresado a la codemandada “Tecno Aeromecánica S.A.” como consecuencia del convenio suscripto ante el Ministerio de Trabajo –cuya copia adjuntó–, por el cual su parte había asumido obligaciones específicas para el caso de cese definitivo o transitorio de aquella. Aclaró que en el primer caso, se obligaba a “reincorporar al personal que pasaba a la nueva firma ... y en las condiciones de trabajo especificadas en su texto. Si el personal no quisiera reingresar ‘Forja S.A.’ los indemnizará”.

Tras aludir al telegrama del 7.11.1980, que el actor le remitiera intimándola al pago de “primera cuota aguinaldo año 1980 y sueldo octubre 1980”, en cuyo defecto se consideraría injuriado y despedido por su causa, el que fuera rechazado por su parte –negando la relación de dependencia y por ende, toda obligación (telegrama del 11.11.1980)–, postuló la improcedencia de la pretensión de pago de las asignaciones y la percepción de las indemnizaciones a causa del despido, en relación a “Forja S.A.”, por no corresponder a las condiciones pactadas en dicho convenio. Ofreció prueba y pidió el rechazo de la demanda, con costas (fs. 25/27).

A su turno, el Síndico designado en la quiebra de “Tecno Aeromecánica S.A.” reconoció la relación laboral y el distracto acaecido por la falencia (f. 29) y efectuó el cálculo de la indemnización, que obra a foja 37 de esos autos.

1.2. A foja 52, se presentó el apoderado del actor manifestando que venía a “... desistir del proceso, no de la acción contra la codemandada ‘Forja S.A.’”, lo que fue ratificado por el señor Tuttolomondo (f. 52 vto.), prestando conformidad dicha empresa a foja 54.

1.3. Al dictar sentencia (20.09.1982), el magistrado interviniente resolvió hacer lugar a la demanda contra “Tecno Aeromecánica S.A.”, condenándola a pagar la suma resultante de la liquidación a practicarse, con actualización monetaria ley 22311, con más el 8% anual de interés y costas (fs.60/62), la que obra en planilla glosada a foja 72.

1.4. A foja 81, se presentó nuevamente el curial apoderado del actor a fin de “... reiniciar la acción contra la firma Forja S.A. ... para que en forma solidaria con Tecno Aeromecánica (Quiebra) responda por la suma

reclamada a fs. 6 de autos, debidamente actualizada hasta el momento de su efectivo pago”, solicitando que se tuviera “por reiterados los términos del escrito obrante a fs. 6/7 ...”, con ofrecimiento de la misma prueba, ampliándose como documental la sentencia recaída en la litis (escrito con cargo del 17.06.1983).

El órgano jurisdiccional tuvo por iniciada la acción, disponiéndose la citación y emplazamiento de la demandada a comparecer a estar a derecho, contestar la demanda y ofrecer prueba (f. 81 vto.), proveído que fue revocado con fundamento en que la jurisdicción del Tribunal había concluido, según lo dispuesto por el artículo 248 del Código Procesal Civil y Comercial, acogiéndose el planteo impugnatorio de “Forja S.A.” (f. 90).

2. El señor Tuttolomondo, por apoderado, interpuso, entonces, la demanda que dio inicio a la presente causa (expediente nro. 297/84) la que radicó, por la coincidencia de su turno, ante el mismo juzgado que entendiera en el anterior juicio, cuyas actuaciones acompañó, reiterando su pretensión de cobro de los mismos rubros, “todo actualizado y con sus intereses y costas” (escrito con cargo del 8.05.1984, fs. 1/2).

Corrido traslado, “Forja S.A.” opuso, en primer término, excepción de prescripción, efectuando nuevamente una reseña de los hechos acaecidos, en la que expuso en punto a que la relación laboral con su parte había cesado en 1973 debiendo entenderse que la denunciada ruptura en 27.02.1981 lo era respecto de “TecnoAeromecánica S.A.”, fecha que además no le constaba por no haber sido probada por el actor. Se basó, en síntesis, en que: a) ya se considerase que el supuesto distracto había ocurrido en noviembre de 1980 o en febrero de 1981, resultaba que por imperio del artículo 3987 del Código Civil, el efecto interruptivo de la demanda entablada contra su parte (cargo del 31.03.1981) se debía tener por no sucedido ante el desistimiento producido en esa causa, el que debía ser calificado de “liso y llano” y no condicionado; b) la acción ya se encontraba prescripta a la fecha en que pretendió reiniciar la demanda (17.06.1983); no obstante ello, tampoco podía tener efectos interruptivos, por no resultar de aplicación el artículo 3986, 1ra. parte, del Código Civil. Subsidiariamente, contestó la demanda y opuso la defensa “sine actione agit”, con sustento en similares argumentos a los que expusiera al contestar la demanda en el expediente nro. 196/81, que ofreció como prueba al igual que el acta formalizada ante el Ministerio de Trabajo de la Nación obrante en el mismo (fs. 10/16).

El actor, a su turno, postuló el rechazo de las excepciones planteadas (fs. 18/21).

Habiendo éste ofrecido como prueba –entre otras– los autos de la quiebra de TecnoAeromecánica S.A. y sus incidentes, en especial, el de verificación de su crédito (f. 29), se glosaron –tras su recepción– las copias certificadas de las actuaciones pertinentes (fs. 33/47), en las que consta su verificación con privilegio especial, en la extensión sugerida por la Sindicatura, esto es, por el importe inicial reclamado a la fecha de la quiebra equivalente a \$ 30.705.000, no por el quantum de \$ 198.095.050 pretendido por el actor –resultante de la liquidación practicada conforme a las pautas de la sentencia recaída en el expediente nro. 196/81– con su actualización. A fojas 38/39 consta la recepción por el actor de una orden de pago por \$a 3.070, suma que fue percibida “a cuenta de la indemnización total y sin renunciar a sus derechos contra Forja S.A.”.

Clausurado el término de prueba y llamados autos para resolver (f. 98 vto.), la jueza de baja instancia falló, haciendo lugar a la defensa de prescripción articulada por la accionada y, en consecuencia, rechazó la demanda, con costas, por considerar que el desistimiento de foja 52 del expediente nro. 196/81 había determinado para el actor la aplicación del artículo 3987 del Código Civil, por lo que “la interrupción del curso prescriptivo determinado por la promoción de la demanda que ostenta cargo nro. 895 del 31 de marzo de 1981 por un desvínculo de fecha 27 de febrero de 1981, se ha de tener por no sucedida; y a mérito de ello, la promoción de nueva demanda en fecha 8 de mayo de 1984 comporta su inicio fuera del lapso de dos años (art. 256, LCT)” (fs. 111/112).

2.1. Impugnado que fuera dicho fallo por el perdidoso, la sala, mediante sentencia de fojas 147/151, resolvió desestimar el recurso de nulidad y hacer lugar a la apelación, revocando la sentencia de grado y rechazando la prescripción opuesta. Asimismo, con sustento en las razones que expuso, el A quo se pronunció sobre el reclamo sustancial articulado y acogió la demanda, declarando admisible la extensión solidaria a “Forja S.A.” de la condena recaída en el expediente nro. 196/81, excepto por el importe ya percibido, el que se debitaría con iguales pautas de actualización e intereses, con la aclaración relativa a la aplicación de la ley 23.928 a partir del 1 de abril de 1991 y el interés que resultara de promediar las tasas activa y pasiva que hubiera aplicado el Banco de la Nación.

3. Contra tal pronunciamiento, interpuso la demandada recurso de inconstitucionalidad, con fundamento en los incisos 2º y 3º del art. 1º de la ley 7055, alegando “violación a lo normado por el art. 95, como de los derechos de defensa, debido proceso y propiedad consagrados en los arts. 9º y 15 de la Constitución Provincial y sus similares arts. 17 y 18 Constitución nacional”.

En sustento de su impugnación extraordinaria, le achacó al Tribunal *a quo* haber incurrido en una arbitraria interpretación de las normas del Código Civil y contradicción con las constancias de autos, violando su

derecho de defensa al imputarle no haber opuesto la prescripción ante un escrito que fue presentado en un expediente que concluyó con el desistimiento del proceso y que era ajeno a la presente causa, que no podía ser considerado como demanda y, por ende, no podía generar la carga impuesta por el artículo 3962 del Código Civil.

Alegó que de acuerdo a dicho precepto, correctamente interpuso la referida defensa en la causa nro. 297/84, en el primer escrito, coincidente con el de contestación de la demanda.

Asimismo, le endilgó haber efectuado una “interpretación subjetiva” del desistimiento formulado por el actor y aceptado por su parte en el expediente nro. 196/81, “dándole un vuelo que no emana de los obrados” (*sic*), ya que, según afirmó, “el desistimiento del proceso no está condicionado a nada ...”, por lo que era operativo el artículo 3987 del Código Civil.

En otro orden, señaló que la sala le había otorgado el carácter de fiadora según el expediente del Ministerio de Trabajo, siendo que su parte había negado que del proceso anterior, del expediente administrativo nro. 206.925/73, de las actas allí labradas y de cualquier otra prueba eventual, pudiera surgir solidaridad alguna entre “Tecno Aeromecánica y Forja S.A.”.

Adujo que el Tribunal “va más allá de lo actuado en el juicio, y tiene por cierta y válida un acta administrativa negada, y no acompañada a los obrados”.

Sostuvo que, no obstante, el actor no había probado haber cumplido con alguna de las opciones contenidas en las cláusulas 3ra. y 5ta. del convenio para reclamar a su parte “en forma de fiadora” en caso de cese definitivo o transitorio, razón por la cual procedía la defensa de falta de acción, la que había sido omitida por el A quo.

Afirmó, en ese sentido, que la sala tuvo por acreditado que aquél había solicitado la reparación por el cese definitivo, cuando surgía del telegrama del 7.11.1980, que “sólo intimó el pago de aguinaldo y sueldo octubre 1980, bajo apercibimiento de considerarse despedido ...”, habiendo admitido una relación a esa fecha con “Tecno Aeromecánica S.A.”.

Concluyó, así, en que haber presumido la sala la solidaridad de su parte, sin que se hubieran dado las circunstancias señaladas en el Acta, tornaba también arbitrario al decisorio, dado que no era congruente con la demanda ni con las constancias de autos, habiendo omitido la consideración de cuestiones como la referida defensa (fs. 155/164).

4. El Tribunal *a quo* denegó la concesión del remedio extraordinario, lo que motivó la presentación directa de la impugnante ante esta Corte, abriéndose la instancia de excepción mediante resolución registrada en AyS, 128-395.

5. En el nuevo examen de admisibilidad que prescribe el art. 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, propiciaré una respuesta distinta a la adoptada en oportunidad de admitir la queja por las razones que expondré a continuación.

Inicialmente, he de señalar que atento a la índole de los planteos esgrimidos, la postulación recursiva deberá ser analizada bajo la causal prevista en el inciso 3º del artículo 1º de la ley 7055, y no bajo la hipótesis del inciso 2º, pues no obstante que también fue invocada por la recurrente, no ha desarrollado luego una argumentación idónea que permita sostener válidamente que se ha cuestionado la inteligencia de un precepto de la Constitución y la decisión ha sido contraria al derecho o garantía fundado en él.

Circunscripto así el ámbito de la materia recursiva al supuesto de “violación al derecho a la jurisdicción”, se torna necesario recordar que la naturaleza de la impugnación regulada por la ley 7055 veda a este Tribunal *ad quem* examinar el acierto o error del pronunciamiento atacado, debiendo limitarse a controlar su adecuación al ordenamiento jurídico fundamental, pues no debe perderse de vista que la tacha de arbitrariedad no autoriza a sustituir a los jueces de la causa en la interpretación y aplicación del derecho, ni en la ponderación del material fáctico y probatorio del pleito (conf. criterio de AyS, 140-49).

Y en ese cometido, he de consignar que el cotejo de los agravios formulados en el libelo introductorio con los motivos expuestos por los sentenciantes en el fallo atacado, luego del estudio de las presentes actuaciones y del expediente agregado por cuerda –ofrecido como prueba por la propia recurrente (*vide* f. 16)–, me conduce a colegir que tales reproches tan sólo traducen la mera disconformidad de la compareciente con el criterio con el que laalzada, en el ejercicio de sus facultades privativas, analizó la situación fáctica de la litis, valoró las pruebas y, en función de unas y otras, interpretó y aplicó las normas de derecho común y procesal que estimó adecuadas, lo cual no depara caso constitucional susceptible de habilitar esta instancia extraordinaria.

5.1.1. En efecto, en relación a las imputaciones dirigidas contra lo resuelto en torno a la prescripción opuesta, estimo conveniente comenzar por el análisis del cuestionamiento de la impugnante a la interpretación efectuada por la sala del desistimiento formulado por el actor en el expediente nro. 196/81.

En el escrito obrante a foja 52 de esos autos, el apoderado del accionante expresó: “... vengo a desistir del proceso, no de la acción contra

la codemandada ‘Forja S.A.’, ya que la misma quedará supeditada al hecho de que mi conferente cobre la totalidad (100%) del juicio contra la demandada Tecno Aeromecánica”. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, ello fue ratificado personalmente por el señor Tuttolomondo (f. 52 vto.). Corrido traslado, la demandada manifestó que “... su parte nada tiene que objetar con relación al desistimiento del actor ...” (acápito II “Presta Conformidad”, f. 54).

La mera verificación de tales constancias autoriza a convalidar el criterio sostenido por el *a quo* en cuanto, no obstante advertir que no había mediado pronunciamiento expreso sobre dicho acto, consideró que el mismo había sido “causado”, poseyendo el actor fundados argumentos para así proceder –desde que era menester obtener un rápido pronunciamiento respecto de “TecnoAeromecánica S.A.” dada su declaración de quiebra y en etapa de liquidación (*vide* fs. 32/47 de los presentes)– y con reservas de reiniciar el proceso en caso de resultado negativo para su intento de cobro en el trámite concursal de dicha empleadora principal y codemandada; y que sobre tales bases y con tal condicionamiento “Forja S.A.” había prestado su conformidad, sin reserva alguna, aportando el “consentimiento” exigido por la ley (art. 229, ley 5531), lo que había concluido, entonces, en los términos de una clara convención de partes (art. 1197, del Código Civil).

En ese orden, apreció que “... si entendemos a la negligencia como fundamento ‘único’ que hace a la esencia de la inactividad del acreedor, sancionada por el artículo 3949 del Código Civil (v. nota del codificador del art. 3061 [*sic*] ...)”, dicha imputación no podía ser formulada contra Tuttolomondo, cuyo comportamiento “... de ningún modo podía ser calificado de negligente ni que acarrearía la pérdida o la reputación de abandono del derecho ...”.

En suma, el *a quo*, advirtiendo especialmente que se había desistido del proceso y no de la acción, interpretó razonablemente que no se trataba de un desistimiento liso y llano y que así lo había aceptado la demandada, no mediando “incuria” del accionante, lo que impedía declarar la prescripción liberatoria en su contra.

Frente a la respuesta brindada, la acusación de prescindencia de la norma del artículo 3987 del Código Civil deviene inapta para su descalificación. Ello, por cuanto, por una parte, el planteo esgrimido por la recurrente se sustenta en la negativa de que el mentado acto hubiera estado sujeto a condición, postulación que no condice con el silencio mantenido al prestar “Forja S.A.” su conformidad y con lo aseverado en el alegato obrante a foja 59 del expediente nro. 196/81 –al destacar que no obstante el desistimiento del proceso efectuado con relación a su parte, “por las consecuencias futuras que pudieran derivarse”, la prueba rendida había confirmado la total falta de derecho del actor al dirigir su pretensión contra la referida empresa–; como tampoco luce coherente con la conducta desplegada en la presente causa, a poco que se repare en la contestación de su representante a la posición 8va. reconociendo como cierta la manifestación del actor de que el desistimiento quedaba supeditado “al hecho de que cobre la totalidad del juicio contra la demandada Tecnoaeromecánica” (f. 28).

Por lo demás, ha de señalarse que tanto en doctrina como en el plano jurisprudencial no se ha considerado al principio consagrado en la referida norma de carácter absoluto (conf. Borda, G. A., “Tratado de Derecho Civil”, Obligaciones, t. II, 5ta. edición, pág. 46, entre otros; C.S.J. Pcial., AyS, 147, p. 218), habiéndose sostenido, en ese sentido, que no siendo liso y llano el desistimiento del proceso, no se está ante la situación contemplada en el citado artículo 3987 del Código Civil (conf. JA, 2001-IV-710), razones, éstas, que impiden tener por configurado un arbitrario apartamiento normativo por parte del *a quo*.

La sala se sustentó, además, en la consideración de que la recurrente, “... hoy demandada (en forma solidaria, art. 3994 Código Civil) es reclamada especialmente por el compromiso asumido en Acta de fecha 10-8-973 (obrante en Expediente nro. 206925/73 de la Secretaría de Trabajo de la Provincia) ...”, respecto del cual interpretó, en el ejercicio de sus atribuciones propias, que poseía caracteres de “fianza”, y a tenor de la calificación dada aplicó las normas pertinentes en la materia, entendiendo que “... el reclamo intentado contra el deudor principal (cuyas obligaciones asumía ‘Forja S.A.’, v. fs. 26 Expte. 196/81) interrumpió la prescripción contra el fiador, conforme lo determina el artículo 3997 del Código Civil ...”, de suerte tal que el efecto interruptivo de la demanda se había mantenido hasta la conclusión de dicho proceso en setiembre de 1982 (fs. 62, 68 y 70, expte. nro. 196/81), resultando, entonces, que “a mayo de 1984 ... no había transcurrido el plazo del art. 256 LCT” (f. 149).

Tal fundamentación no logra ser adecuadamente rebatida por la impugnante mediante los argumentos vertidos en el memorial recursivo (fs. 163, 163 vto. y 164), toda vez que del examen de los mismos no se desprende una crítica eficaz a la categorización otorgada por el A quo a la obligación contraída por la recurrente –la que no se muestra absurda o ilógica–, a fin de poder controvertir con éxito la conclusión arribada por aplicación del citado dispositivo del digesto de fondo. Antes bien, el desarrollo del planteo no exhibe claridad, contiene contradicciones y se compone de aseveraciones falaces, por cuanto mientras le endilga al Tribunal un presunto exceso al haber tenido “por cierta y válida un acta administrativa negada y no acompañada a los obrados”, siendo que tal instrumento –obrante en el

expediente nro. 196/81— fue ofrecido como prueba en la contestación de la demanda (*vide* apartado I., ítem 3, f. 16), basa toda su exposición en la falta de demostración por el actor “de haber dado cumplimiento a lo estipulado en el convenio” para reclamar a su parte “en forma de fiadora”, permitiendo inferir un reconocimiento de su parte del carácter atribuido por la sala al compromiso asumido (f. 163).

5.1.2. Frente a tales motivos que evidencian que los juzgadores abordaron el tratamiento de la excepción articulada y efectuaron un detenido análisis de las cuestiones sometidas a su decisión para colegir que la acción no se encontraba prescripta, queda sin justificar cuál es el agravio que le depara a la impugnante —en concreto, el estado de indefensión que alega— la observación por la sala respecto a la oportunidad en que debió haber opuesto dicha defensa conforme a lo dispuesto por el artículo 3962 del Código Civil, y de acuerdo al alcance asignado al escrito de foja 81 del expediente nro. 196/81 por aplicación de lo previsto en el artículo 3986 de ese digesto, planteo que no se muestra, además, decisivo para torcer lo resuelto, pues no obstante haber sido presentado como principal reparo en relación al aspecto de la sentencia bajo examen, la suerte adversa de la mentada excepción, como se ha visto, se encontraba sellada por los argumentos precedentemente expuestos.

5.2. Por su parte, el reproche de la compareciente, consistente en que el órgano jurisdiccional no tuvo en cuenta que el actor, atento al contenido del telegrama de intimación que le remitiera, no había solicitado ninguno de los reclamos estipulados en el Acta de fecha 10.08.1973 “... para que fuere operativa la pretendida solidaridad de Forja ...”, soslayando la “falta de acción” invocada, tampoco ostenta entidad constitucional.

Ello así, por cuanto lejos de haber incurrido en una omisión reprochable, dicho elemento ha sido valorado por el Tribunal a la hora de juzgar sobre la procedencia de la demanda, pero no en el sentido pretendido por “Forja S.A.” de resultar eximida de responsabilidad.

Efectivamente, los sentenciantes consideraron que debía entenderse que, si bien ambigua, la sentencia recaída en el expediente nro. 196/81 receptaba como fecha de “ruptura” de la relación laboral la que correspondía a la declaración de quiebra (5.11.1980) —conforme a la liquidación practicada por el Síndico a foja 37 de esas actuaciones, aceptada por la actora al practicar planilla a foja 72, y aprobada finalmente por el juzgado (f. 80)—, actuaciones éstas que no habían merecido observaciones en el responde, por lo que la fecha afirmada en la demanda debía considerarse desvirtuada (ya que ni “Forja” la había consentido); dicha circunstancia, según su apreciación, “... aventa cualquier objeción formal a la validez o incidencia del telegrama intimatorio cursado por el actor (v. fs. 21), ya que la cesantía estaba consumada en la misma fecha, lo que tornaba operativa la opción del trabajador para reclamar el reintegro o la indemnización, sin estar condicionada una por la otra, atento a los claros términos del Acta celebrada en sede administrativa (fs. 4/5) facultando a reclamar directamente la reparación, para el caso de ‘cese definitivo de la actividad’ (cláusula tercera) ...” (fs. 150/151).

5.3. Por todo lo dicho, es dable concluir en que los agravios esgrimidos por la compareciente no revisten entidad constitucional como para franquear la vía extraordinaria intentada, al no haber logrado demostrar la arbitrariedad que invoca.

La sentencia explícita fundamentos suficientes que podrán o no compartirse, pero en la medida en que lo resuelto no importe desconocimiento del derecho a la jurisdicción que acuerda la Carta Magna provincial, no puede descalificarse por inconstitucional. Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor *Spuler* dijo:

Comparto la opinión expresada por el señor Ministro preopinante en cuanto delimitó el encuadre legal de la postulación recursiva a la causal del inciso 3º del art. 1º de la ley 7055. Además, concuerdo con la consideración relativa a que no deparaba cuestión constitucional la exégesis efectuada por la sala respecto al desistimiento formulado por el actor en el expediente nro. 196/81 en orden al rechazo de la prescripción invocada por la recurrente, así como también entiendo, a tales efectos, que la atribución de la calidad de “demanda” al escrito de foja 81 constituye una cuestión privativa de los jueces de grado que no se muestra exorbitante de los márgenes de razonabilidad tolerados en el desempeño de su labor jurisdiccional y, por ende, resulta ajena al remedio extraordinario intentado.

La argumentación expuesta por el *a quo* en torno a tales aspectos, según mi parecer, basta por sí sola para fundar la decisión desestimatoria de la defensa opuesta, sin necesidad de analizar otras razones que implicarían ingresar a la cuestión de fondo planteada.

Empero, estimo que las imputaciones dirigidas contra el pronunciamiento favorable a la admisión de la demanda —y, en consecuencia, a la extensión de solidaridad a “Forja S.A.”— ostentan perfil constitucional con idoneidad para la habilitación de esta instancia de excepción.

A modo de colofón de la argumentación desarrollada en su memorial recursivo, la impugnante alegó que “... presumir ... la solidaridad de Forja ... sin que se den las circunstancias señaladas en el acta, torna ... arbitrario el acuerdo, dado que no es congruente con la demanda ni con constancias de autos” (f. 164).

La detenida lectura de las actuaciones me convence de que le asiste razón en sus reparos, pues es dable verificar que la sentencia traída en revisión se encuentra inficionada del vicio endilgado. Cabe recordar, conforme lo señalara en AyS, 175-482, que el principio de congruencia significa que “el juez, por lo tanto, está impedido de separarse de los términos en los cuales las partes han planteado la controversia a través de la demanda y la contestación de la misma” (José Rodríguez, “Autoridad del juez y principio dispositivo”, Instituto de Derecho Privado y Comparado, Universidad de Carabobo, Valencia, 1968, pág. 20). En palabras de Guasp, la congruencia supone “que el fallo no contenga más de lo pedido por las partes: *ne eat iudex ultra petitum partium*, pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia positiva, la que existe cuando la sentencia concede o niega lo que nadie ha pedido, dando o rechazando más, cuantitativa o cualitativamente, de lo que se reclama” (Jaime Guasp, “Derecho Procesal Civil”, 4ª Ed. revisada por Pedro Aragonese, Civitas, Madrid, 1998, t. I, pág. 483). Como reza el adagio latino, “*sententia debet esse conformis libello*” (sobre el tema, conf. Aragonese Alonso, Pedro, “Sentencias congruentes”, Aguilar, Madrid, 1957, en especial, págs. 89 y sigs.).

Entiendo que dicho principio no ha sido adecuadamente observado por la sala al fallar.

En efecto, tal como surge de la pieza obrante a fojas 6/7 del expediente nro. 196/81, el actor promovió demanda contra “Tecno Aeromecánica S.A. y/o Forja S.A.” tendente al cobro de los rubros correspondientes por su “despido injustificado”: indemnización por antigüedad (23 años), por falta de preaviso, integración mes de despido, licencia y aguinaldo proporcional, sosteniendo —en lo que es de interés— haber ingresado a trabajar para “Forja S.A.” el día 16.3.1958 y haber sido despedido injustamente el día 27.02.1981; y que asimismo demandaba a “Tecno Aeromecánica S.A.”, “por ser sucesora y subsidiaria, visible o no, de la firma ‘Forja S.A.’, y en especial en virtud del acta celebrada el día 10 de Agosto de 1973 ...”.

En su contestación, “Forja S.A.” —mediante la defensa de falta de acción— alegó que el demandante “al momento del distracto no era (su) empleado ... (dejó de serlo en 1973)”. Al aclarar sobre la “situación real del caso de autos”, señaló que aquél a partir de ese año había ingresado a la codemandada “Tecno Aeromecánica S.A.” como consecuencia del convenio suscripto ante el Ministerio de Trabajo, y que en virtud de lo establecido en sus cláusulas, la reclamación era improcedente en relación a su parte, “pues (en aquél) asumió determinado tipo de obligaciones, no las invocadas en autos”. Así, explicó que rechazó el telegrama de intimación remitido por el actor, por pretender el pago de la “primera cuota aguinaldo año 1980 y sueldo octubre 1980”, bajo apercibimiento de considerarse injuriado y despedido por esa causa, cuando no mediaba dependencia con “Forja S.A.”, por lo que no le correspondía a su parte el pago de esas supuestas asignaciones. Remarcó que “si la contraria se hubiera considerado con derecho, en base al convenio relacionado, debió haberlo ejercido conforme a las condiciones pactadas” (fs. 25/27).

Luego, en su presentación de foja 81, el accionante solicitó “se tengan por reiterados los términos del escrito obrante a fs. 6/7 de los presentes autos” (manteniendo idéntica pretensión, incluso, en la pieza de f. 1 del expte. 297/84, *vide* punto II).

A la hora de emitir pronunciamiento en relación a la articulación de fondo, el Tribunal, entendiendo, de acuerdo a las constancias en que se apoyó, como “fecha de ‘ruptura’ de la relación laboral (la) que corresponde a la declaración de quiebra (5-11-80) ...”, restó decisividad a las objeciones formales a la validez o incidencia del telegrama intimatorio cursado por el actor (del 7.11.1980, *vide* f. 21), “ya que la cesantía estaba consumada en la misma fecha”.

Estimó que ello había tornado operativa “la opción del trabajador para reclamar el reintegro o la indemnización ... atento los claros términos del Acta celebrada en sede administrativa (fs. 4/5) facultando a reclamar directamente la reparación, para el caso de ‘cese definitivo de la actividad’ (cláusula tercera)”.

Hizo lugar, por consiguiente, a la demanda, declarando admisible la extensión solidaria a “Forja S.A.” de la condena recaída en el expte. 196/81, excepto por el importe ya percibido, pero lo cierto es que el actor no pretendió de la recurrente el pago de la indemnización contemplada en la referida cláusula tercera del Acta-acuerdo de 1973, sino que reclamó por su despido injustificado además de otros rubros salariales. Advierto que la sala, al decidir extender la condena a esa empresa, marginó la consideración de que había cesado toda relación de dependencia con ella (*vide* cláusula primera del Acta, f. 4), la que sólo había contraído determinadas obligaciones con los trabajadores que suscribieron dicho instrumento ante la ocurrencia de concretas situaciones previstas en el mismo, conforme fuera sustento de la férrea oposición planteada por la accionada.

En tales condiciones, estimo que el órgano jurisdiccional no se ajustó correctamente a los términos de la relación procesal, consagrando de tal modo una solución que, como ya anticipara, no guarda armonía con las exigencias de congruencia que recaen sobre todo pronunciamiento para que constituya un acto jurisdiccional válido.

Por consiguiente, en ese aspecto, cabe mantener el criterio adoptado por este Cuerpo en ocasión de admitir el recurso directo deducido por la compareciente. Con ese alcance, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los doctores *Vigo* y *Netri* expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el doctor *Spuler* y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores *Falistocho* y *Gastaldi*, y el señor vocal doctor *Alzueta* expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Presidente doctor *Gutiérrez* y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, el doctor *Gutiérrez* dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar la primera cuestión, no corresponde expedirse sobre ésta.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores *Spuler*, *Vigo*, *Netri*, *Falistocho* y *Gastaldi*, y el señor vocal doctor *Alzueta* expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el doctor *Gutiérrez* y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión, el señor Presidente doctor *Gutiérrez* dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar inadmisibile el recurso interpuesto, con costas (art. 12, ley 7.055). Así voto.

A la misma cuestión, los doctores *Spuler*, *Vigo*, *Netri*, *Falistocho* y *Gastaldi*, y el señor vocal doctor *Alzueta* dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el doctor *Gutiérrez*, y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia resolvió: Declarar inadmisibile el recurso, con costas a la recurrente. Registrarlo y hacerlo saber.— *Rafael F. Gutiérrez.*— *Julio C. Alzueta.*— *Roberto H. Falistocho.*— *María A. Gastaldi.*— *Mario L. Netri.*— *Eduardo G. Spuler.*— *Rodolfo L. Vigo* (sec.: *Fernández Riestra*).

Contratos:

Buena Fe: alcances; interpretación. Sentencia: Requisitos: motivación; art. 95 de la Constitución Provincial; alcance. Recurso de Inconstitucionalidad: Competencia: de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe.

1.- *El correcto juzgamiento de un caso en orden al mentado principio de la buena fe, contenido en el artículo 1198 del Código Civil, requiere de los jueces una detenida valoración de las particulares circunstancias que rodearon la contratación –sus antecedentes y conductas sobrevinientes– en orden a reconstruir el contexto negocial que motivó la expresión de voluntad común, teniendo en cuenta que la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a sus actos anteriores– se ha suscitado en la otra parte.*

2.- *La motivación suficiente exigida por el artículo 95 de la Constitución Provincial, no impone un cartabón de “quantum”, sino de calidad de las argumentaciones que le sirven de sustento, lo cual supone correlación entre aquéllas y lo resuelto. Es decir, no existe una medida en la fundamentación de la sentencia judicial, sino que bastará con que la misma contenga fundamentos mínimos suficientes, debida fundamentación o sustento necesario como condición de validez.*

3.- *No concierne a esta Corte indicar a los Tribunales de la causa el concreto mérito que tienen las probanzas de autos, ni mucho menos, imponerles el dictado de una resolución contraria a la impugnada. Empero, si debe descalificar las deficiencias en que incurrir los juzgadores de grado en el determinante mundo de los hechos, al caer en desviaciones que importan desconocimiento del material de la causa. En consecuencia, tales elementos tendrán o no el valor que el tribunal ordinario determine dentro de sus facultades propias, más no puede admitirse que se los deseche sin dar un fundamento razonable que conspira contra el adecuado servicio de justicia. C.S.*

22 – CS Santa Fe, diciembre 21-2005.– Asociación Médica Departamento San Cristobal y 9 de Julio c. Policlínico Rafaela y otros –ordinario– s/recurso de inconstitucionalidad.

En la ciudad de Santa Fe, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil cinco, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores *María Angélica Gastaldi*, *Mario Luis Netri* y *Eduardo Guillermo Spuler*, con la presidencia del señor Ministro doctor *Roberto Héctor Falistocho*, a fin de dictar sentencia

en los autos caratulados “Asociación Médica Depto San Cristobal y 9 de Julio contra Policlínico Rafaela y otros –ordinario– sobre recurso de inconstitucionalidad” (Expte. C.S.J. nro. 191, Año 2002). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: 1ª ¿Es admisible el recurso interpuesto?; 2ª En su caso, ¿es procedente?; y 3ª En consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores *Spuler*, *Netri*, *Falistocho* y *Gastaldi*.

A la primera cuestión –¿es admisible el recurso interpuesto?– el doctor *Spuler* dijo:

Mediante resolución registrada en AyS, 178-439, esta Corte admitió la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora contra la sentencia del 17 de marzo de 2000, dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Quinta Circunscripción Judicial, por entender, en una apreciación mínima y provisoria, que la postulación de la recurrente contaba con suficiente asidero en las constancias de la causa e importaba articular, con seriedad, planteos que podían configurar hipótesis de violación del derecho a la jurisdicción con idoneidad para lograr la apertura de esta instancia de excepción, no advirtiendo –*prima facie*– obstáculos formales que impidieran la viabilidad de la impugnación.

El nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7.055, efectuado con los principales a la vista, me conduce a ratificar esa conclusión, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General a fojas 692/694. Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los doctores *Netri*, *Falistocho* y *Gastaldi* expresaron idéntico fundamento al vertido por el doctor *Spuler* y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión –en su caso, ¿es procedente?–, el doctor *Spuler* dijo:

1.1. Conforme surge de autos, la actora promovió demanda contra “Policlínico Rafaela S.A.”, “Tita Hnos. S.A.” y “Clínica Parra S.R.L.” a fin de que se los condene solidariamente al pago de la suma reclamada, con más intereses y costas.

En su presentación, relató que su parte celebró un convenio con los demandados el 7.09.1994, mediante el cual se comprometió –a través de los profesionales, clínicas y sanatorios inscriptos en la Asociación– a la prestación de servicios médicos a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (P.A.M.I.) en el ámbito territorial de los Departamentos San Cristóbal y Nueve de Julio de esta Provincia, mientras que las sociedades prestatarias se obligaron a retribuir tales servicios mediante el pago de una cápita, la que se convino en la suma de \$ 12,20 por afiliado, con exclusión de los de las localidades de Moisés Ville, Palacios y Las Palmeras. Agregó que dicho acuerdo se formalizó por el término de ciento ochenta días contados a partir de su celebración, quedando facultadas las partes para rescindirlo sin causa después de dicho plazo sin otro requisito que la notificación previa con treinta días de antelación.

Señaló que por dicho acuerdo se sustituyó el pago por el sistema de prestación de acuerdo a aranceles pactados entre las partes establecido en el contrato suscripto el 16.02.1994 (hasta el 31.08.1994) pero se ratificaron las cláusulas primera, quinta, décimosegunda, décimotercera y décimocuarta del convenio anterior.

Explicó que cumplido el primer período de prestaciones por el sistema capitado –del 7 al 30 de septiembre de 1994– las accionadas abonaron el importe de la cápita convenida, el que surge de multiplicar el número de afiliados de ambos departamentos por el importe pactado, computando los 23 días de vigencia del contrato durante ese mes. Empero, prosiguió, por el mes de octubre de ese año, las deudoras entregaron un monto “a cuenta” el 28.11.1994, quedando un saldo cuyo pago fue requerido por su parte, lo cual fue rechazado por las entidades sanatoriales –con el argumento de que en virtud del acuerdo, debía debitarse de la cápita la facturación de afiliados de la jurisdicción de la Asociación por prácticas de primer y segundo nivel realizadas en Rafaela–, quienes tampoco abonaron la cápita pactada en los períodos posteriores.

Expresó que antes de la promoción de esta acción judicial, convocó a una reunión de la Comisión Mixta, tal como lo prevé el artículo 4to. del convenio, a los fines de considerar la cuestión suscitada, la que fracasó por la incomparecencia de los representantes de las accionadas.

Alegó que el pretense débito es improcedente por cuanto: a) se había fijado contractualmente una cápita fija, no sujeta a deducción alguna; y b) ello también surgía de lo que verosíblemente las partes habían entendido o habrían podido entender (art. 1198, CC), ya que el importe de la cápita había sido establecido en función de la relación contractual anterior y de la cantidad promedio estimada de pacientes derivados y autoderivados con domicilio en los Departamentos aludidos que requerían atención en Rafaela; dicho monto habría sido mayor si la totalidad de las prestaciones correspondientes al primero y segundo nivel se hubiera realizado por intermedio de los prestadores de su parte.

Añadió que si se hubiera producido un incremento notable de esas derivaciones o autoderivaciones, las sociedades demandadas habrían podido solicitar una revisión de la cápita pero no descontar lisa y llanamente un monto que no correspondía, improcedencia que se evidenciaba por la ausencia en el convenio de pautas de fiscalización de las prestaciones que constituyeron el objeto del débito.

Finalmente, postuló la aplicación de la teoría de los actos propios, habida cuenta de la contradicción en el proceder de las demandadas con respecto al seguido en relación al mes de septiembre, respecto del cual habían abonado la cápita sin quitas y en función de los días de vigencia del contrato (fs. 44/48).

1.2. A su turno, las accionadas plantearon la falta de legitimación de la actora –por no haberse expedido la Comisión Mixta de acuerdo a lo previsto contractualmente– y se opusieron al progreso de la demanda. Luego de reconocer los dos convenios y sus diversas modalidades de pago, admitieron, con respecto al celebrado en fecha 7.09.1994, que el primer pago comprendió íntegramente la cápita por cuanto a la fecha en que se efectivizó (17.11.1994) “no obraban aun en su poder los elementos respaldatorios (*sic*) de las prestaciones brindadas que le permitieran establecer cuáles habían sido las que efectivamente se habían realizado por parte de la prestadora y en su zona de cobertura”, pero señalaron que del convenio original se mantenían dos elementos que tipificaban las prestaciones que debía brindar la actora, cuales eran: a) los beneficiarios debían corresponder a su jurisdicción territorial, y b) debía suministrar todas las prestaciones que se correspondieran con la capacidad prestacional de los sanatorios y profesionales asociados; no obstante, afiliados de esa jurisdicción habían requerido prácticas o prestaciones en el Departamento Castellanos –y más concretamente, en la ciudad de Rafaela– que estaban incluidas en el monto mensual pactado con la actora en concepto de cápita, por lo que resultaba “lógico y legítimo” que se procediera al débito de lo pagado por tales servicios, pues de lo contrario su parte abonaría dos veces las mismas prestaciones (a la actora y a los profesionales que efectivamente las habían suministrado) y la Asociación obtendría un enriquecimiento sin causa ya que estaría percibiendo una cápita completa, comprensiva de prestaciones que no había brindado no obstante contar con capacidad prestacional suficiente (fs. 63/66).

1.3. Sustanciada que fuera la causa, el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Correccional de San Cristóbal –ante quien quedara radicada en razón de la excusación del Juez en lo Civil– acogió la demanda, con más intereses y costas (fs. 593/599), pronunciamiento que fue revocado en la alzada por decisión mayoritaria (fs. 642/654)

2. Contra el fallo de la Cámara, interpone la actora recurso de inconstitucionalidad con sustento en el inciso 3º del artículo 1º de la ley 7055, por resultar violatorio de su derecho a la jurisdicción.

Le imputa al decisorio contradecir constancias de autos, pues afirma que mientras las partes, en los escritos constitutivos de la litis, admitieron que se trataba de un contrato de riesgo, la mayoría del Tribunal le dio tratamiento de conmutativo pero respecto de uno de los litigantes, además de atribuirle a su parte una obligación dineraria cuando del contrato surge claramente que las obligaciones a su cargo eran exclusivamente de hacer.

Además, le endilga prescindir totalmente y sin fundamentación de pruebas decisivas –las que detalla– demostrativas de que la cápita se había fijado considerando el consumo promedio de atención médica; que la omisión de auditoría sólo se concibe en un régimen en el que no funcionen los descuentos, y que esa auditoría (de orden, documental y compartida) funcionó durante la vigencia del contrato por prestación (anterior) y fue eliminada al pasarse al sistema capitado; que las partes sabían al contratar de la libertad de elección del prestador que les asistía a los afiliados; que los prestadores de la Asociación no obtenían ganancias derivando pacientes, pues cobraban por cada prestación y en base a lo facturado, y el importe de las facturaciones correspondientes al mes de octubre de 1994 fue superior al de la cápita convenida; y que la autorización de efectuar débitos se pacta expresamente en cada contrato (contratos correspondientes al Departamento General Obligado). Afirma que de haber sido considerada la prueba que menciona, los juzgadores habrían arribado a una decisión opuesta a la adoptada mayoritariamente.

Aduce que también se sustentó en afirmaciones puramente dogmáticas sin base en la realidad de la causa ni en un razonamiento que permita justificarlas. Menciona: a) las reiteradas alusiones al escrito de expresión de agravios “sin que se aporte un fundamento propio del órgano jurisdiccional, ni las razones que llevan a la adhesión que reiteradamente se proclama, y sin la mínima referencia a las fundadas argumentaciones contrarias contenidas en el escrito de contestación de agravios”; b) la aseveración de que se arribaría a un resultado absurdo y perjudicial para la demandada de no convalidarse los descuentos, cuando consta en autos que la facturación de los prestadores de la Asociación fue superior al monto de la cápita total, aun sin considerar tales débitos; y c) la afirmación de que las prestaciones médicas en el Departamento Castellanos a afiliados de su jurisdicción generaban créditos dinerarios compensables frente a su parte, la que carece de sustento contractual y legal.

Por último, acusa que la mayoría de la Cámara se arrogó el rol de legislador, al modificar el artículo 819 y derogar parcialmente éste y el artículo 820 del Código Civil, pues no es lo mismo obligaciones “líquidas”

que “liquidables” y mientras las obligaciones contraídas por las demandada son dinerarias, su parte sólo asumió obligaciones de hacer, excluidas de la posibilidad de compensar.

Como consecuencia de todo ello, sostiene que los fundamentos del fallo atacado son sólo aparentes (fs. 660/664).

3. Adelanto mi opinión en sentido favorable a la postulación recursiva, pues si bien es cierto que los planteos articulados remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común –ajenas, por vía de principio, a esta instancia extraordinaria–, ello no resulta óbice para el acogimiento de la impugnación cuando lo resuelto satisface de manera sólo aparente la exigencia de constituir derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos del caso.

El voto que hiciera mayoría consideró, en síntesis, que la sentencia del inferior había realizado “una interpretación del contrato contraria a su finalidad o lo que es lo mismo, contraria a lo que las partes entendieron o pudieron entender”, ya que de no haber los demandados procedido a descontar del crédito de la actora la suma necesaria para abonar a quienes prestaran efectivamente los servicios, “... estarían obligadamente pagando dos veces la misma prestación (...) lo cual configuraría para la hoy reclamante un enriquecimiento ilícito y para los demandados, obligados a pagar dos veces lo mismo, una solución contraria a la equidad”. También encontró razón a la parte demandada, en cuanto a la procedencia de la compensación y el consecuente rechazo del reclamo de la demandante, por tratarse de créditos “dinerarios (art. 820, cód. civil) y liquidables (art. 819, cód. civil)”; a lo cual agregó que el sistema de crédito automático adoptado se encontraba avalado por la costumbre en el ámbito donde se había realizado la contratación, siendo la adoptada la solución que más se ajustaba al principio de la buena fe.

Entiendo que al resolver como lo hizo –bajo el tratamiento que se le dio al convenio en el ejercicio de sus funciones propias y sin que ello haya supuesto un inaceptable apartamiento de los términos de la litis (*vid.* f. 47 del escrito de demanda)– se desentendió, no obstante, de elementos de prueba fehacientemente incorporados en autos, invocados por la actora en pos de la confirmación de sus aseveraciones, cuya debida valoración por los juzgadores pudo conducir a modificar el resultado que se impugna por esta vía extraordinaria.

Sabido es que no pesa sobre el Tribunal el deber de respaldar su pronunciamiento en la totalidad del material probatorio, sino que puede escoger aquellos medios que estime adecuados en orden a lo decidido finalmente (*conf.* AyS, 93-198; 128-263; etc.), pero también ha dicho este Cuerpo que una válida labor jurisdiccional exige que se haga mérito de todas aquellas pruebas que resultan decisivas para avalar las respectivas posiciones de las partes en el proceso (*conf.*, por todos, AyS, 189-448), pues su prescindencia injustificada configura un supuesto de arbitrariedad por ausencia de motivación suficiente que invalida la sentencia como acto jurisdiccional.

Desde luego, no concierne a esta Corte indicar a los Tribunales de la causa el concreto mérito que tienen las probanzas de autos, ni mucho menos, imponerles el dictado de una resolución contraria a la aquí impugnada. Empero, sí debe descalificar las deficiencias en que incurren los juzgadores de grado en el determinante mundo de los hechos, al caer en desviaciones que importan su desconocimiento del material de la causa. En consecuencia, tales elementos tendrán o no el valor que el tribunal ordinario determine dentro de sus facultades propias mas no puede admitirse que se los deseche sin dar un fundamento razonable que conspire contra el adecuado servicio de Justicia (*conf.* AyS, 98-307; 164-1).

Así, resulta sorprendente que si los sentenciantes orientaron su tarea hermenéutica en orden a la determinación de “lo que efectivamente quisieron las partes contratantes”, de acuerdo además a los lineamientos que emanan de los artículos 1198 del Código Civil y de los artículos 217 y 218 del Código de Comercio (*vid.* f. 646 *vto.*), hayan luego marginado las contestaciones dadas por los representantes de “Tita Hnos. S.R.L.” y de “Clínica Parra S.R.L.” (fs. 140 y 150 respectivamente) a lo requerido por la actora en la posición 13ra. (*conf.* pliego obrante a fs. 134/135), declaraciones en las que esencialmente se basó ésta para demostrar la principal postulación de su reclamo: la improcedencia de los débitos por cuanto las prestaciones de primero y segundo nivel a los afiliados de su jurisdicción realizadas por profesionales del Departamento Castellanos –atento a la libertad de elección del prestador que les asiste (cuestión que, vale aclarar, fue admitida por la accionada, *vid.* f. 625) y de acuerdo a la relación contractual anterior– fueron contempladas al convenirse en el acuerdo del 7.09.1994 la fijación de la cápita.

El estudio de esas pruebas muestra que tales dichos –apreciados, en cambio, por el vocal disidente– revestían una singular y particular relevancia para la solución de la litis, en tanto que podían gravitar decisivamente en la revalorización del plexo probatorio (en particular, en conexión con las afirmaciones realizadas por el representante legal de la Asociación, respuesta a la posición 4ta., fs. 226/227) para conmovier la convicción del doble pago al que quedaría obligada la parte demandada de no haber realizado los controvertidos descuentos y, asimismo, la concurrencia en la especie de la “recíproca” calidad de deudor y acreedor entre las partes, presupuesto necesario, al margen de los restantes requisitos legales, para

que pudiera tornarse operativa la compensación admitida en la sentencia.

Esa sola omisión, por su gravedad, sería suficiente para la descalificación de lo resuelto. Empero, debe consignarse que la demandante también insistió en el argumento de que la posibilidad de efectuar tales débitos se pacta en forma expresa, como –según afirma– resultaría acreditado por los convenios celebrados por la Asociación Médica del Departamento General Obligado glosados en autos (copias obrantes a fs. 454 y 462).

Dicho extremo, lejos de carecer de entidad, revela su trascendencia a poco que se lleve a cabo un examen integral del testimonio del Jefe de Prestaciones Médicas del P.A.M.I., doctor García. En efecto, el ponente declaró que los débitos son realizados “*de acuerdo a los contratos que hayan firmado las partes* (entendiéndose como partes las de este juicio)” y con relación a las operatorias de los mismos, que “el instituto (I.N.S.S.J.P.) no ocupa ningún rol ya que *entre las partes acordaron la modalidad de pago y las prestaciones a brindar*” (la cursiva me pertenece, f. 308 vta.) mas los magistrados soslayaron absolutamente tales dichos y sólo tuvieron en cuenta la respuesta a una anterior pregunta formulada por el representante de la parte demandada (pregunta 4ta.) para considerar avalado el proceder de ésta por la costumbre.

El olvido incurrido tampoco puede ser excusado por este Cuerpo desde que esas aseveraciones podían encontrar su correlato en las cláusulas correspondientes a los contratos presentados como prueba documental para torcer, eventualmente, el entendimiento de la mayoría respecto a la vigencia del “sistema de crédito automático” practicado por la Institución en el particular contexto del vínculo contractual que unía a las partes.

A su vez, mediante la invocación de prescindencia de prueba y de dogmatismo, la recurrente cuestiona el criterio del *a quo* en el sentido de que una solución distinta conduciría a un resultado absurdo y perjudicial para la demandada.

De la lectura de la sentencia impugnada se desprende que la entidad se agravia de lo sostenido por el Tribunal en punto a que “... la receptada en este voto, es la solución más ajustada al principio de buena fe, que impone el art. 1198 CC, pues de lo contrario, desvirtuando la verdadera finalidad del convenio, se llegaría al absurdo de que aun cuando los beneficiarios acudieran en su totalidad a profesionales de otras jurisdicciones, los prestatarios deberían pagar completo el precio por cápita a ellos, y además, pagar el precio de las prestaciones a los profesionales que las efectuaron, lo que (...) viola ostensiblemente el (citado) principio ...”.

El análisis de ese planteo a la luz de las constancias de la causa autoriza a colegir que la tesis de los sentenciantes exhibe de nuevo una falencia reprochable. Ello es así, por cuanto el debido respeto al propósito de preservar la “igualdad” de las partes expresado en el voto de la mayoría (*vid. f. 648*) exigía en todo caso una prudente apreciación de los posibles perjuicios que, en función del contrato, podían padecer ambos celebrantes, lo que no se advierte haya acontecido en el *sub iudice*, toda vez que no se desprende del pronunciamiento la consideración de la pericial contable de foja 199, conforme a la cual, según lo argumentado por la recurrente, resultaría demostrada la existencia de un resultado desfavorable para la Asociación en el mes de octubre de 1994, sin poder reclamar una suma mayor dado el reemplazo en el nuevo convenio del sistema de pago por prestaciones (acordado en el anterior) por el sistema de cápita fija.

Dable es añadir, a mayor abundamiento, que el correcto juzgamiento del caso desde el mentado principio rector requiere de los jueces una detenida valoración de las particulares circunstancias que rodearon la contratación –sus antecedentes y conductas sobrevinientes– en orden a reconstruir el contexto negocial que motivó la expresión de voluntad común (conf. Fallos, 324:606, disidencia parcial del doctor Moliné O’Connor). Asimismo, ha dicho el Alto Tribunal de la Nación que la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (Fallos, 325:2935), debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a sus actos anteriores– se ha suscitado en la otra parte (conf. Fallos, 315:890; 325:1787; 325:2935).

Y ello no parece haber sido atendido cabalmente en el voto que hiciera mayoría, toda vez que, no obstante la trascendencia que –por dichos lineamientos– ostenta el proceder de los celebrantes para el esclarecimiento de lo efectivamente querido en la concertación del negocio jurídico, dejó de lado ciertos aspectos fácticos que surgen de un minucioso examen de los autos, como el pago de la cápita del mes de septiembre sin deducciones por parte de la demandada, extremo expresamente propuesto por la Asociación (aludido también en el escrito de contestación de agravios, v. fs. 633 vto. y 634 vto.), cuyo desmerecimiento inmotivado también refuerza el reproche constitucional que le cabe al fallo traído en recurso.

Así visto, no satisface el derecho a la jurisdicción el decisorio que prescinde de elementos decisivos para la suerte de la causa utilizando una fundamentación tan sólo aparente y contraria a las constancias de autos, lo cual deja incumplido el deber de suficiencia que impone el art. 95 de la Constitución Provincial (conf. AyS, 83-71).

La motivación suficiente exigida por la Ley Suprema no impone un cartabón de *quantum*, sino de calidad de las argumentaciones que le sirven de sustento, lo cual supone correlación entre aquéllas y lo resuelto. Es

decir, no existe una medida en la fundamentación de la sentencia judicial, sino que bastará con que la misma contenga fundamentos mínimos suficientes, debida fundamentación o sustento necesario como condición de validez.

En otros términos, la justificación del razonamiento decisorio judicial exige una fundamentación suficiente –que exprese todos los argumentos “fuertes” que se pueden aducir en favor del resultado interpretativo defendido– e integral, o, en otras palabras, una argumentación que se haga cargo de todas las dimensiones o materias involucradas decisivamente (regulatoria, fáctica, lingüística, lógica y axiológica) –conf. al respecto: Vigo, Rodolfo, “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica” en “Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas”, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., Santa Fe, 1999, págs. 13 y sigs. y “Razonamiento justificatorio judicial”, en “DOXA - Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR (Buenos Aires, 1997)”, 21, Vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, INGRA Impresores, España, 1998, págs. 483 y sigs.)– como condición de su validez (conf. AyS, 189-448).

Exigencia que, en suma, no se encuentra cumplida en la especie.

Las consideraciones expresadas bastan para concluir en la procedencia de la impugnación articulada, toda vez que tales anomalías verificadas en el ámbito de lo fáctico se proyectan sobre todo el decisorio, tornándose inoficioso el tratamiento de los restantes agravios articulados.

De todo lo expuesto ha de colegirse que el pronunciamiento no se adecua al ordenamiento jurídico fundamental, correspondiendo su anulación para que la causa sea nuevamente juzgada. Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los doctores *Netri* y *Falisto* expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el doctor *Spuler* y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, la doctora *Gastaldi* dijo:

Adhiero a la solución propiciada en el voto del señor Ministro preopinante, por coincidir en lo sustancial con los fundamentos allí vertidos, entendiendo que en el caso luce suficientemente demostrado el apartamiento normativo reprochado por el recurrente, por lo que la sentencia, basándose en invocaciones genéricas de un enriquecimiento sin causa, se desentendió del contrato de cápita y su alcance.

Por su parte, la justificación de los descuentos en que se basó la Cámara para revocar la sentencia, invocando una costumbre en contrario, carecen de suficiente motivación, en orden al contrato suscripto, y cuando se advierte que para tenerlo por acreditado, los sentenciantes se basaron en una parcializada consideración de las constancias de la causa. Circunstancias a las que detalladamente se indica en el voto al que adhiero. Voto, pues, por la afirmativa.

A la tercera cuestión –en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?–, el doctor *Spuler* dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, con costas (art. 12, ley 7055). Disponer la remisión de la causa al Tribunal que corresponda a fin de que la misma sea nuevamente juzgada. Así voto.

A la misma cuestión, los doctores *Netri*, *Falisto* y *Gastaldi* dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el doctor *Spuler* y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia resolvió: Declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, con costas. Disponer la remisión de la causa al Tribunal que corresponda, a fin de que la misma sea nuevamente juzgada. Registrarlo y hacerlo saber.– *Roberto H. Falisto*.– *María A. Gastaldi*.– *Mario L. Netri*.– *Eduardo G. Spuler* (sec.: Fernández Riestra).

Impedimento de Contacto de Menores con sus Padres no Convivientes:

Configuración. Inexigibilidad del requisito de prejudicialidad. **Imputado:** Declaración indagatoria. Incidencia probatoria de la abstención de declarar.

1.- El elemento normativo previsto en el art. 1° de la ley 24.270, referente a la “ilegalidad” del impedimento, resulta satisfecho cuando existe régimen de visitas fijado judicialmente o convencional homologado judicialmente, régimen de visitas convenido sin homologación y, aún, en caso de ausencia previa de alguna de dichas alternativas, toda

vez que el padre no conviviente pretenda ejercer su derecho de comunicación con el hijo menor y el conviviente se oponga; razón, esta última, por la cual el juez penal está habilitado para emitir un pronunciamiento jurisdiccional válido sin necesidad de estarse a un pronunciamiento judicial previo (del voto del doctor NAVARRO).

2.- Siendo la indagatoria un acto estrictamente personal y no reemplazable o sustituible por terceros, aunque sea por su letrada, que en todo caso es una asesora técnica, debe resolverse la situación según los elementos que existan en la causa, en donde, si bien es un derecho constitucional la abstención de declarar, esa negativa no puede ser reemplazada en la interpretación de los hechos, como tal, o como explicación, sino en todo caso, lo que se hace en pos del ministerio defensivo, al elucubrar planteos de descargo, es bosquejar conjeturas que, como tal, puedan ser aceptadas, pero solamente cuando estén apoyadas por datos y/o pruebas (del voto del doctor CRIPPA GARCÍA). C.S.

23 – CPenal Rosario, sala III, agosto 23-2005.– R., R. A. s/impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes.

Rosario, agosto 23 de 2005.–

El doctor Navarro dijo:

Mediante sentencia N° 25 del 17 de abril de 2004, glosada a fs. 87/90, dictada por el doctor A. B. C., titular del Juzgado en lo Penal Correccional N° 6, se dispuso la condena de R. A. R., por considerársela autora penalmente responsable de la figura delineada en el art. 1°, párrafo segundo, de la ley 24.270, imponiéndosele la pena de seis meses de prisión, de ejecución condicional y costas. También se dispuso que la encartada fije residencia dentro de la jurisdicción del Tribunal; ello, y para el caso de no cumplimiento, aplicarse los apercibimientos previstos en el último párrafo del art. 27 bis del C. Penal, introducido por la ley 24.316/94. Apelado el fallo y concedido el recurso, los autos fueron enviados a esta instancia de alzada, en la cual se imprimió trámite a la impugnación.

A fs. 117/120, se agregó el escrito de expresión de agravios presentado por el doctor G. A. C., Abogado defensor de confianza de la justiciable, quien, inicialmente, se agravia por cuanto el sentenciante dio por probados hechos que no están acreditados en autos, como el matrimonio entre el denunciante y la imputada, como así también la existencia de los hijos y del establecimiento o fijación de un régimen de visitas. Que sólo se acompañaron fotocopias simples que no prueban parentescos. Tras diversas alegaciones, expone y pregona que una sentencia basada en fotocopias simples, es nula. Que le agravia que en la sentencia se tenga por probado que hubo problemas en el régimen de visitas desde larga data. Que no se citó a testigos y que se está ante un caso en el que las dudas son invencibles, siendo aplicable el art. 5° del CPP. Que no se pidieron informativas al Tribunal de Familia. Que se ha presumido que, en otra causa, la aquí acusada es culpable y que ello agravia a su clienta. Insiste en que se está ante un caso de nulidad absoluta de las actuaciones. El recurrente pidió que se resolviera, primeramente, esa causa a la que se alude, e insiste en tal impetración. Que, en la sentencia, se ha considerado disvalioso que la acusada se haya abstenido de declarar. Que no está probada la materialidad ni el tipo subjetivo. Que el propio denunciante dio cuenta que concurrió a las 19.30 (debía hacerlo a las 19.00), ello es manifestación de su incumplimiento. Que en la sentencia se han confundido dichos de la Defensa, como si fueran dichos de la imputada. Admite o pone de relieve, en criterio del nuevo Abogado defensor, que no son felices los dichos de la anterior defensa. Le agravia también a la apelante que se haya aplicado a la encartada una pena superior a la que solicitara la Fiscalía. Finalmente, hace reserva de derechos, y pide que se revoque la sentencia apelada.

A su turno, y a fs. 121/122, el Fiscal de Cámaras interviniente, doctor G. C., responde los agravios de la recurrente, y rebate las discrepancias y disconformidades de su antagonista, pidiendo que se rechacen los agravios de la apelante y que se confirme la sentencia apelada.

Se ha venido sosteniendo jurisprudencialmente, que declarar la nulidad de un fallo es una decisión muy grave, siendo entonces de toda obviedad, que debe ser utilizada con suma prudencia. A la vista de todos los obrados, y tomando en cuenta el trámite de la causa en sus diferentes etapas, emerge que se han respetado todos y cada uno de los derechos de la encartada, quien ha ido prestando consentimiento a los pasos procesales que se fueron cumplimentando. Sabido es que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071, Código Civil), siendo de toda evidencia que la pretensión nulidicente de la quejosa, de ser acogida favorablemente, excedería, y en mucho, los límites que fija la buena fe procesal. Bien pudo la encartada y su anterior letrada, formular los cuestionamientos y pedimentos que entendían pertinentes. Así, más allá de los planteos del recurrente, nadie puede argumentar que, en el caso, se han afectado los derechos de defensa, o el de debida contradicción. Todos los derechos han sido respetados. La encartada no ha visto disminuidas sus garantías ni conculcados sus derechos, los cuales –se insiste–, han sido resguardados cuidadosamente. Por ello, entiendo que, en todo momento, la encartada ha sabido clara y precisamente cuál era la motivación de estos obrados, no pudiendo tener acogida favorable el planteo nulidicente, ya que el mismo, en mi opinión, va a contrapelo de la buena fe procesal y de lo que indica el sentido común. Por ello, no puede accederse al planteo de nulidad.

El tipo penal previsto en el art. 1° de la ley 24.270, establece sanción

para el padre o madre que ilegalmente obstaculizare o impidiere el contacto de sus hijos menores con el cónyuge no conviviente, y éstas son precisamente las circunstancias que surgen acreditadas en autos, no pasando inadvertido que el domicilio al que F. A. C. concurrió en la procura de visitar y/o retirar a sus hijos, menores ambos de diez años (segundo párrafo del art. 1° de la Ley 24.270) es el de la calle, Planta Alta, que, precisamente, es el que R. A. R. da como domicilio real a fs. 16 en su declaración indagatoria.

Dable es advertir que la tipicidad establecida por la normativa vigente, no castiga el mero incumplimiento al régimen de visitas que se hubiere convenido, sino que, más bien se encuentra referida a un especial disvalor de acción relativo al impedimento –sea total o parcial, con la obstrucción–, del contacto con el progenitor no conviviente. Debe protegerse el vínculo psicofísico que entraña la relación paterno filial.

Doctrinariamente, se ha sostenido: “La ley, asimismo, introduce un elemento normativo al establecer que ese impedir u obstruir el contacto debe ser ilegal: ‘ilegalmente’ se anota expresamente en el art. 1°, pudiendo presentarse, al menos, las siguientes variantes: 1) Régimen de visitas fijado judicialmente o convencional homologado judicialmente; 2) Régimen de visitas convenido sin homologación judicial; 3) Que no exista previamente ninguna de dichas alternativas, no obstante el padre no conviviente pretende ejercer su derecho de comunicación con el hijo menor o discapacitado y el conviviente se opone. Respecto del supuesto consignado en el punto 1, no cabría mayor comentario, pues presupone una resolución judicial fijando los alcances del régimen implementado; estimamos, de todos modos y sin perjuicio de las observaciones que se harán más adelante, que igualmente resultarían comprendidos los casos indicados en los apartados 2 y 3, no sólo teniendo presente la amplitud de la fórmula legal, sino también efectuando la interpretación integral de la norma, la cual, precisamente, establece en el art. 3° inciso 2, que el Tribunal penal ‘Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o de existir, hará cumplir el establecido’; es decir, si al Juez Penal le corresponde fijar dicho régimen de visitas, dejando a salvo –repetimos–, los reparos que indicaremos ulteriormente, aún no mediando regulación judicial previa, se deduce, consiguientemente, que la instrumentación legal abarca las situaciones que señalamos en 2 y 3, sin dejar de advertir, principalmente y en hechos concretos que dependerá de una cuestión probatoria, de orden procesal, para demostrar especialmente la existencia del propósito del padre o madre no conviviente de comunicarse o contactarse con el hijo menor o discapacitado” (Código Penal, ley nacional 24.270, Menores de edad. Contacto con sus padres no convivientes. Impedimento. Penas. Alicia Llusa de Doldán - Carlos Rolando - Enzo R. Calvet, Zeus, 64-117).

Se sigue analizando en el artículo precedentemente aludido, que lo dispuesto en el inc. 2 del art. 3° de la ley (determinación de un régimen de visitas provisorio), es atentatorio contra las disposiciones del Código Penal, del que esta ley es complementaria, ya que el régimen provisorio aparecería como una modalidad de sanción, siendo que el Código Penal prevé como penas la reclusión, la prisión, multa e inhabilitación, vale decir que son éstas, y sólo éstas las que puede aplicar el juez penal. Si bien tomo en consideración lo que se dice, también computo que el legislador J. A. A. dijo: “Nuestro proyecto está dirigido a llenar un vacío legal y proteger al hijo menor de edad de padres divorciados o separados, que han sido víctimas del impedimento de contacto con su padre o madre no conviviente, en contra de sus voluntades, por el arbitrario accionar del otro progenitor, sin que existan causas graves suficientemente probadas por resolución judicial que hayan decretado la suspensión, supresión o denegación del régimen de visitas”.

Se trata de proteger a los menores en su integridad física, psíquica, afectiva, al igual que su formación espiritual y cultural, para lo cual es necesario, salvo que medien causas determinadas, que los niños tengan contacto con su progenitor no conviviente.

Habida cuenta del tenor de los agravios, corresponde hacer notar que nada vedaba a que el *a quo*, como lo hizo, emitiera pronunciamiento jurisdiccional, sin necesidad de estarse a un pronunciamiento judicial previo.

En punto a la pena impuesta por el sentenciante, emerge que el mismo, al mensurarla, ha tomado en consideración la escala penal que corresponde al caso: se trata de niños de menos de 10 años, por lo cual no estamos ante un caso en que el juez fijó una pena superior a la impetrada por el Ministerio Fiscal, haciéndolo caprichosa y arbitrariamente, sino que no podía aplicar o fijar una pena como la impetrada, desde que el mínimo previsto, es precisamente de seis meses.

Restaría decir que, también para este caso, por tratarse de una conducta delineada por el Código Penal (art. 5°, ley 24.270, B. O. 26/11/93), es de aplicación el criterio consistente en que en una causa penal, la certeza no solamente puede obtenerse de pruebas directas, sino también de las indirectas, de los indicios, e incluso de las presunciones.

Postulo entonces, la confirmación de la sentencia apelada, con costas, desestimándose la nulidad pretendida por el apelante, teniéndose presente las reservas formuladas.

El doctor Crippa García dijo:

Tal como lo ha expuesto con claridad meridiana el doctor N., la preten-

sión recursiva no puede tener andamiento, y por ende, debe ser rechazada, no sólo en lo que hace al tema de la responsabilidad autoral, sino también y previamente, a la cuestión de la pretendida nulidad, aspecto éste que no tiene sustento procesal y constitucional alguno, sino una mera y formal enunciación, ante la falta de perjuicio.

En cuanto a la mención del distinguido letrado de la defensa, relativo a los dichos o argumentos de la anterior letrada, coincido con su apreciación de que los mismos no pueden serle atribuidos a la encartada, pero al mismo tiempo, cabe una vez más expresar que, siendo la indagatoria un acto un acto estrictamente personal y no reemplazable o sustituible por terceros, aunque sea por su letrada, que en todo caso es una asesora técnica, debe resolverse la situación, según los elementos que existen en la causa, en donde, si bien es un derecho constitucional la abstención de declarar, esa negativa no puede ser reemplazada en la interpretación de los hechos, como tal, o como explicación sino en todo caso, lo que se hace en pos del ministerio defensivo, al elucubrar planteos de descargo, es bosquejar conjeturas, que como tal pueden ser aceptadas, pero solamente cuando estén apoyadas por datos y/o pruebas.

Nada de ello ha ocurrido en la causa, en la que la imputada se ha abstenido de brindar cualquier explicación o declarar, adosándose a ello la falta de alguna prueba en pos de la contradicción con lo denunciado, por lo que, sin afectación alguna en lo constitucional, procesal y legal, no puede dejar de atenderse a la mención que hace el sentenciante al respecto, puesto que una vez más, debo decir que la imputada que asume en su defensa, una actitud de abstención que, totalmente legal, deja a la causa sin postulación referencial sobre otra hipótesis de acaecimiento de los hechos, especialmente en cuanto a eventual justificación o inculpabilidad.

Con la prueba colectada, emerge acreditado y sin controversia sustentable en los presentes, que ha habido por parte de la encartada, en más de una oportunidad, más allá de las motivaciones o fundamentos que pudieran esgrimirse, que se ha obstaculizado el contacto de los menores, hijos suyos, con el padre de ellos, estorbándolo y haciendo difícil ese contacto, lo que lleva a la postulación propiciada por el Vocal preopinante, sobre la confirmación íntegra del fallo recurrido.

La doctora *Ramón* dijo:

Habiendo tomado conocimiento de los autos y, advirtiendo la existencia de dos votos totalmente concordantes que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10.160).

En mérito a lo expuesto, la sala tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal, dicta el siguiente Fallo: 1) Desestimando la nulidad impetrada y confirmando, con costas, la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso (art. 168, CPP). 2) Regulando los honorarios del doctor G. A. C., por su labor profesional cumplida en esta Alzada, en la suma de trescientos pesos (\$300), con noticia a la Caja Forense. 3) Teniendo presente las reservas formuladas.— *Ernesto M. Navarro.— Otto H. Crippa García.— Elena Ramón.*

Empleados Públicos:

Quiebra: inembargabilidad de sus sueldos; doctrina “Coinauto” de la Corte Suprema de Santa Fe.

En virtud de la doctrina del “leal acatamiento” debe estarse a lo resuelto por la Suprema Corte Provincial in re “Coinauto S. A. c. Martins, Oscar A. s/ ejecución prendaria s/recurso de inconstitucionalidad” según la cual se declaró la constitucionalidad del 6754/43 que establece la inembargabilidad de los sueldos de los empleados públicos y, en consecuencia, corresponde ordenar la restitución al fallido —en el caso empleado dependiente del Ministerio de Educación— de las sumas embargadas sobre sus haberes en el marco de un proceso de quiebra.

24 - CApel. CC Rosario , sala IV, marzo 17-2006.—B., R. s/pedido de quiebra.

Rosario, marzo 17 de 2006.— Y *Vistos*: Los presentes caratulados: “B., R. s/pedido de quiebra”, Expte. Nro 07/2005, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 4ª. Nominación de Rosario, en apelación y nulidad articuladas por el fallido (ver fs. 315), contra la Resolución Nro 2491 de fecha 21/10/04 dictada por el Sr. juez *a quo*, que resolviera: “...1) Rechazando el recurso de revocatoria interpuesto por el fallido a fs. 291/303, con costas a su cargo...” (ver fs. 312/314 vto);

Y *Considerando*: Que dicha resolución decide sobre la revocatoria deducida por el fallido contra la providencia de fecha 22/06/2004, que acogiera lo peticionado por la sindicatura y ordenara oficiar al Ministerio de Educación a fin de que se le sigan reteniendo de su sueldo los montos

correspondientes al embargo oportunamente ordenado por el Juzgado de Circuito de la 3ra. Nominación dentro de los caratulados: “Confina Santa Fe S.A. c. B. R. s/sumario”.

Al fundar la revocatoria —señala el fallido— que a su criterio ya no se le pueden seguir efectuando descuentos de su sueldo como consecuencia de la efectivización de embargos, atento que ya ha transcurrido más de un año desde la sentencia de quiebra, y por ende ha cesado su inhabilitación para la disposición sobre su patrimonio. El Sr. Juez *a quo* rechaza la reposición, considerando: a) que no se han liquidado los bienes que componen la masa y las subastas fijadas para la realización del bien inmueble titularidad del fallido fueron suspendidas por distintas circunstancias o leyes de emergencia nacionales; b) la más prestigiosa doctrina de nuestro país admite la existencia de un trámite que indefectiblemente debe seguir el pedido de rehabilitación del deudor el que termina en una resolución judicial (vista a sindicatura, pedidos de informes penales, etc. etc.); c) hasta el dictado del correspondiente resolutorio que le pone fin y que ordene el cese de la inhabilitación, el desapoderamiento de los bienes continúa, más todavía cuando no fueron realizados.

En su memorial de agravios con cita doctrinaria y jurisprudencial, el fallido achaca en apretada síntesis y primordialmente al Sr. juez *a quo*, que: a) confunde la rehabilitación y la inhibición, que en rigor —dice— nada se parecen; b) la rehabilitación se produce ipso iure, de pleno derecho, automáticamente, por lo que no requiere de un auto dictado por el juez que así lo declare; c) si se requiere una resolución judicial para prorrogar la inhabilitación o retomar sus efectos (v. gr., en caso de sometimiento del fallido a proceso penal, art. 236, LCQ), pero no para dejar sin efecto cuando el plazo legal ya ha expirado; d) el decreto de fs. 280 debe ser revocado en cuanto ordenar oficiar al Nuevo Banco de Santa Fe SA para que proceda a transferir los fondos depositados en la Cuenta Judicial Nro 193009/02 a una cuenta para estos autos y ordena el embargo del sueldo del fallido, por el porcentaje de ley, de acuerdo a lo peticionado por la sindicatura.

Que el fallido introduce —entonces— las siguientes cuestiones: a) la duración de la inhabilitación y su rehabilitación; b) el levantamiento de embargos trabados sobre su sueldo. Cabe recordar que de conformidad a la ley Nro. 24.522 (LCQ), la inhabilitación que acarrea la declaración de quiebra produce efectos “personales” y “patrimoniales”.

El desapoderamiento se extiende a todos los bienes actuales presentes en el patrimonio del fallido a la fecha de la sentencia de quiebra, más todos los bienes futuros, que ingresaren a dicho patrimonio, por cualquier título de adquisición (oneroso, gratuita, mortis causa, etc.), antes de la rehabilitación (art. 236, LCQ); más todos los bienes salidos del patrimonio del fallido, que reingresaren— aún después de la rehabilitación— con motivo de las acciones de recomposición patrimonial del derecho común (acción de simulación y acción de fraude o pauliana) o de alguna de las ineficacias falenciales (arts. 109, 118, 119, etc., LCQ).

Es decir, el desapoderamiento no se extiende a todos los bienes excluidos, según elenco del art. 108 de la LCQ; ni a los bienes adquiridos “ex novo” después de la rehabilitación, que no constituyan “reingreso” de bienes indebidamente salidos con anterioridad (conf. Rouillón, Adolfo A., “Régimen de Concursos y Quiebras - Ley Nro. 24.522”, Astrea, 11ª. Edición actualizada, Bs. As., año 2002, pág. 194).

El fin o cese de la inhabilitación, está en función de los distintos plazos y alternativas a los que ésta puede sujetarse; depende también del carácter de persona física o jurídica del inhabilitado. Como regla básica —a excepción de los casos de reducción o prórroga—, la inhabilitación termina al año calendario desde que comenzó. Así, en el caso de las “personas físicas” fallida —el supuesto de autos—, la inhabilitación cesa al año de la fecha de la sentencia falencial (conf. García, Silvana Mabel, “Régimen de Inhabilitaciones en la Quiebra”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 67).

El final de la inhabilitación es lo que se conoce tradicionalmente como “rehabilitación”, figura que además de producir el cese (“efecto personal”) de las inhabilitaciones personales propias de la quiebra, “impide que los bienes adquiridos por el fallido después de ella sean sometidos a desapoderamiento y liquidación falencial” (“efecto patrimonial de la rehabilitación”) (conf. Rouillón, Adolfo A, ob. cit., “Régimen de ...”, pág. 320).

Dice el art. 236 de la LCQ: “...La inhabilitación del fallido “cesa de pleno derecho”...”, y ello podría ser interpretado— así, ha sucedido por parte de la doctrina y jurisprudencia— que se trata de un efecto jurídico que no depende de la voluntad de los interesados, ni de un tercero, o por último, de una declaración judicial o de un trámite previo. Empero, debe interpretarse que la rehabilitación requiere de una resolución judicial que confiera “certeza oficial” a la rehabilitación previa comprobación del magistrado que, en la especie concurren los presupuestos fácticos y jurídicos que hacen precedente ese nuevo status jurídico. Claro está que dicho decisorio declarativo debe tener efectos “retroactivo” —hacia atrás— al vencimiento del año calendario desde que comenzó la inhabilitación.

Con acierto se aduce que, si bien de “pleno derecho”, es necesario un auto judicial que así lo establezca: elementales razones de seguridad, exigen, para el perfeccionamiento de ese importante efecto (cese de la inhabilitación), certeza y publicidad, aunque ello no significa reconocerle

al tribunal discrecionalidad en orden al otorgamiento del beneficio. La resolución judicial tiene como función, simplemente, la de certificar el cumplimiento de un plazo (Conil Paz, Alberto A., “Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522”, Ed. Abaco, Bs. As., 1996, pág. 163), lo que posibilita un funcionamiento más congruente del sistema con la reducción o prórroga de la inhabilitación establecida en el art. 236 de la LCQ.

El caso analizado no es el único que requiere resolución judicial no obstante la expresión de “pleno derecho” utilizada por la ley. El art. 118 de la LCQ regula los “Actos ineficaces de pleno derecho”, interpretándose no obstante que, “...el juez debe contar con los elementos de juicio suficientes –a cuyo efecto puede despachar las medidas de investigación que juzgue pertinentes– para reputar acreditada la existencia de alguno de los actos susceptibles de ser declarados ineficaces, y su encuadre dentro del listado del art. 118...”, y asimismo, “... el agraviado por la decisión sobre ineficacia puede recurrir ante el mismo juez del concurso por vía incidental, o directamente apelar ante el superior sin interponer recurso de reposición previa” (conf. Rouillon, Adolfo A., ob. cit., “Régimen de...”, pág. 204).

Con exclusión de los depósitos contemporáneos al periodo de desapoderamiento (06/09/2000 al 06/09/2001), respecto de los cuales –según propia expresión del fallido apelante (ver fs. 298 vto)–, no cabe lugar a dudas que ingresan como activo de la quiebra con arreglo al ya mencionado art. 107 de la LCQ, pide se desafecte y se le restituya las sumas embargadas sobre los sueldos que percibe en calidad de maestro.- Le asisten la razón al apelante.

Es cierto que esta sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, en precedentes obrantes en protocolo de la misma, se pronunció en reiteradas ocasiones en torno a la inconstitucionalidad del decreto Nro 6754/43. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en reciente fallo del 30703/05, dictado en autos: “Coinauto S.A. c. Martins, Oscar A. s/ejecución prendaria s/recurso de inconstitucionalidad”, declaró la constitucionalidad de dicho decreto que establece la inembargabilidad de los sueldos de los empleados público, tema esencial para dirimir la restitución de fondos reclamada por el fallido.

En razón de la doctrina judicial de leal acatamiento –entonces–, en este punto debe estarse a lo resuelto por ese Supremo Tribunal Provincial.- Si bien el régimen jurídico de la República Argentina –de tradición romanista– (a diferencia del angloamericano que sí lo hace), la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido cual es la eficacia que posee sobre las sentencias de los jueces inferiores y este tema ha sido también examinado por la doctrina (Sagüés, Néstor P., “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED 93-891; Palacio de Caeiro, Silvia B., “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la creación del Derecho”, en Revista de Doctrina y Jurisprudencia “Foro de Córdoba”, 1999, Nro 51, pág. 49). En este tópico la CSJN, pese a no proclamar expresamente el valor genérico y vinculante de sus pronunciamientos, insiste en forma permanente sobre la obligación y el deber de los magistrados inferiores de conformar sus decisiones a los criterios sentados, con fundamento en el deber moral y la autoridad institucional de estos fallos. Todo ello a su vez, fundado en la doctrina judicial de leal acatamiento (Fallos, 303:1768, 307:1049, 312:2007), llegándose a afirmar enfáticamente que “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la CSJN, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en ellos, dado que aquélla reviste el carácter de tribunal supremo de la República” (CS “Plan Rombo”, 12/08/97, LL Supl. Derecho Constitucional del 11/02/98, pág. 94). Igual criterio y para resolver el presente caso ha de adoptarse en este ámbito local.

Por tanto y previo libramiento de los despachos pertinentes a fin de que sean transferidos y acreditados los fondos embargados en sede extraconcursal a la orden del Juzgado interviniente en la quiebra, ha de disponerse como peticona la apelante: a) restituir al fallido las sumas embargadas en los autos “Confina Santa Fe S.A. c. B., R. F. s/sumario”, Expte Nro 2795/99, Circuito 3ra.; b) de los importes embargados en “Banco Municipal de Rosario c. B., R. y otra s/demanda ordinaria” (Expte Nro 354/99), Distrito 8ª, se retendrá para la quiebra los fondos que corresponda (06/09/2000 al 06/09/2001), y se restituirá al fallido aquellos que no se encuentra alcanzados por el desapoderamiento.

Las costas se impondrán en el “orden causado” atento a existir litigantes parcialmente “gananciosos” (art. 252, CPCC).

Por lo tanto la sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, resuelve: Revocar “parcialmente” la resolución alzada, y en consecuencia, disponer –según se explicita en los considerandos– que se proceda: a) restituir al fallido las sumas embargadas en los autos “Confina Santa Fe S.A. c. B., R. F. s/Sumario”, Expte Nro 2795/99, Circuito 3ra.; b) de los importes embargados en “Banco Municipal de Rosario c. B., R. y otra s/demanda ordinaria” (Expte Nro 354/99), Distrito 8ª, se retendrá para la quiebra los fondos que corresponda (06/09/2000 al 06/09/2001), y se restituirá al fallido aquellos que no se encuentra alcanzados por el desapoderamiento. Costas en el orden causado (art. 252, CPCC). Los honorarios por los trabajos desplegados en la Alzada se fijan en el 50% de los que se regulen por las tareas cumplidas en primera instancia. El juez doctor Rodil habiendo tomado conocimiento de los

autos, invoca la aplicabilidad al caso de lo dispuesto por el art. 26, primera parte, ley 10.160. Insértese, repóngase y hágase saber.– Edgar J. Baracat.– Jorge W. Peyrano.– Avelino J. Rodil.

Daños y Perjuicios:

Eximición de responsabilidad: culpa de la víctima; deber de seguridad; servicios ferroviarios; alcances.

1. *Más allá que no revista incidencia directa en el accidente, que ocurrió por la conducta propia y única de la actora, no parece sustentarse como criterio jurídico razonable intentar que a través de la imposición jurisdiccional se adicione a las reglas de seguridad exigibles a la empresa otra creada sin sustento legal, y además con efectos reparatorios retroactivos, por lo que la falta de toda razonabilidad, impone que esa consideración no pueda revestir causa de imputación válida para responsabilizar a la demandada por el siniestro.*

2. *Los deberes de las empresas ferroviarias se traducen en la obligación de controlar que los pasos a nivel sean seguros y que el movimiento de los trenes guarde y cumpla con todos los controles y normas de seguridad previstos para que se desarrollen con riesgo mínimo para las personas. Por su parte, estas últimas, deben actuar con racionalidad, ya que no resulta posible imponer a las empresas deberes de protección con actitudes manifiestamente no ponderables como posibles para el normal de las personas. C.S.*

25 – Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 2 Rosario, noviembre 23-2005.– Arias, Griselda Noemí c. El Nuevo Central Argentino s/daños y perjuicios.

Rosario, noviembre 23 de 2005.– *Vistos:* Los presentes autos: “Arias Griselda Noemí c. El Nuevo Central Argentino s/daños y perjuicios”, Expte.: 923/2003 y su acumulado: “Arias Griselda c. Nuevo Central Argentino s/declaratoria de pobreza”, Expte.: 1050/1999, ambos de trámite por ante éste Tribunal Colegiado de Respon-sabilidad Extracontractual N° 2 de Rosario, venidos a despacho a fin de dictar sentencia, conforme petición y decreto de fs. 492 de los primera-mente nombrados.

Que la Sra. Griselda Noemí Arias, por apoderado cuyo instrumento de mandato especial luce a fs. 4 de los atados por cuerda y 35 de los presentes, promueve pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios contra la empresa de ferrocarriles Nuevo Central Argentino y/o responsable tendiente al cobro de la suma provisoriamente estimada de \$ 237.700 y/o en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más los intereses y las costas. Afirma la actora que el 03.09.1999 a las 13:00 hs. aproximadamente se desplazaba con sus tres hijos de seis y ocho años y dieciocho meses de edad de la escuela sita en calle San Martín 2050 de Granadero Baigorria, cuando al llegar a la calle Paine, encuentra el paso inhabilitado por un tren de más de mil metros de largo. En esa situación, expresa que los menores de seis y ocho años logran cruzar la vía y la actora tira fuerte a la menor de dieciocho meses para que logre traspasar las vías, ya que el tren había comenzado a moverse, momento en el cual, las piernas de la accionante quedan sobre las vías, no logra sacarlas y le produce las lesiones que dan lugar al reclamo. Seguidamente relata las constancias sumariales e imputa la responsabilidad subjetiva y objetivamente al accionado. Expone los daños causados por el accidente y la base cuántica de la demanda (incapacidad como daño patrimonial en sentido amplio: \$ 156.000, gastos colaterales: \$ 500, daño moral: \$ 50.000, rubros abiertos: gastos terapéuticos futuros, daño psíquico y daño estético). Cita en garantía, funda en derecho, ofrece prueba, adjunta copias, formula reserva de ampliar la pretensión, solicitando, en síntesis, se haga lugar a la demanda (fs. 1/67).

Que decretada la petición (fs. 68), comparece la citada en garantía Juncal Cia. de Seguros Patrimoniales S.A., por apoderada con instrumento de fs. 70/78, adjunta copias del seguro (fs. 79/107) y contesta la demanda (fs. 108/118). En la citada pieza acata la citación en la medida del seguro, haciendo saber la franquicia de la misma. Seguidamente, niega todos y cada uno de los hechos aducidos en la demanda, como así también la responsabilidad endilgada y los daños cuya reparación solicita. Expone que el hecho se ha configurado por la culpa exclusiva de la víctima, apoyándose en las constancias sumariales, a las cuales se remite. Ofrece prueba, formula reserva, plantea el caso constitucional, peticionando, en suma, se rechace la demanda, con costas.

Que mediante apoderados, cuyo poder corre a fs. 121/124, comparece el accionado Nuevo Central Argentino S.A. y contesta la demanda (fs. 141/149). Coincide con la citada en garantía con la negativa total de los hechos, los daños y la responsabilidad que se imputa, como así también al exponer su versión de los hechos señala que el accidente ha ocurrido por culpa de la víctima, hoy reclamante. En relación a la franquicia de la citada en garantía, indica la pesificación de la misma en la paridad \$ 1 = U\$S 1. Acompaña copias y póliza de su parte (fs. 125/140), ofrece prueba,

reserva el caso federal, solicitando, en resumen, se rechace la demanda, con costas.

Que proveídas las pruebas (auto 209/2004, fs. 182), producidas las que constan en autos, designada la audiencia de vista de la causa (fs. 431) y habida la misma (acta de fs. 489/492), agregadas las demás constancias (fs. 450/488), quedan los presentes en estado de emitir pronunciamiento definitivo.

Considerando: Que *ab initio* resulta indicado exponer que los hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ellas, lo que se indica expresamente a fin de delimitar debidamente, por congruencia procesal, los alcances de la sentencia (art. 243, CPCC). En el caso *sub lite*, la actora ha promovido demanda de daños y perjuicios contra en virtud del hecho relatado, de cual ha resultado víctima, cuya fecha, hora del hecho, participante del mismo y vehículo comprometido se individualizara, como se desprende de los párrafos antecedentes, reclamando los rubros y montos también expresados, que ha merecido desconocimiento y negativa del accionado y citada en garantía Juncal S.A.

Que sentado ello, es menester señalar que no se verifica que se haya vulnerado algún presupuesto procesal de la acción, entendidos como el conjunto de condiciones y requisitos que deben cumplirse inoslayablemente para obtener la iniciación y el posterior desarrollo del proceso, así como la emisión de la sentencia que constituye su objeto (Alvarado Velloso, Adolfo, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal", Primera Parte, Reimpresión, Rubinzal Culzoni, págs. 84, 85 y sigs.). En el presente caso, las constancias del sumario penal que en copia certificada corre por cuerda a los presentes, acredita debidamente la legitimación activa de la demandante, víctima del accidente.

Que verificado lo anterior, por razones de índole metodológica, en función de los hechos afirmados y negados es que, debe dirimirse si el hecho que produjo los daños reclamados realmente ocurrió y en su caso como se desarrolló. Lo indicado resulta de fundamental importancia en razón que, la comprobación de la existencia de las circunstancias afirmadas como ocurridas es el presupuesto necesario e inoslayable para luego aplicar el precepto jurídico que corresponda y decidir conforme a derecho la cuestión planteada (Rosemberg, Leo, "La Carga de la Prueba", Ed. B. de F., 2da. edición, 2002, pág. 27). Dicho de otro modo en igual sentido, en cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, con la excepción del privilegio de exención probatoria conferido por la ley (Hernando Devis Echandía, "Compendio de la Prueba Judicial", Rubinzal Culzoni, 2000, t. I, pág. 87). Pues bien, a fin de resolver la presente causa, cabe determinar en primer lugar, como ya se dijo, la ocurrencia del hecho, ya que de la prueba de su existencia dependerá la solución del caso, de conformidad a las reglas expuestas en las líneas antecedentes, haciéndose mérito de los medios de prueba producidos y que pueden aclarar la forma en que ocurrió el accidente, para luego evaluar la responsabilidad y por último la procedencia de los daños. Es decir que, en primer término deberá dilucidarse como ocurrieron los hechos, para luego discurrir en la responsabilidad y la procedencia del resarcimiento, orden de análisis lógico, ya que no pueden evaluarse daños (en rigor, esto último luce inoficioso) si no se concluye antes el ocurrimiento del suceso y la atribución de responsabilidad de la parte a la cual se le reclama su reparación.

Que con las directrices de análisis propuestas, debe pasarse al estudio de la *dinámica accidental*. De las copias certificadas del expte. penal "Ferrara Víctor s/ Lesiones Culposas", N° 2844/1999 de trámite ante el Juzgado en lo Penal Correccional de la 1era. Nominación que corre atado por cuerda floja a los presentes, en el acta de procedimiento de la preventora (fs. 2/3, expte. cit.) se consigna expresamente la existencia del tren en el lugar del hecho, la cantidad de vagones del mismo, las características de los mismos, la existencia de cruce con paso a nivel en la calle Eva Perón, la constatación de un camino de tierra de forma irregular al finalizar la calle Paine y que cruza las vías y la existencia de restos óseos y de sangre en los vagones N° 17 (respecto del cual presume el hecho) y 19, éste último con muestras de astillas y restos de hueso, la longitud del convoy (aprox. 1.000 metros) y la inexistencia en el lugar de los hechos de cercos o alambrados, como así también que el paso en el lugar no se encuentra habilitado, ni cuenta con señalización de paso peatonal e inexistencia de tránsito vehicular.

Que en el croquis (sin escala) de fs. 4 (expte. id.), se ubica por parte de la preventora las calles Paine, Baigorria y Eva Perón y la localización del tren, en posición transversal a las nombradas y paralelo a calle Buenos Aires, con las notas de lugares edificados habilitados, escuela y predio. Igualmente hace notar la falta de predio sin cercar como de dominio del demandado.

Que la declaración en sede policial de Ferrara, quien manifestara ser el conductor de la locomotora que marchaba en tandem con otra y que tenía como jefe de tren a Tarabán, respecto del accidente, manifiesta (sustancialmente) que encontrándose detenido con la máquina locomotora a una distancia aproximada de tres metros antes de llegar al paso a nivel esperando vía libre en el lugar de estacionamiento de los trenes, cuando en circunstancias que el guardabarrera de calle Eva Perón baja la barrera, inicia la marcha, previo silbato, cuando en ese momento y al atravesar la

barrera, por radio le indican que debe detener la marcha, momento en el cual se anuncia del accidente (fs. 7/8, expte. id.).

Que en la absolución de posiciones del indicado Ferrara, el mismo luce conteste con la declaración inicial, abundando en la ampliación que la medida de seguridad al iniciar la marcha consiste en el toque de la bocina larga "*que se escucha a centenares de metros*" (*sic*) y la observación por los espejos retrovisores con que cuenta la locomotora (fs. 489/489 vto.). En materia de personal expresa que era el conductor y que Tarabán era el jefe de tren y que había dos personas contratadas para la seguridad de la mercadería del tren (fs. cit.).

Que al declarar Tarabán en sede prevencional (fs. 15, expte. penal), relata que el tren frenó por falta de vía libre y al reiniciar la marcha, previo toque de bocina, el guardabarrera (de calle Eva Perón) le avisa que debe detener la marcha, coincidiendo sustancialmente con lo declarado por el conductor de la locomotora. Al ratificar su declaración, al rendir su testimonial ante el Tribunal (fs. 490), además afirma que el lugar del hecho es zona de vías (sexta).

Que siguiendo con el relevamiento de las pruebas a fin de tratar de reconstruir la mecánica del hecho, la accionante depone como testigo ante la preventora en el domicilio de la misma. En punto al accidente que la tiene como víctima, expone que en el día y a la hora indicada en la demanda y corroborada por las declaraciones del maquinista del tren y la policía, al llegar a las vías del ferrocarril y calle Paine, con sus hijos de ocho y seis años y dieciocho meses, observa el tren parado, circunstancia por la cual intenta cruzar el tren por debajo de uno de los vagones, al advertir que sus hijos más grandes ya habían cruzado y restaba la menor de todos (de dieciocho meses) que llevaba en brazos, al apresurar la marcha para sacarla, logra tirarla, pero no alcanza a salir, con las consecuencias de las lesiones en las piernas. Refiere asimismo que no escuchó silbato y que cuando fue a la escuela a las 11:40 el tren no se hallaba en el lugar (fs. 23/24, expte. cit.).

Que a fs. 25/30 (expte. cit.) se agregan copias de vistas fotográficas del lugar del hecho, el peritaje de la locomotora (frenos 100 % efectivos, bocina audible, fs. 18, id.). La declaración de la víctima, el testigo y el conductor del tren, como así también las fotografías antes indicadas rolan a fs. 2/33 de los presentes. El demandado al comparecer también adjuntó fotografías del lugar del hecho y del tren que muestran la panorámica del lugar y en detalle las muestras de sangre sobre las vías y la rueda del vagón comprometido (fs. 133/140).

Que el perito mecánico presenta el dictamen a fs. 298/303, aclaraciones de fs. 329/332 y ampliación de fs. 422/425. El mismo ha sido consentido por las partes y en este estado no se advierte vicio que lo invalide. Pasando a la consideración del mismo, el auxiliar se abstiene de evacuar los puntos propuestos relacionados con la referencia a la prudencia o aspectos netamente subjetivo, extremo razonable, ya que el perito, en su calidad de especialista, se encuentra comprometido con respuestas de su ciencia y no con valoraciones extrañas a la misma. En punto a la determinación de los fácticos, afirma que el paso a nivel de calle Eva Perón se encontraba habilitado para iniciar la marcha (3.2., fs. 299), que la distancia entre el paso a nivel de calle Eva Perón y calle Paine es de 281 metros lineales (3.3., fs. 300), el tiempo que insume caminar desde el lugar del hecho hasta el paso a nivel de calle Eva Perón y el total del recorrido a lo largo de calle Buenos Aires en donde se situaba el tren (4, 02 minutos y 10,32 minutos 3.4., respectivamente, fs. 300), la existencia de paso seguro en calle Eva Perón (3.6., fs. 300), que la bocina de la locomotora resulta audible a distancia (3.8. y 3.9., fs. 301/302). La existencia de cartel que indica la prohibición de transitar por las vías (3.1, fs. 332), el cual no existía al momento del hecho (3.3., fs. 423) y la inexistencia de vallado de las vías en el lugar del hecho (3.7., fs. 424).

Que en relación al vallado, respecto del cual los letrados de la actora han puesto especial énfasis, el representante del demandado, en su absolución de posiciones afirma la inexistencia del alambrado, por revestir zona de vías, con tránsito prohibido (tercera, fs. 490), y la falta de obligatoriedad del requerimiento (ampliación, fs. id.), ratificando la existencia del cartel desde la fecha del hecho (ampliación, fs. 490/491).

Que relevado todo el plexo probatorio de autos relacionado con el hecho y su dinámica, es posible aproximarse a la ocurrencia de los fácticos. Ha quedado demostrado en el proceso, que en el día y hora indicado, el convoy perteneciente al demandado Nuevo Central Argentino S.A. se hallaba detenido con la locomotora que traccionaba el resto de los vagones (61) antes de llegar al cruce de calle Eva Perón. En ese marco, tren detenido en el lugar indicado, la Sra. Griselda Arias y sus hijos de ocho y seis años y dieciocho meses volvían de la escuela. No manifestó, ni se pudo inferir por otro medio de prueba, premura, urgencia, apuro de la actora y sus hijos por llegar a algún lugar determinado u otra situación de apremio horario (era el mediodía y salían de la escuela). Se encuentran con el tren, cuya locomotora distaba 280 metros, es decir, no podían escuchar que el motor estaba encendido. Momentos antes, la actora había pasado por ese lugar (para ir a la escuela a buscar a sus hijos) y el tren no se encontraba. El lugar por el cual había cruzado se muestra despejado, pero visiblemente sin señalización alguna. El tren obstruía el paso desde donde estaban a donde pretendían ir, esto es, su domicilio. En ese momento, ocurre el hecho: los hijos de ocho y seis años logran cruzar por debajo de

uno de los vagones del tren (el N° 19), la madre de ellos los sigue, con el hijo de dieciocho meses en brazos. El tren arranca (antes toca el silbato, que no escucha) y se producen las lesiones al aplastar los miembros inferiores de la demandante con las ruedas de uno de los vagones.

Que la situación narrada objetivamente y con apoyo en las constancias de la causa escrupulosamente indicadas luce horrible y siniestra, mereciendo la atribución de culpa de la víctima por parte del accionado y su citada en garantía, es por ello que previo y breve panorama general de la culpa, se debe apreciar la conducta de la víctima en la emergencia.

Que en punto a ello, explica calificada y clásica doctrina, que el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño falta cuando éste último se produce por un acontecimiento extraño al hecho del demandado, invocación y prueba de su existencia que le se encuentra en cabeza de quien lo alega (Bustamante Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 9ª ed., Abeledo Perrot, 2004, pág. 305). Es decir que, en los casos en que la responsabilidad se funda en el riesgo o vicio de la cosa, como el supuesto del art. 1113, el eventual responsable no podrá probar su falta de culpa, pero puede demostrar una causa ajena al riesgo de la cosa, para lograr la eximición parcial o total de la responsabilidad (aut. cit., ob. cit., pág. 306).

Que en la línea expuesta en el párrafo anterior, debe aproximarse a una idea de culpa de la víctima susceptible de interferir adecuadamente el nexo de causalidad. Y bien, la culpa de la víctima aparece cuando ésta actúa engilente, descuidada e imprudentemente respecto de su persona, exponiéndose por ello al peligro de sufrir un daño. Esta culpa de la víctima eximente de responsabilidad es en sentido impropio, es decir, que no resulta la conducta culposa por violatoria de ningún deber de conducta impuesto en interés de otros, sino que sólo infringe el mandato de atender a su propio interés (aut. id., ob. id., págs. 306/307). Resulta oportuno recordar en la misma inteligencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la culpa de la víctima con actitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el artículo 1113 del Código Civil debe revestir las características de imposibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor" (CSJN, 11.06.1993, "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y otra", La Ley Bol. del 10.12.93, citado también por la C.S.J.S.F. *in re* "Levy" A y S T 105 págs. 192/197).

Que explicitado el régimen de responsabilidad y eximición por un hecho ajeno que regula el art. 1113 del Cód. Civil, se debe volver al análisis de los hechos para determinar las responsabilidades. Pues bien, el tren se encontraba detenido antes de llegar al cruce a nivel, es decir que, los peatones podían transitar y cruzar delante del mismo. También se acreditó que el convoy ferroviario no se encontraba detenido desde hacía mucho tiempo, lo cual podría hacer presumir movilidad, ya que antes de volver por ese camino, el tren no se encontraba, esto dicho por la propia demandante. Se descarta entonces, la hipótesis del tren estacionado que podría hacer pensar a la víctima que el mismo se encontraba fuera de servicio o sin moverse por un tiempo, que al menos le posibilitara cruzar sin riesgos.

Que respecto del hecho de la puesta en movimiento del tren, éste resulta determinante del accidente, ya que antes de estar detenido en el lugar por las razones alegadas, se encontraba en movimiento, ya que, se reitera cuando la Sra. Arias se dirige a la escuela, el tren no se encontraba. La detención del mismo lució también dentro de los parámetros de lo razonable, ya que la detención se realizó dejando el paso peatonal por calle Eva Perón.

Que para evaluar la conducta de la víctima, se debe tener presente lo siguiente: "En materia de accidente ferroviarios rigen pautas específicas en cuanto a la determinación de la responsabilidad de las partes, debido a que los trenes, a diferencia de otro tipo de vehículos, circulan únicamente por las vías ferroviarias sin posibilidad de realizar maniobras y salirse de dichos carriles para evitar colisiones o infortunios: sin que ello implique desvirtuar el principio de responsabilidad objetiva establecido en el art. 1113 del Cód. Civil, sino sólo considerar las especiales características de la cosa riesgosa de que se trata" (C.Fed. San Martín, sala I, 31.07.1991, LL, 1993-B-66, DJ, 1992-1-37). La cita jurisprudencial, advierte que la cosa riesgosa tiene la particularidad de la casi nula posibilidad de maniobra para un convoy en una emergencia, es por ello que la exigencia para el tren es máxima en cuanto a recaudos cuando el mismo se encuentra en movimiento, pero también para las personas que como peatones o en automotores, deben presumir que la especial característica indicada del convoy, lo vuelve más peligroso aún. Nótese que en el caso, y a pesar del rigor que impone el tránsito ferroviario, el hecho no es un embestimiento, por parte del tren ya que la víctima no cruzó ni por delante de la locomotora, ni el convoy se encontraba en movimiento, sino que al comenzar a moverse se produce el siniestro.

Que en la emergencia y al dar comienzo a su marcha, el tren lo único que pudo hacer es detener su marcha, cuando el hecho ocurrió. Ahora habrá que analizar si el cruce de la demandante incidió en el accidente, y en su caso en que grado. El cruce del tren se realizó en un lugar el cual lucía falto de señalización, de tránsito, de alambrado perimetral y de iluminación artificial. Estos datos revelan un extremo a valorar: el cruce por debajo del tren se realizó en una zona no habilitada a tal fin, hecho respecto del cual la jurisprudencia ha dicho: "No cabe exigirle a la empresa ferroviaria el cumplimiento de medidas de seguridad si la víctima cruzó una zona de vías no habilitadas a tal fin" (C.Fed. San Martín, sala I,

31.07.1991, LL, 1993-B-66, DJ, 1992-1-37). Y ello resulta razonable, ya que las características propias del tránsito ferroviario, imponen que las zonas para el cruce se encuentren debidamente demarcadas, ya que las consecuencias de accidentes son, como en el presente caso, extremadamente penosas para la víctima.

Que cruzar las vías férreas por los lugares habilitados a tal fin, se conecta con el deber de seguridad que debe brindar al tránsito peatonal y vehicular, pero con límites que se han consignado claramente: "El deber de seguridad y control que pesa sobre la empresa ferroviaria demandada, no puede extenderse a aquellas situaciones que no se encuentran encuadradas dentro de los límites normales y previsibles" (CNCiv., sala G, 14.04.1993, LL, 1993-E-518, con nota de Fernando A. Sagarna). Como así también: "El deber de control debe estar referido a las condiciones normales de seguridad con que debe prestarse el servicio ferroviario en el caso, pero no puede ampliarse hasta el límite de asegurar la indemnidad de las personas que con actitudes temerarias, rayanas en el desprecio por la propia vida, se colocan en una situación tal que el daño inevitablemente debe producirse" (LL, 1993-E-518, con nota de Fernando A. Sagarna). Ambas notas nos aclaran el panorama en el sentido de los deberes de las empresas ferroviarias y de las personas: la primera tiene la obligación de controlar que los pasos a nivel sean seguros y que el movimiento de los trenes guarde y cumpla con todos los controles y normas de seguridad previstos para que se desarrollen con riesgo mínimo para las personas. Las segundas deben actuar con racionalidad, ya que no resulta posible imponer a las empresas deberes de protección con actitudes manifiestamente no ponderables como posibles para el normal de las personas.

Que con lo dicho se responde a la apelación de la actora de falta de alambrado que cubriera la zona en la cual cruzó la víctima (no habilitada a tal fin). Más allá que no reviste incidencia directa en el accidente, que ocurrió por la conducta propia y única de la actora, no parece sustentarse en criterio jurídico razonable intentar que a través de la imposición jurisdiccional se adicione a las reglas de seguridad exigibles a la empresa otra creada sin sustento legal, y además con efectos reparatorios retroactivos, por lo que la falta de toda razonabilidad, impone que esa consideración no pueda revestir causa de imputación válida para responsabilizar a la demandada por el siniestro.

Que en este estado y habiendo quedado claramente definido el lugar y la forma en que cruzó la actora el tren, que se hallaba sobre las vías, a la luz de los principios expuestos, la misma no luce justificable, en rigor, se ha acreditado, que la conducta de la Sra. Arias de cruzar por debajo de las ruedas del tren, de un convoy con una extensa longitud, habiendo traspuesto de la misma manera, según sus dichos, sus otros hijos todos menores de catorce años y por lo tanto incapaces (arts. 54 y 127, Cód. Civil), se constituyó en el elemento esencial por el cual se produjo el hecho dañoso.

Que para arribar a la conclusión que el suceso ocurrió por la culpa de la víctima, se toma en consideración que los hijos de la reclamante se encontraban bajo su directa custodia y autoridad y que por ello, debió extremar los cuidados para que ninguno de sus hijos cruzara por debajo del tren (que antes del siniestro y cuando ella cruzó la primera vez no estaba), menos aún que, ante el hecho consumado, es decir, que los hijos de seis y ocho años habían cruzado, intentar lo mismo con la menor de dieciocho meses en sus brazos (que obviamente lentificó sus movimientos para brindar cuidado a la pequeña en la acción), puede calificarse de manifiestamente negligente, sin medir la eventual posibilidad de daño a su propia persona (que lamentablemente ocurrió) o a alguno de sus hijos.

Que la conducta debida por la víctima no se encuentra fuera de parámetros de mínima conciencia y sentido común, ya que si bien la actora en los autos por cuerda acreditó insuficiencia para afrontar los gastos del juicio y condición humilde (testimoniales de fs. 62/62 vto., expte. 1050/1999), no se trata de una analfabeta (ha suscripto el poder, fs. 4, expte. id.) y cumple adecuadamente su rol de madre, acompañando a la escuela a sus hijos a su cuidado. Es decir, la diligencia que se requiere para ella en ese momento resulta sumamente normal, esto es, *evitar cruzar por debajo y entre las ruedas de uno de los vagones del convoy*, caminando por menos cinco minutos hasta el cruce más próximo. Es más, de haber comenzado a caminar, el tren hubiera arrancado a los pocos momentos. Remárguese en este sentido que en la misma pericial médica, la actora reconoce el hecho y el cruce en un lugar no habilitado para hacerlo (fs. 269/270), es decir, que es suficientemente conciente del lugar por donde cruzó y la circunstancia propia del cruce, lo que afirma aún más la conclusión que el hecho se produjo por culpa atribuible a la víctima, que la transforma en la única y exclusiva del siniestro y revistió las características de imprevisibilidad e inevitabilidad por la cual el accidente se produjo.

Que debe entenderse como lo ha indicado el Alto Tribunal de la Nación que: "Los daños causados por trenes en movimiento se rigen por las previsiones del art. 1113, párraf. 2º, parte final, del Código Civil, y la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio a que alude dicha disposición debe aparecer como única causa del daño, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor" (CSJN, "Contreras, Raúl y Ot. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/daños y perjuicios", sentencia del 24.04.2001). Concretamente: la

única causa por la cual el daño se produjo fue la conducta de la víctima, que cruzó por debajo de un vagón y entre las ruedas de éste, un convoy que momentos antes no estaba, sumado a que el cruce, aunque el tren no estuviera, se realizaba en un lugar inadecuado para el mismo, por sus manifiestas características de inhabilitado a tal fin, extremo avalado por antecedentes que lo han entendido en el mismo sentido: “Corresponde declarar culpables de la ocurrencia del accidente ferroviario que costó la vida a una menor a aquellos que al momento del hecho tenían la vigilancia y autoridad directa de ésta, a la que condujeron en forma negligente e imprudente por la zona de vías no habilitada al cruce de transeúntes, máxime si se comprobó la existencia de dos puentes peatonales en las cercanías del lugar” (C.Fed. San Martín, sala I, 31.07.1991, LL, 1993-B-66, DJ, 1992-1-37).

Que a mayor abundamiento, se citan los antecedentes siguientes, hechos en los cuales, se liberó la responsabilidad de la empresa ferroviaria por la culpa excluyente de la víctima en el daño: “Si el hecho dañoso se gestó como consecuencia directa de la negligencia de la víctima de sacar la mano del convoy, lo que derivó en el enganche con una de las señales, es evidente que de no mediar ese actuar culposo, el suceso no se habría producido. Por ende, la empresa ferroviaria está liberada de responsabilidad en virtud de la circunstancia eximente de la culpa de la víctima” (CNCiv., sala C, Beiro, José María y otro c. Femesa S.A. s/daños y perjuicios”, sentencia del 19.02.2002). “Al margen de que la víctima se haya tirado o no al paso del tren para quitarse la vida, lo cierto es que se introdujo indebidamente en el sector reservado para el paso del tren cuando las barreras le indicaban que no debía hacerlo y no tomó las precauciones que las circunstancias imponen para evitar ser arrollado, por lo que no cabe responsabilidad a la empresa ferroviaria (CNCiv., sala G, 20.09.1991, “Duarte de Abalos, Martina c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, LL, 1993-B-61).

Que se advierte nuevamente respecto del personal contratado para la seguridad de lo transportado que: “La presencia y funciones del personal de guardia o vigilancia, lo es fundamentalmente a fines del servicio, sin extenderse al cuidado subjetivo y obligatorio de personas capaces que, concientemente, desnaturalizan o niegan las condiciones del transporte” (CNCiv., sala I, 03.04.1992, Ibarra, Elsa c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, LL, 1993-B-166, con nota de Roberto A. Vazquez Ferreyra).

Que recapitulando, se ha logrado establecer a través del proceso la ocurrencia del siniestro, atribuible a la culpa de la víctima. Para afirmar aún más el rechazo de la demanda propuesta, con fundamento en la culpa de la víctima, que como eximente consagra el art. 1113, párraf. 2º del Cód. Civil, se agrega la norma del art. 1111 del mismo cuerpo legal, cuya regla interpretativa en el sentido que aquel que origina el propio daño por una falta imputable a él mismo está impedido para pretender indemnización, por aplicación de la citada norma civil que ha sido consagrada por el más Alto Tribunal de la Nación (CSJN, 24.08.2000, LL, 2001-A-449, DJ, 2001-2-229 y Fallos, 323:2131). Decidida de la forma en que puede leerse el ocurrimiento del suceso y descartada la atribución de responsabilidad de los accionados, las demás cuestiones planteadas se han sustraído de la materia litigiosa, y por ello el tratamiento del resto de las pruebas rendidas resulta inoficioso. El vencimiento de la actora, hace que por la aplicación del art. 251 del CPCC, se le impongan las costas.

Por el mérito de los fundamentos que anteceden, citas legales, lo dispuesto por los arts. 1109, 1111, 1113 y conc. del Código Civil; el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la Segunda Nominación de Rosario, resuelve: I) Rechazar la demanda interpuesta por Griselda Noemí Arias, con costas. II) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Hugo Belizán y Héctor Piñeiro en la suma de pesos veintidos mil (\$ 22.000), en proporción de ley, los del Dr. Quintín Munque en la suma de pesos veintitres mil (\$ 23.000), los de la Dra. Marcela Fideleff en la suma de pesos veintitres mil (\$ 23.000) y los del peritos Ing. Gustavo M. Valfosca, Psc. Delia S. Garay y Dr. Alejandro Dulcich en la suma de pesos seis mil (\$ 6.000) a cada uno (arts. 4º y 6º, ley 6767 y 361, LOPJ). III) Insértese, agréguese copia y hágase saber.— *Moneta.— Martín.— Domínguez.— Caballero.*

Daños y Perjuicios:

Responsabilidad del Estado: accionar de sus dependientes; procedencia.

El Estado Municipal resulta civilmente responsable por haberse acreditado la existencia de la relación causal adecuada entre el deficiente control sobre sus dependientes y el resultado dañoso traducido en el obrar en un inmueble que no era de su propiedad. C.S.

26 – Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 2 Rosario, septiembre 5-2005.— De Padua, Vicente c. Municipalidad de Roldán s/daños y perjuicios.

Rosario, 5 de septiembre de 2005.— *Vistos:* Los presentes autos: “De Pa-

dua, Vicente c. Municipalidad de Roldán s/daños y perjuicios”, Expte.: 136/1998 de trámite por ante éste Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual No. 2 de Rosario, venidos a despacho a fin de dictar sentencia, conforme petición de fs. 165 vto.

Que el Sr. Vicente de Padua, por apoderadas cuyo instrumento de mandato especial obra a fs. 3, promueve demanda de daños y perjuicios contra la Municipalidad de Roldán tendiente al cobro de la suma que estiman en \$ 6.300 por el uso indebido de terrenos de su propiedad por camiones municipales y excavaciones y acumulación de basura, con más el monto que se determine judicialmente por la privación de uso y la usurpación de los lotes designados como l y m de la manzana letra L en el plano número 73.153 año 1973 del loteo denominado Prados del Sol ubicados a la altura del km. 325 de la ruta nacional No. 9 en dirección sur. Afirma que es titular desde el 19.12.1977 de los lotes individualizados, conforme consta en la inscripción al Tomo 208 Folio 296 No. 103.710 del Depto. San Lorenzo de la escritura respectiva, que ha cumplido todas las obligaciones fiscales desde esa fecha y que en ocasión de una de sus visitas que con su familia realizaba al predio para el cuidado de las plantas que tenía, advirtió que tanto las plantas como el cercado habían desaparecido y en su lugar existía un gran movimiento de tierra con basura y de camiones municipales que los descaraban. Aduce que en esa oportunidad el personal municipal le manifestó que tenían orden de sus superiores de realizar el trabajo en el lugar. Consigna que la Municipalidad de Roldán nunca escuchó sus reclamos hechos personalmente, como tampoco respondió a las intimaciones postales remitidas. Identifica los daños reclamados: usurpación del predio, destrucción del cercado, eliminación de plantas, inutilización por desvalorización, daño moral, privación de uso, polución ambiental, daño ecológico en la zona y violación de propiedad privada; seguidamente funda en derecho, peticionando, se haga lugar a la demanda (fs. 1/7). A fs. 8/18 se agregan las copias que se acompañan y se ofrece la prueba de su parte.

Que proveída la presentación (fs. 19), acompañado el reclamo administrativo (fs. 21/23), se decreta la demanda (fs. 20 vto. y 24 vto.). Con la pieza que corre a fs. 25/26, la municipalidad demandada, por apoderado (mandato general, fs. 34/36), contesta la demanda, negando todos y cada uno de los hechos expresados por el actor, como así los daños reclamados por usurpación y las demás expresiones, manifestando de su parte que el servicio de recolección de residuos se encuentra concesionado y la existencia de terrenos determinados para la extracción de tierra, hace que las excavaciones acusadas no puedan sostenerse. Ofrece prueba, funda en derecho, solicitando, se rechace la demanda, con costas. Resuelta la opuesta caducidad y demás cuestiones incidentales (fs. 25, responde de fs. 39/41 y 49/50 y 51, dictamen fiscal de fs. 57) mediante auto de fs. 64/72, a fs. 107 (auto 3017/2002) se proveen las pruebas y se fiJA, audiencia a los fines del art. 555 del CPCC. Peticionada nuevamente (fs. 116), establecida por el Tribunal (fs. 127) y habida finalmente la decretada a fs. 137 (acta 592 de fs. 165), quedan los presentes en estado de emitir pronunciamiento definitivo.

Considerando: 1. Que en sentido preliminar puede decirse que los hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ellas, lo que se expone expresamente fin de delimitar debidamente, por congruencia procesal, los alcances de la sentencia (art. 243, CPCC). En el caso *sub lite*, el actor ha promovido demanda de daños y perjuicios contra la municipalidad demandada en virtud de los hechos que se consignaron en el relato antecedente, reclamando los daños y perjuicios por los rubros y monto también expresados.

1.1 Que en punto al ocurrimiento del suceso que diera motivo al reclamo, la demandada lo ha negado enfáticamente, dando además su propia versión. Sentado ello, es menester señalar que no se verifica que se haya vulnerado algún presupuesto procesal de la acción, entendidos como el conjunto de condiciones y requisitos que deben cumplirse insoslayablemente para obtener la iniciación y el posterior desarrollo del proceso, así como la emisión de la sentencia que constituye su objeto (Alvarado Velloso, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, Primera Parte, Reimpresión, Rubinzal Culzoni, págs. 84, 85 y sigs.).

1.2. Que sólo se indica que el actor acreditó al momento de demandar la titularidad del bien objeto de los daños con la copia de la escritura de fs. 15/16 y por ello y lo dispuesto por los arts. 1095 y 1110 del Cód. Civil, la legitimación activa del accionante resulta indisputable (“Código Civil Comentado y Anotado”, Santos Cifuentes, La Ley, 2005, t. I, págs. 843 y 876/879).

2. Que por razones de índole metodológica, en función de los hechos afirmados y negados es que, debe dirimirse si el hecho que produjo los daños reclamados realmente ocurrió. Lo indicado resulta de fundamental importancia en razón que, la comprobación de la existencia de las circunstancias afirmadas como ocurridas es el presupuesto necesario e insoslayable para luego aplicar el precepto jurídico que corresponda y decidir conforme a derecho la cuestión planteada (Rosemberg, Leo, “La Carga de la Prueba”, Ed. B. de F., 2da. edición, 2002, pág. 27). Dicho de otro modo en igual sentido, en cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, con la excepción del privilegio de exención probatoria conferido por la ley

(Hernando Devis Echandía, “Compendio de la Prueba Judicial”, Rubinzal Culzoni, 2000, t. I, pág. 87).

2.1. Que Pues bien, a fin de resolver el presente proceso, cabe determinar, como se dijo, en primer lugar, la ocurrencia del acontecimiento, ya que de ello y su prueba dependerá la solución del caso, de conformidad a las reglas expuestas en las líneas antecedentes, haciéndose mérito de los medios de prueba producidos; para luego evaluar la responsabilidad y por último la procedencia de los daños, orden de análisis lógico, ya que no pueden evaluarse daños (en rigor, esto último luce inoficioso) si no se concluye antes el ocurrimiento del suceso y la atribución de responsabilidad de la parte a la cual se le reclama su reparación.

3. Que en la absolución de posiciones del actor (fs. 165), éste se mantiene en los dichos afirmados en la demanda en cuanto dice haber visto a personal de la municipalidad realizar excavaciones (primera) y exhibidas las fotografías (copias de fs. 8 y originales de fs. 155), las reconoce como tomadas por él mismo en el terreno de su propiedad (segunda).

3.1. Que las indicadas fotografías muestran a personal trabajando con tractor, y hacen ver al terreno con irregularidades propias del paso del vehículo indicado.

3.2. Que en relación a las máquinas fotografiadas, el testigo declarante a fs. 165 las reconoce como trabajando en la municipalidad.

3.3. Que asimismo, el original de la constatación notarial agregada a fs. 156/157 de fecha 12.05.1997, es decir previa a la promoción de la demanda (06.03.1998, ver fs. 7 vto.), acompañada en copia con ésta (fs. 11/12), comprueba en el lote del actor “... un gran pozo de aproximadamente, dos metros de profundidad y más de cincuenta metros de largo y quince metros de ancho, afectando también a otros linderos. Dicho pozo se encuentra rodeado y repleto de gran cantidad de basura, compuesta por los más variados elementos y muchos troncos y ramas de diversas especies. En este momento parte de dicha basura se encuentra humeando, como resultado evidente de una quema reciente. ...”.

3.4. Que los elementos reseñados, con más las intimaciones postales extrajudiciales pidiendo el cese de los daños y previniendo las acciones judiciales (finalmente promovidas) de Febrero de 1997 y del mismo mes del año siguiente (fs. 153/154), el reclamo administrativo del 03.06.1998 (fs. 21/22) en el cual y ante la autoridad municipal relata los sucesos que finalmente dan origen a la demanda, que culminó sin respuesta de la misma (pronto despacho de fs. 23 del 09.12.1998), permiten luego de valorar contextualmente los extremos afirmados, arribar a la conclusión que efectivamente se produjo el hecho de la ocupación del inmueble propiedad del actor sin su consentimiento por parte de la Municipalidad o sus dependientes o personal designado en otro carácter.

4. Que sentado el hecho que sustenta fácticamente la pretensión resarcitoria, resulta adecuado en relación al derecho aplicable, recordar que la CSJSF ha expuesto en “Simili” (AyS, 132-351/357) (caso de aplicación del art. 1113 del Cód. Civil), en relación a interpretación y aplicación del derecho que no es posible distanciarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la fuerza vinculante de sus pronunciamientos, sosteniendo que, no obstante que “(...) sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos” (conf. Fallos, 25:364). De esa doctrina (conf. también Fallos, 212:51 y 160) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia (así, Fallos, 307:1094).

4.1. Que las reglas interpretativas de los arts. 1112 y 1113 del Cód. Civil, que se consideran aplicables al caso para fundar positivamente la decisión, han sido expuestas por el más Alto Tribunal de la Nación sentando que “... La idea objetiva de falta de servicio, encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, lo cual pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, la cual no precisa, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil, al que han remitido sentencias anteriores de la Corte Suprema en doctrina que sus actuales integrantes no comparten (CSJN, 04.06.1985, LL, 1986-B-108, con nota de García Martínez, R., DJ, 1986-II-325). Asimismo ha expuesto que “La provincia demandada es responsable por la deficiente prestación del servicio a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble, con fundamento en el art. 1112 del Cód. Civil, pues quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para cumplir el fin para el que ha sido establecido, asumiendo responsabilidad por los perjuicios que cause su incumplimiento o su irregular ejecución” (CSJN, 05.10.1995, LL, 1996-E-139).

4.2. Que además pueden citarse los antecedentes en los cuales ha manifestado: “La obligación de prestar un servicio público –en el caso, de registración dominial de bienes– se debe cumplir en condiciones adecua-

das para satisfacer el fin para el que ha sido establecido, en caso contrario nace la responsabilidad por los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Cód. Civil” (CSJN, 15.07.1997, DJ, 1998-2-451 y LL, 1999-A-506). “... La responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de sus agentes se genera en la idea subjetiva de falta de servicio, quedando comprendida en las normas de los arts. 1112 y 1113 párraf. primero del Cód. Civil, por ello en el supuesto de una provincia, aunque no revista calidad de dueña o guardiana (en el caso de un establecimiento asistencial) no se exime de responsabilidad por la omisión de sus deberes, en el caso controlar los registros y en su caso proceder a la clausura por falta de habilitación ...” (CSJN, 30.06.1999, LL, 2000-B-498 y LL, 2000-C-562). Y finalmente cuando dijo que “La responsabilidad atribuida a la provincia demandada por la irregular actuación de su policía y su poder judicial es una eventual responsabilidad directa en los términos del art. 1112 del Cód. Civil (en el caso, daño causado por el indebido secuestro de mercadería dispuesto por un juez con intervención policial)” (CSJN, 05.12.2000, JA, 2001-I-694).

4.3. Que con la acreditación a través de la prueba rendida del hecho afirmado por el accionante, las normas que se consideran aplicables al *sub lite*, la significación y alcances que le ha dado la CSJN a los artículos citados, se debe en este estado aplicar esos principios a la causa. Y puede también colegirse que los presupuestos de hecho para responsabilizar a la municipalidad demandada se cumplimentan. Es que, los deberes omisivos se patentizan en la falta de debido control de parte del responsable (la municipalidad de Roldán demandada) para que sus dependientes realizaran los trabajos en el lugar indicado, es decir en los terrenos con que cuenta o contaba para ello (ver fs. 26 de la contestación de la demanda) o en aquellos que adquiriera a esos fines (ver informe de fs. 141) y no en aquellos que resultan ajenos (como el del actor que ha probado la titularidad), con los vehículos de trabajo con que cuenta la municipalidad para ello (de su propiedad o contratados, pero reconocidos, fs. 165). Se concluye, pues, que el Estado (en el caso municipal) resulta civilmente responsable por haberse acreditado la existencia de la relación causal adecuada entre el deficiente control sobre sus dependientes y el resultado dañoso traducido en el obrar en el lugar en el cual no correspondía (en el mismo sentido, Juan Carlos Venini, “Responsabilidad por daños contractual y extracontractual”, Juris, 1994, t. 3, pág. 90).

4.4. Que las circunstancias de la tercerización del servicio de recolección de residuos que efectuara la municipalidad (por lo menos acreditada desde el 17.11.2004, fs. 144 vto., fecha posterior al hecho) mediante la contratación de una locación de servicio al efecto (ver contrato de fs. 142/144), el cambio de titularidad del Poder Ejecutivo Municipal, detentado por una persona entre los años 1996/1997, que no es la misma que la que tiene a su cargo la administración municipal actualmente (fs. 146), la idéntica situación que ocurre en la Secretaría de Hacienda, órgano dependiente del intendente (fs. 147) y la falta de respuesta a la informativa de la funcionaria del área de Hacienda al momento del hecho (fs. 158 y recepción de fs. 158 vto.), no mejora la situación de la demandada, sino que la mantiene y en cierta forma la agrava. La mantiene en razón que el sujeto de derecho público (municipalidad) se obliga y por ende se responsabiliza, a través de sus funcionarios regularmente instituidos; y la califica para peor ya que la falta de respuesta a pesar de la intimación cursada en la informativa lo único que trasluce es falta de colaboración para el esclarecimiento de los hechos, ya que se le requería informe sobre las reuniones entre la funcionaria y el hoy actor por el uso indebido del terreno, al cual la funcionaria le entregara una tarjeta con su nombre y cargo (ver fs. 155 vto.).

5. Que ahora es dable ingresar a la procedencia de la pretendida indemnización. En el relato de los hechos, ya se ha indicado los daños pretendidos por el actor. Ahora bien, cabe resaltar que el actor, realizó su postulación indicando los daños, y consignando el monto general para ellos, sin que se identificaran o individualizan y además omitiendo las pautas que utilizara para llegar a la mensura general de ellos. Se suma a esta inexplicable falta de precisión, que se transforma en una simple nominación de rubros posibles, algunos semejantes entre sí pero llamados de distinta manera, otros vinculados a un delito (respecto del cual se pide la intervención fiscal, ver fs. 7, Pto. 8) y finalmente también consignando uno extra-patrimonial, el parco material probatorio para arribar con sentido racional a un monto que puede calificarse como meramente estimado, resultando incluso, dogmático, puesto que tampoco se otorgan parámetros de ninguna índole que puedan hacer inferir, aunque más no sea con gran esfuerzo, a una estimación con basamento lógico o determinable. Lo mismo puede opinarse sobre la denunciada suma de pesos tres mil ciento cincuenta (\$ 3150), en concepto de privación de uso y usurpación peticionada por la parte reclamante a fs. 20.

5.1. Que lo general y poco preciso del pedido, la escasa prueba producida, la ausencia de manifestaciones de la utilidad del predio, el hecho de tratarse de un terreno en el cual, y debe reiterarse, por lo afirmado existían plantas y un cercado (fs. 6 vto.), el laconismo del actor en la confesional, el cual no aportó datos para constatar con el resto de la prueba, como ser si el terreno tenía proyectado una vivienda familiar o sólo de esparcimiento, si tenía fines comerciales, si ha restituido plantas en el lugar y cual ha sido su costo, si además del cerco contaba con algún tipo de entrada marcada,

la situación actual del mismo para determinar el valor perdido, los gastos que le irrogó, en su caso, la puesta del terreno a la situación anterior al uso por parte de la municipalidad, el tiempo durante el cual se lo privó del uso, el estado del terreno cuando cesó la turbación, son deficiencias en la afirmación y luego trasladadas a la etapa de confirmación que no pueden ser suplidos por el Tribunal, sin incurrir en arbitrariedad.

5.2. Que por todo lo afirmado y valorado, *los daños y perjuicios por la privación de uso del terreno* individualizado en la demanda por su indebida ocupación para fines para los cuales el actor no prestó su consentimiento, durante los años 1996 y 1997, fechas que con dificultad se infieren de los dichos de la demanda que iniciada en 1998, refiere a los hechos como ya ocurridos, igual que en el reclamo administrativo (ver fs. 21/22), la fecha de la constatación ya referenciada y los tiempos en que se enviaron las intimaciones extrajudiciales citadas, relacionándolo con el valor exteriorizado del terreno que se indica en el A.I.I. (\$ 678,57 al año 1997, fs. 13), que en el mismo no existía ninguna construcción, no constituía vivienda familiar, no estaba afectado al comercio y no se encontraba produciendo frutos (no consta locación o préstamo oneroso) y que el mismo ha cesado, ya que en la audiencia de vista de causa, el interesado no manifestó el mantenimiento de la situación, en virtud de las facultades concedidas por el art. 245 del CPCC, se considera justo, equitativo, razonable y adecuado al plexo probatorio de autos, fijarlos en la suma de pesos tres mil (\$ 3000).

5.3. Que fijado el quantum del resarcimiento, se aclara en forma explícita que *la indemnización por daño moral* se rechaza expresamente, ya que la orfandad probatoria para el tópico es total, el mismo no surge *in re ipsa*, es decir por el hecho mismo y sus consecuencias y tampoco se vislumbra que se hayan lesionados afecciones legítimas que implican agravio a los derechos esenciales de la persona, de su personalidad o personalísimos, que deben ser escrupulosamente alegados y luego probados por el medio idóneo y pertinente; ambas cargas de la parte interesada que lucen incumplidas.

6. Que por último, en punto a las costas, si bien la demanda se admite por un monto menor al pretendido y se excluye expresamente el resarcimiento del daño moral, el actor ha dejado al criterio judicial el monto definitivo de la indemnización, por lo que para realizar la imposición de costas utilizando el criterio jurídico y no estrictamente matemático para el reparto de las mismas, se tendrá en cuenta que la demanda prospera parcialmente, el monto resarce el daño patrimonial por privación de uso, excluye el extrapatrimonial y ni siquiera considera las alegaciones en orden a los daños al medio ambiente, conforme la previsión del art. 252 CPCC, corresponden se impongan el 75 % a la demandada y el 25 % a la actora. Los intereses correrán desde el 20.03.1996, fecha que consta en la C.D. a fs. 6 vto. (pto. 6 de la demanda).

Por el mérito de los fundamentos que anteceden, citas legales, lo dispuesto por los arts. 1079, 1112, 1113 y conc. del Código Civil; arts. 245, sigs. y concs. del CPCC y la ley 24.432; el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la Segunda Nominación de Rosario, resuelve: I) Hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenar a la demandada Municipalidad de Roldán a pagar a al actor, dentro del término de diez días, la suma de pesos tres mil (\$ 3000). II) El capital devengará un interés no acumulativo de acuerdo a las siguientes pautas: a) desde el día 20.03.1996 y hasta el 31 de diciembre de 2001, será del 8% anual; b) desde el 1 de enero de 2002 hasta el vencimiento del plazo que esta sentencia otorga para el pago, se aplicará sobre el capital la tasa pasiva promedio mensual sumada que abone el N. B. S. F. S. A. en operaciones de plazo fijo a 30 días (índice diario); c) desde el vencimiento de dicho plazo y hasta su efectivo pago, el capital indemnizatorio y los honorarios devengarán un interés equivalente al doble de la tasa pasiva referenciada. III) Las costas se imponen en un 75 % a la demandada y en un 25 % a la actora. IV) Regular los honorarios de las Dras. Esmeralda Bercovich y Eugenia Delporte en la suma de pesos un mil trescientos (\$ 1300) en proporción de ley y los de los Dres. Hugo A. Leguizamón y Melina Marino en la suma de pesos un mil cien (\$ 1100) en proporción de ley. IV) Insértese, agréguese copia y hágase saber.— *Moneta.— Martín.— Domínguez.— Caballero.*