------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los __15___ días del mes de mayo del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia a cargo del Dr. Daniel Luis Caneo y asistencia de los Dres. José Luis Pasutti y Fernando S. L. Royer, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"D., J. R. c/ D., C. B. y Otro s/ Daños y Perjuicios"** (Expte. Nº 22.666-D-2012), y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 800, de conformidad con las Acordadas N° 2366/84 y 3204/00 y lo dispuesto a fs. 801, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Pasutti, Royer y Caneo.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Casación? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.---

------ **A la primera cuestión el Dr. Pasutti dijo**:----------

------ **I.- ANTECEDENTES. EL RECURSO. SU TRÁMITE**.--------

///

------ I.1.a.- La sentencia definitiva de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios y condenó a los demandados a abonar a los actores la suma de $ 315000 -$83400 a J. R. D., $ 51600 a L. M. N. A. y $ 30000 a P. E. A., M. M. A., A. A. A., C. E. A., S. J. A. y S. E. A., respectivamente- con más intereses. Hizo extensiva la condena a la citada en garantía. Impuso las costas a los vencidos y reguló honorarios (fs. 693/700).--------

------ I.1.b.- La Cámara de Apelaciones de Esquel declaró desiertos los recursos de los Sres. J. R. D., A. A. A., C. E. A., S. J. A., S. E. A., M. M. A. y P. E. A. así como también el del Sr. L. M. N. Alegría referido al daño moral. Confirmó parcialmente la sentencia apelada modificándola respecto al daño patrimonial irrogado al Sr. L. M. N. A. que calculó en $ 113018,24. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios (fs. 735/745).----------

------ I.1.c.- A fs. 748/766 vta. el Dr. M. B., invocando el carácter de apoderado de la Sra. J. R. D., con el patrocinio del Dr. F. B., interpuso casación contra éste último pronunciamiento.----------

------ El ap. I lo dedicó al cumplimiento de requisitos formales –sentencia definitiva, depósito, término, copias y reseña de las circunstancias relevantes del caso-.----------

///

------ En el ap. II ingresó en el análisis de la causal casatoria esgrimida (art. 291, inc. “e”, CPCC). Invocó que la sentencia “en cuanto declara desierto el recurso de apelación interpuesto por el Dr. F. C. B. en su carácter de apoderado de la Sra. J. R. D., es arbitraria pues contraría lo dispuesto en los artículos 52, 262, 268 y 269 de la Ley XIII n° 5”.--
---

------ Argumentó que a fs. 716/718 vta. (ref. 720/722vta.) se expresó agravios en representación de la Sra. Delgado, oportunidad en la que se criticó el escaso monto otorgado en concepto de daño patrimonial. Individualizó lo previsto por el art. 52 del CPCC. Puntualizó que a fs. 4/7 fue agregado el poder otorgado a favor del Dr. F. C. B.------

------ Invocó que los Sres. Camaristas, en un acto contrario a la justicia, la razón y apoyado en su sola voluntad, omitieron considerar los agravios que el Dr. F. B. expresó en su condición de apoderado de la Sra. D. Evidenció que la transcripción del encabezado de la expresión de agravios que contiene el primer voto no fue textual y destacó la expresa mención de “unificar” la actividad de todos los apelantes. Ratificó los agravios expresados respecto de la suma reconocida en concepto de daño patrimonial.----------
---

------ Solicitó se case la sentencia en cuanto declara desierto el recurso de apelación interpuesto por el Dr. F. C. B. en su carácter de apoderado de la Sra. J. R. D., se considere debidamente expresado y fundado el agravio relativo al monto otorgado en concepto de daño patrimonial y se modifique lo resuelto elevándolo a la suma de $ 316000.----------

------ I.2.- Puestos los autos por este Superior Tribunal a disposición de las partes conforme lo exige el art. 296 de la Ley XIII, N° 5 (fs. 792/vta.), ninguna hizo uso de la facultad allí conferida.----------

------ I.3.- A fs. 796/797 vta. emitió dictamen el Sr. Procurador General, quien opinó que el recurso interpuesto debía prosperar. Consideró que es manifiesta la arbitrariedad en la que incurrieron los jueces de Cámara, la que se colige de la sola lectura de la pieza recursiva de fs. 720/722vta. y de los poderes acompañados a fs. 4/7. Consideró correcto el criterio de cuantificación del resarcimiento por daño patrimonial seguido por la Alzada. Concluyó que debe modificarse el monto de indemnización por daño patrimonial reconocido a favor de la Sra. Delgado.----------

------ **II.- ANÁLISIS**.----------

///

------ La casación se restringe a cuestionar la decisión de la Cámara de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la co-actora Sra. J. R. D.----------

------ El error en que incurrió la Alzada surge en forma clara y manifiesta al analizar las constancias obrantes en el expediente.----------

------ A fs. 4 se agregó el poder general para juicio que la Sra. J. R. D. confirió a los Dres. M., F. y/o M. B. Fue invocando esa representación que a fs. 126/130 vta. los Dres. F. C. y M. B. promovieron demanda en su nombre.----------

------ A fs. 693/700 se dictó la sentencia de primera instancia. Esta decisión fue apelada por el Sr. L. M. A., por su propio derecho, con el patrocinio del Dr. F. C. B. (fs. 706), y por el Dr. F. C. B. en su carácter de apoderado de los restantes actores (fs. 707). Ambos recursos fueron concedidos a fs. 708.----------

------ Puestos los autos en Secretaría a los fines dispuestos por el art. 262 de la Ley XIII, N° 5, la parte actora expresó agravios a fs. 720/722 vta. El encabezado de la presentación dice: "*L. M. N. A., por mi propio derecho*, manteniendo procesal constituido conjuntamente con mi *patrocinante, Dr. F. C. B.* (E37-I-38) **y F. C B.** (E37-I-38) **en**

mi carácter de apoderado de los demás actores ... a V.S. decimos...".----------

------ Los términos del escrito indican, para mi con claridad, que concurren a expresar agravios: 1) L. M. N. A., por su propio derecho, con el patrocinio del Dr. F. C. B. y 2) F. C. B. en el carácter de apoderado de los restantes co-actores, entre ellos la Sra. J. R. D.----------

------ Esa interpretación, y no otra, explica el uso del plural en la mención "a V.S. decimos". A ello se suma la expresa manifestación inserta en el escrito referida a que "Para evitar dispendio jurisdiccional y repeticiones sin sentido" se unifica la expresión de agravios (fs. 720, 2do. párr.).----------

------ Ello así, estoy convencido de que el Dr. B. expresó agravios ante la Cámara en nombre de la Sra. J. R. D. Al hacerlo cumplió con la carga impuesta por el art. 262 del CPCC, por lo que carece de fundamento adecuado la declaración de deserción del recurso por ella interpuesto.----------

------ Corresponde entonces que reitere lo que dije en otras sentencias donde también se hallaba en crisis un vicio de actividad en el "iter" que va desde que se comienza a examinar el expediente ya concluso hasta que se dicta el fallo y que consiste en la inejecución de

///

preceptos procesales en la faz decisoria del procedimiento (SD N° 12/SRE/2000, con cita de SD N° 12/96, 3/97 25/97, 5/98 SRE; y de Prieto Castro, “Los Hechos en Casación” y Fairen Guillen, “Estudios de Derecho Procesal”).----------

------ La Cámara de Apelaciones, al dictar sentencia, debe revisar el trámite ritual conferido al recurso por el Juez de primera instancia como el seguido ante su propio estrado. Este juicio de admisibilidad es previo al análisis de la fundabilidad. En el caso, es en la esfera de su actividad propia donde se localiza el yerro procedimental referenciado “supra”.-----

------ Ahora bien, el vicio enunciado encuadra en la causal de quebrantamiento de formas que advierte el art. 290 del ordenamiento procesal, y si bien no fue correctamente encausado por la casacionista, que fundó su impugnación en el inciso “e” del art. 291, ello no empece para mudar de oficio su calificación.----------

------ Es que, aceptado que el error es tal y que violenta el derecho de defensa, surge la necesidad de encorsetar este “vicio de actividad” en una de las causales de casación del rito local. Y, a diferencia del Recurso Extraordinario ante la Corte Nacional en que la causal sería

"arbitrariedad normativa", en el orden provincial el mayor rigor de las formas, la diversidad de causales previstas y la solución distinta que el Código prevé para cada una (art. 299) exige su correcto encuadramiento más allá del amparo que haya elegido el impugnante, cuya calificación puede ser mutada por el Tribunal Superior "iuria novit curia (SD N° 12/SRE/2000 y sus citas, De la Rua, "El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino", pág. 222; SD N° 8 y 31/88, 33/92, 25/93; 12/96, 18/98, 18/99 SRE).----------

------ El encarrilamiento procesal de estos vicios no es cuestión pacífica. En mi voto en la SD N° 12/SRE/2000 dejé constancia del análisis de autorizada doctrina, como el Dr. Juan Carlos Hitters quien cuenta que los autores se dividen y mientras que para algunos son vicios "in procedendo", para otros lo son "in iudicando" en la medida en que pueden estimarse como tales por importar una aplicación defectuosa de la ley procesal. También puntualicé el criterio de la Corte de la Provincia de Buenos Aires.----------

------ Allí dije que el Dr. José Raúl Heredia expone, siguiendo a Morello, el criterio que sostiene que *en todos aquellos casos en que el inferior ha negado el acceso a la revisión en la instancia ordinaria de apelación, declarando desierto el recurso, y aún si en ello existiere arbitrariedad (verbigracia cuando la deserción deriva de un análisis que estimó el memorial como insuficiente, o manifiesta incongruencia) en rigor no hay sentencia y no*

///

cabe atribuir a esa omisión un error de derecho en la aplicación de la ley. No se ha juzgado lo que debería juzgarse...falta decisión formal, el acto (la sentencia) no cumplió su finalidad...y entonces se configura un quebrantamiento de formas, debiendo aplicarse la solución de nulidad y reenvío (mi voto en SD N° 12/SRE/2000, con cita de SD N° 8 y 31/88 glosadas por el autor).----------

------ Dije que no comparto el criterio de enmarcar los vicios "a priori" y en forma taxativa, mas bien entiendo que ha de examinarse cada caso en particular para decidir el encuadramiento y, en este orden, veo claro que en autos se ha configurado un supuesto de nulidad, puesto que el error que cometen los judicantes de grado es grave, trascendente y provoca un estado de indefensión al no valorarse agravios que se expresaron observando las exigencias del código de rito.----------

------ El error en el que se incurrió en la segunda instancia desembocó en un pronunciamiento en donde se vio afectado el principio de defensa en juicio al vedar la posibilidad de acceder a un juicio de revisión.----------

------ Por todo lo dicho, propongo declarar la nulidad parcial de la SD N° 20/2012 de la Cámara de Apelaciones de Esquel, en tanto corresponde anular la porción del punto 1) que declara desierto el

recurso de apelación interpuesto por la Sra. J. R. D. y ordenar que los respectivos subrogantes legales dicten pronunciamiento sobre los agravios no considerados y, de corresponder, adecuen las costas y el monto de los honorarios (art. 299 y 282 del CPCC). **ASÍ LO VOTO**.-
---

------ **A la misma primera cuestión el Dr. Royer dijo**:----------
----

------ 1.- Concuerdo con el detalle de antecedentes que efectuó el colega preopinante. Fundado en razones de celeridad y economía procesal remito a su lectura.----------
----

------ 2.- Advierto yo también que surge manifiesto el error en que incurrió la Cámara al declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la Sra. J. R. D. contra la sentencia de primera instancia.----------

------ Esta equivocación tuvo su origen en una desacertada interpretación del escrito de fs. 720/722 vta.----------
----

------ El primer votante argumentó que al expresar agravios el co-actor L. M. N. A. invocó el poder de los restantes actores y lo hizo en nombre propio y de sus poderdantes, poder que no fue agregado al

///

proceso. Esta desajustada disquisición tuvo su origen en una supuesta cita textual que no se ajusta al encabezado del escrito en análisis. En efecto, la cita suprimió la segunda referencia al Dr. F. C. B., la que tenía por objeto clarificar que era él quien se presentaba en nombre de los restantes co-actores, poder ese que sí fue agregado al inicio del trámite (ver fs. 4).----------

------ En igual desinteligencia incurre el segundo voto, sobre cuya base el magistrado concluyó que no se habían “expresado agravios de conformidad con lo dispuesto por el art. 262 del CPCC” por lo que debía declararse desierto el recurso interpuesto.----------

------ En consecuencia, dado que del cotejo de las constancias del proceso surge con claridad que el letrado apoderado de la apelante de fs. 707, Sra. J. R. D., expresó agravios en su nombre a fs. 720/722 vta., la deserción declarada respecto de su recurso carece de fundamento fáctico y normativo. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 3.- Es doctrina de éste Superior Tribunal que la deserción del recurso en segunda instancia no constituye materia de casación, pero también lo es que, cuando la aplicación de una norma procesal se efectúa con excesivo rigorismo formal afecta la defensa en juicio

amparada por los arts. 18 de la CN y 44 de la CPcial, lo que habilita a este Superior Tribunal para descalificar la sentencia (ver mi voto en SD N° 12/SRE/99, con cita de SD N° 33/92 SRE).----------

------ Es criterio compartido que, dado la gravedad de sus efectos, la operación intelectiva que culmina con la declaración de la deserción del recurso debe asumirse con suma prudencia.----------

------ En tal contexto, el presente es uno de los casos en que la Cámara ha negado la revisión en la instancia ordinaria de apelación. Ello así, sin perjuicio de la eventual arbitrariedad del fallo, en rigor no existe sentencia, no se ha juzgado lo que debería juzgarse, falta decisión formal sobre el fondo de la cuestión como finalidad última de la sentencia, lo que implica en definitiva un quebrantamiento de las formas procesales.--

------ Lo mismo sostuvo el Dr. Torrejón en SD N° 12/SRE/1999 oportunidad en la que dijo que "...la omisión de considerar el memorial de agravios...invalida el pronunciamiento del *a quo* como tal, por cuanto sin razón válida impidió el acceso a la revisión del decisorio en la instancia ordinaria de la apelación, con lo que no se ha juzgado lo que debió juzgarse, la sentencia no cumplió con su específica finalidad y con ello se configura un quebrantamiento de forma que impone como solución la nulidad de aquella y el reenvió de

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

las actuaciones a los fines de un nuevo pronunciamiento".----------

---

------ Surge de lo dicho que la recurrente describió correctamente el vicio pero equívocamente lo encuadró en la causal casatoria contemplada en el inciso "e" del art. 291 del CPCC cuando en verdad configura un quebrantamiento de formas. No obstante ello, como lo dije en múltiples precedentes, es pertinente cambiar la calificación del recurso y así lo voto acordando con el Dr. Pasutti (SD N° 12/SRE/2000; SD N° 8 y 31/88, 33/92, 25/93; 12/96 SRE y 18/98 SRE; 18/99 SRE).----------

------ En tal sentido propicio declarar la nulidad parcial del fallo recurrido, limitada a la decisión de declarar desierta la apelación interpuesta por la Sra. J. R. D., y reenviar la causa a la Cámara de origen para que integrada por los subrogantes legales se pronuncie sobre los agravios vertidos por la co-actora individualizada (arts. 290 y 299, CPCC). Al así hacerlo, de resultar pertinente, deberán adecuar las costas y los honorarios fijados (art. 282, CPCC).----------

------ **A la segunda cuestión el Dr. Pasutti dijo**:----------

---

///

------ Tal como he votado la primera cuestión propongo al acuerdo: 1°) Declarar la nulidad parcial de la SD N° 20/2012 de la Cámara de Apelaciones de Esquel, en tanto corresponde anular la porción del punto 1) que declara desierto el recurso de apelación interpuesto por la Sra. J. R. D. (arts. 290 y 299, CPCC). 2°) Reenviar los autos para que los respectivos subrogantes legales dicten pronunciamiento sobre los agravios no considerados y, de corresponder, adecuen las costas y el monto de los honorarios (art. 299 y 282 del CPCC). 3°) Imponer las costas del recurso en el orden causado, desde que la nulidad que se declara no fue motivada por la actuación de las partes y consecuentemente no se da en autos el supuesto contemplado en la primera parte del art. 69 del CPCC (art. 69, 2º párr., CPCC). 4°) Regular los honorarios correspondientes a los Dres. M. B. y F. B., en conjunto, en mérito a la extensión, calidad y eficacia de la labor profesional cumplida ante esta instancia, en un 30 % de la regulación que a su favor quede firme por su tarea en primera instancia en representación de la Sra. J. R. D. Ello siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiera.----------

------ **A la igual cuestión el Dr. Royer dijo**:----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Tal como voté a la primera cuestión, concuerdo con la que propiciara el Dr. Pasutti.----------

------ Debo decir que, frente al resultado al que arriba la presente sentencia, también concluyo que las costas deben ser impuestas en el orden causado (art. 69, 2do. párr., CPCC). Además, analizada la tarea profesional desarrollada ante esta instancia por los Dres. M. B. y F. B., corresponde fijar sus honorarios profesionales, en conjunto, en un 30 % de la regulación que a su favor quede firme por su tarea en primera instancia en representación de la Sra. J. R. D. Ello sin perjuicio de la aplicación de los mínimos arancelarios y con más el IVA de resultar pertinente.----------

------ Con lo que se dio por terminado el acto. Se deja constancia que la presente se dicta con dos miembros de la Sala Civil, por haberse obtenido la mayoría y por encontrarse el Sr. Ministro Dr. Daniel Luis Caneo, en uso de licencia (art. 28 de la Ley V N° 3 y lo dispuesto en el punto 4° última parte del Acuerdo N° 3204). Se acuerda dictar la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

///

------ 1º) **DECLARAR** la nulidad parcial de la SD N° 20/2012 de la Cámara de Apelaciones de Esquel, en tanto corresponde anular la porción del punto 1) que declara desierto el recurso de apelación interpuesto por la Sra. J. R. D. (arts. 290 y 299, CPCC).-----

------ 2°) **REENVIAR** los autos para que los respectivos subrogantes legales dicten pronunciamiento sobre los agravios no considerados y, de corresponder, adecuen las costas y el monto de los honorarios (art. 299 y 282 del CPCC).----------

------ 3°) **IMPONER** las costas del recurso en el orden causado, desde que la nulidad que se declara no fue motivada por la actuación de las partes y consecuentemente no se da en autos el supuesto contemplado en la primera parte del art. 69 del CPCC (art. 69, 2º párr., CPCC).--------

------ 4°) **REGULAR** los honorarios correspondientes a los Dres. M. B. y F. B., en conjunto, en mérito a la extensión, calidad y eficacia de la labor profesional cumplida ante esta instancia, en un 30 % de la regulación que a su favor quede firme por su tarea en primera instancia en representación de la Sra. J. R. D. Ello siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiera.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ 5º) **REGISTRESE**, notifíquese y oportunamente devuélvase.----------

Fdo. Dres. José L. Pasutti; Fernando S. L. Royer.----------

---Recibida en secretaría el 17/05/2013.----------

------Registrada bajo el N° 20/SRE/2013. Conste.----------

----------Fdo. Dra. Carmen Velez. Secretaria.----------

///