En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de modo remoto del Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián E. JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A. E. y otro C/ V. Z. M. y otro S/ Daños y perjuicios (Expte. N° 28 - Año 2021)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 96/2018), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 310.

A LA PRIMERA CUESTION: EL Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil dijo:

1.- La sentencia de grado. La Sra. Jueza de grado admitió parcialmente la demanda entablada por el Sr. P. A. R. y la Sra. E. A. contra el Sr. M. V. Z. y la citada en garantía S. S. S.A. condenando a este último y a la citada en el límite de cobertura, al pago a la Sra. A. en la suma de $80.721 (Ochenta mil setecientos veintiún pesos), en concepto de Incapacidad sobreviniente y gastos médicos y de transporte y al Sr. R., la suma de $60.400 (Sesenta mil cuatrocientos pesos) en concepto de daño emergente y privación de uso, con más los intereses indicados precedentemente, los que deberán abonarse dentro de los Diez (10) días de quedar firme este pronunciamiento.

Impuso las costas al demandado y a la citada en garantía en el límite de cobertura. Reguló los honorarios profesionales

A fs. 271, apela la parte demandada y la citada en garantía, recurso concedido libremente a fs. 272, expresando agravios a fs. 294/295, siendo contestados los mismos por la parte actora a fs. 299/301 vta.

A fs. 273, apela la parte actora, recurso concedido libremente a fs. 274, expresando agravios a fs. 286/292, siendo contestados los mismos por la parte demandada y la citada en garantía a fs. 297/vta.

2.- Los agravios parte actora. A fs. 286/291 la parte actora expresa agravios en dicho libelo se agravia en primer lugar en que la sentencia del resuelve hacer lugar a la acción interpuesta por su parte, pero soslaya acoger el reclamo fundado y acreditado en la comarca del proceso, del daño moral padecido por ambos actores.

Cita la sentencia respecto de la actora A.: "...c) Daño Moral: Relata la actora que ha padecido la falta de cobertura y ha sido objeto de conductas disvaliosas desde el punto de vista moral, humano y jurídico y refiere que el daño generado por la falta de cumplimiento que está sufriendo le provoca padecimientos por verse privada del uso de la cosa o su sustitución por otra del mismo valor, que podría comprar con el dinero adeudado, esencialmente afectan el desarrollo personal, familiar y operativo. Reclama por esta razón la suma de $50.000.

Como se advierte se reclama la reparación del padecimiento moral por incumplimiento de un contrato, situación totalmente ajena a estas actuaciones en las que se demanda con fundamento en la responsabilidad extracontractual, derivada de un accidente de tránsito. Por ello entonces, el reclamo de daño moral tal como se pide resulta improcedente y debe ser rechazado...".

Y cita ese acto jurisdiccional respecto de la actora R.: "...c) Daño Moral: Relata el actor que ha padecido la falta de cobertura y ha sido objeto de conductas disvaliosas desde el punto de vista moral, humano y jurídico y refiere que el

daño generado por la falta de cumplimiento que está sufriendo le provoca padecimientos por verse privada del uso de la cosa o su sustitución por otra del mismo valor, que podría comprar con el dinero adeudado, esencialmente afectan su desarrollo personal, familiar y operativo. Reclama por esta razón la suma de $50.000. Como se advierte se reclama la reparación del padecimiento moral por incumplimiento de un contrato, situación totalmente ajena a estas actuaciones en las que se demanda con fundamento en la responsabilidad extracontractual, derivada de un accidente de tránsito. Por ello entonces, el reclamo de daño moral tal como se pide resulta improcedente y debe ser rechazado. Finalmente, y en cuanto al reclamo por Imputación subjetiva dolosa, conforme lo expuesto por la parte actora a fs. 42 vta., no será considerado en tanto se alega en base a un incumplimiento contractual ajeno a estas actuaciones, invocando entre otras normas, el art. 53 de la LDC, que no guarda relación con la pretensión de auto:...".

Refiere que luego de la prueba rendida ninguna duda existe que ambas partes padecieron el daño moral, y que fruto de un evidente error *in iudicando*, la Jueza de grado lo desestimó, invocando un presunto desacierto de su parte -el cual no fue tal- expresando que se invocó el incumplimiento de un contrato -el de seguro- en una causa que se reclama una reparación extracontractual.

Adelanta que en la demanda, dejaron peticionado la aplicación del nuevo CCCN.

Cita jurisprudencia con referencia al daño moral. Expresa que el criterio predominante para justipreciar ese *item* reparatorio, es el razonable arbitrio judicial, de ahí que solo ratificaran las sumas estimadas al accionar, remitiéndonos al escrito inaugural que obra en autos.

Expone que es necesario relevar las circunstancias para acreditar la reparación del daño moral de los actores, como lo son el tenor de las lesiones o incapacidad portantes de los mismos y secuelas; las características del

hecho, la actora quedó encerrada después del impacto contra la puerta del conductor, y tuvo que ser extraída del auto que conducía, por terceros, y corrió riesgo su vida por el lugar de la embestida de V. (puerta del conductor); los padecimientos propios del tratamiento; lo que los actores se vieron impedidos de realizar dada su situación física luego del accidente, estos y otros parámetros que se han acreditado en el caso concreto, y que seguramente tendrá en cuenta V.E., al sentenciar, la revocatoria.

Señala que estamos frente a un error grave conceptual de la jueza, y para ello mencionamos las enseñanzas de la jurista que refiere justamente a la naturaleza contractual y extracontractual que nos convoca, expresa Matilde Zavala de González en "El proceso de Daños" Ed. Juris 2006 pág. 523 que: "...la jurisprudencia concuerda con el libre encuadramiento jurisdiccional de la responsabilidad, como contractual o extracontractual: nada impide que una acción resarcitoria interpuesta y aun contestada a la luz de la responsabilidad cuasidelictual, sea juzgada con arreglo al régimen jurídico de la responsabilidad contractual".

Y continúa citando a la jurista: "...no es la norma citada la que individualiza la pretensión como contractual o extracontractual, sino los hechos afirmados, en la medida de su idoneidad para producir determinado efecto jurídico...en lo concerniente al surgimiento mismo de la acreencia resarcitoria, resulta intrascendente cual sea el deber transgredido por el demandado: uno previamente contraído con la víctima del perjuicio (responsabilidad contractual) o el genérico de no dañar a otro (responsabilidad extracontractual). Más aun la tendencia actual irreversible es la unificación del fenómeno resarcitorio, con eje en el daño injusto y superando las disquisiciones técnicas sobre la calificación de los deberes de cuya violación nace aquel (interesa más determinar el contenido que tenían esos deberes incumplidos, que el "nomen iuris" que se les asigne...". Refiere al respecto

que la claridad de la jurista citada, los exime cualquier de aclaración u otra crítica al fallo, y deja en evidencia el error *in iudicando* en que ha incurrido la sentenciante y que seguramente la versación de V.E. corregirá, porque más allá de cualquier denominación que en este caso el pretensor le haya dado, es la Jueza la que debe resarcir conforme a derecho y acoger el daño moral, solicitado como parte de la reparación integral.

Con relación a la "citación en garantía" de la aseguradora S. S. S.A. indica que la sentencia que se dicte en el proceso de daños, promovido por sus mandantes, sea ejecutable contra la aseguradora en la medida del seguro reconocido. Ratifica ello el art. 109 L.S.

Agrega que en ningún momento se cuestionó la existencia del daño moral padecido por los actores, ello así por cuanto la temeridad de circulación del demandado V., da cuenta de una embestida que llevó, a que terceros tuvieran que extraer de entre los hierros retorcidos del vehículo que conducía A., y ser llevada al Hospital quedando con secuelas que la experticia médica acreditó, sumado al dolor, que conforme también pericia médica fs 132 y ss. (no impugnada) la dejó de manera permanente; y se suma a ello la pérdida definitiva del vehículo necesario para desplazarse ella a su trabajo, y a R. por razones de su estado de minoración física, todo lo cual no está en duda la existencia de daño moral de los actores en la presente causa.

Manifiesta que es fácil colegir que examinada la causa en su totalidad, y de la lectura detenida del escrito inaugural, que en autos se demandó -o demandaron los actores-, al responsable directo, esto es, el conductor del vehículo embistente por un lado y por el otro se citó en garantía a la aseguradora del mismo, ambos se presentaron y desde luego nadie planteó lo que resuelve luego la jueza, la disquisición que hace en su resolución para desestimar el daño moral, entre contractual y extracontractual. Que veremos más adelante es hasta improponible.

Explica los efectos que tiene la "citación en garantía" en nuestra legislación, que significa convocar a la aseguradora del responsable del siniestro en el caso de autos, en base a un "contrato de seguro" celebrado previamente y con la finalidad de cubrirlo patrimonialmente de lo que le deba en este caso a los actores, esto es, a las víctimas del siniestro conforme reconoce el propio fallo.

Refiere que la interpretación que hace de los dichos de esta parte en la demanda, es una interpretación libre, original, de la propia Jueza, sin fundamentos legal, doctrinario, y menos jurisprudencial alguno.

Indica que ignora entre otras cosas lo que se dijo en la demanda, en donde se significó reclamar al conductor V., y a su aseguradora por la responsabilidad derivada extracontractualmente del siniestro y en ese marco se dijo que la aseguradora había incumplido justamente con el contrato, además, por cuanto debía auxiliar también en materia del daño moral al asegurado V.

Expresa que la relación asegurado-responsable frente al tercero damnificado -los actores- es una típica relación extracontractual y cuasi delictual y tiene como fuente un hecho ilícito atribuible al asegurado en este caso V.; y como este debe la reparación integral incluyéndose el daño moral a los actores, debemos tener en cuenta la otra relación que es contractual, entre asegurado y aseguradora, conforme póliza de seguro, es decir desde la génesis hay diferencias entre ambos marcos obligacionales. Ello está precisado en el art. 109 L.S.

Dice que examinando el fallo hasta pareciera que V. tampoco debe abonar el daño moral, cuando el mismo está fehacientemente probado en autos, a raíz del accidente donde además quedó minorada la actora, y donde ambos peticionaron la reparación integral del daño provocado.

Agrega que nadie puede desconocer hoy que la aseguradora además es parte en el proceso y siendo uno de los sujetos, le alcanza la acción incoada y la

sentencia la obliga de manera concurrente y será ejecutable en la medida del seguro, conforme manda de art. 118 L.S., ello por cierto respaldado por la doctrina jurisprudencial pacífica, por cuanto considera que existe entre aseguradora y el demandado un litisconsorcio pasivo, más allá de que obedece a razones distintas la concurrencia al proceso, por cuanto el demandado V. se lo convoca por su responsabilidad directa en el daño que provoca, y la aseguradora al reconocerse la existencia de un contrato de seguro vigente.

Manifiesta que la aseguradora concurrió al proceso aceptó participar y asumir la dirección del mismo y frente a dicha conducta, acepta la cobertura con la misma extensión de la parte, y la sentencia produce sobre ella los mismos efectos y le será ejecutable en la medida del seguro.

Indica que lo sostenido nos permite inferir que el "fundamento" que ha dado la sentenciante para declinar condenarla por el daño moral y su referencia inoportuna cuando menos a lo contractual y extracontractual, queda perfectamente desvirtuado e implica un claro desacierto jurídico.

Afirma que el decisorio de la Jueza lo que está haciendo es hacerle esquivar a la aseguradora la regla esencial del derecho de daños, tendiente a colocar a la víctima -los actores- en la situación que gozaban mientras el hecho no se produjo.

Entiende que la aseguradora debe cubrir los daños que deriven como consecuencia causal, mediata e inmediata, del riesgo asegurado, es decir, todos los daños (incluido el daño moral) sufridos por el tercero víctima y debe indemnizarlos.

Manifiesta que desconoce el fallo la normativa del CCCN por cuanto la tesitura que sigue adoptando implica en la teoría general de las obligaciones, que no se discrimina en función de las fuentes art. 726 e inclusive el CCCN contrapone los arts. 1716 y 1749, la violación del deber de no dañar al incumplimiento de una obligación, y no a la infracción de un contrato.

Dice que es atacable también el fallo de la sentenciante por estar lesionándose el "principio dispositivo", cual es el "principio de congruencia" del juicio, ello así, por cuanto sabido es que la congruencia, se manifiesta como una correlación entre las postulaciones de las partes y el pronunciamiento del tribunal y para poder decir que dicho principio puede verse afectado, debemos dirigirnos al análisis de mérito de los elementos ora de la pretensión, ora de la oposición. Agrega que en autos si leemos la demanda, se demandó a V. y se "citó en garantía" a la aseguradora del mismo, por distintos rubros reparatorios, entre ellos el daño moral desestimado por la Sentenciante erróneamente, y con apartamiento de lo reclamado y controvertido por ambas partes.

Concluye que es una de las obligaciones de la aseguradora por el contrato o póliza suscripta, el resarcimiento del daño de los actores o lo que es lo mismo, el cumplimiento de la prestación convenida al verificar el evento previsto contractualmente. art. 1 L.S.

Dice que la sentencia tampoco se corresponde conforme pretensión-oposición deducidas y lo pronunciado, esto es nadie habló de contractual y extracontractual, siempre obviamente se entendió que el reclamo era extracontractual a ambas partes, conforme los presupuestos de la reparación civil integral, esto es daño, relación causal, factor de atribución, etc.. Reitera contra ambas, aseguradora y conductor de la unidad automotor, como responsables de los rubros reclamados, más allá que la participación de la aseguradora pueda tener su fuente de participación, en un contrato de seguro celebrado entre los demandados, ajeno a las víctimas. Refiere que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes, y en autos, se ha reclamado una reparación integral, contra el conductor V. y su Aseguradora conforme claramente se explicita en el OBJETO de la demanda, sin dejar de mencionar el principio que flota en todo proceso y lo sobrevuela, como lo es el *iuris curia novit.*

Reitera que la Jueza de grado se ha pronunciado fuera de lo solicitado, *extra petita*, por cuanto nadie cuestionó que se estuviera en el campo contractual o extracontractual, más allá de la lógica mención, respecto de la aseguradora que viene al proceso producto de un contrato, que debe cumplir por ser carga pactada y tributar indemnidad al demandado, y por cuanto además desde luego los actores no separaron qué rubros reclamaban a uno y otro.

Indica que sus mandantes tienen un derecho al resarcimiento frente al asegurado, y en nuestra legislación vigente, no es dable afirmar la existencia de un derecho que vincule al tercero los actores, con la aseguradora del responsable V., no existe vínculo jurídico ya sea contractual o extracontractual. Agrega que ello no significa que no deba responder conforme la demanda incoada, cuando como acontece en autos se la "cita en garantía" y compareció asumiendo la dirección del proceso debiendo cubrir al asegurado, responsable conforme art. 118 L.S.

Dice que queda claro que si bien no se viabiliza una "acción directa" entre aseguradora demandada y las víctimas los actores, por cuanto lo hubiere dicho el art. 118 L.S., ello no impide que el tercero pueda hacer extensiva su reclamación al asegurador; citación en garantía de la cual también puede hacer uso el asegurado conforme lo faculta el último párrafo del artículo.

Indica que la posibilidad que tenían los mandantes de traer al proceso a la aseguradora, viene dada por la ley 17418 art. 118, que establece un mecanismo específico destinado a vincular al asegurador al reclamo que formulan como damnificados, contra el asegurado a quien le imputan una responsabilidad civil emergente del siniestro, como supuesto incluido en la póliza asegurativa.

Hasta vemos que resulta realmente inentendible los dichos volcados en el fallo por la Sentenciante, haciendo una disquisición que se aparta del planteo del escrito inaugural, reclamo de una responsabilidad civil extracontractual por cierto, pero que alcanza por lo que venimos sosteniendo a la

aseguradora, que debe "auxiliar" al asegurado en la demanda, y en la reparación integral, en el límite de la póliza.

Refiere que la disquisición efectuada por la sentencia respecto de la invocación contractual y extracontractual, es una creación pretoriana, y permite en base a la crítica que hace, sostener que el fallo amerita revocarse y condenarse al demandado y extender la condena a su aseguradora en base al reclamo integral efectuado en el escrito inaugural, condenándoselos también por el daño moral fehacientemente probado en autos.

Expone que la a-quo ha extralimitado sus facultad resolutoria, incurriendo en un error, en un yerro *in iudicando* evidente lo cual causa gravamen irreparable a sus mandantes. Agrega que enfrentamos a un fallo, que es una aplicación arbitraria e irrazonable de conceptos ajenos al sub-lite, y por ende inconstitucionales.

Señala que conforme surge de los arts. 165 inc. 5º y 34 inc. 4º del CPCCN, la sentencia debe ser fundada, en un doble sentido: no sólo no ha de ser arbitraria, sino aun siendo justa, ha de demostrar que lo es. Ello reconoce un fundamento constitucional directo, pues la falta de fundamentación suficiente, implica un avasallamiento a las Garantías de defensa en juicio y debido proceso.

La fundamentación de la sentencia opera como presupuesto para su impugnación, en el sentido que es "el espejo revelador de los errores del juzgador" (Calamandrei).

Indica que de la simple lectura del fallo en crisis, se observa la ausencia de elementos que permitan arribar a conclusiones claras en relación a los motivos en base a los cuales la Magistrada ha resuelto desestimar el daño moral, en el caso traído a su consideración, lo cual descalifican el fallo como acto jurisdiccional válido, estando ante una sentencia arbitraria.

Concluye refiriendo que el decisorio que se ataca con el presente recurso, pone en evidencia, que existen en la causa fundamentos suficientes para atribuir responsabilidad los demandados de autos, asegurador y aseguradora, respecto del daño moral desestimado, ello más allá del origen de su responsabilidad civil, uno extracontractual y otra contractual que no está en discusión, no se ha controvertido, en autos, de ahí lo inexplicable de los dichos de la Sentenciante.

Dice que es ello lo que ha llevado al fallo a un grave y grosero error en su razonamiento, al desestimar el reclamo probado del daño moral padecido por los actores. Conforme lo fundamentamos la "citación en garantía" y sus efectos sustanciales y procesales, dan cuenta del alcance que debe tener la condena de autos, por constituir una "obligación concurrente" hoy reconocida por el nuevo CCCN.

Manifiesta que queda claro conforme la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia, que el asegurador es parte del proceso y el mismo defiende un interés propio a más del interés del asegurado, de ahí la facultad que tiene hasta de oponer "excepciones" al progreso de la pretensión del actor, incluso contra su propio asegurado, habiendo quedado claro cuál es la naturaleza jurídica de la "citación en garantía".

Entiende que en autos está probado el daño moral, por cuanto se demostró la relación de causalidad entre el obrar negligente del conductor V. a quien se le imputa su producción y los perjuicios que se enunciaron y probaron. Es decir que la sentencia agravia a su parte, por no haber merituado la «a-quo», no solo la prueba producida en autos, sino además el planteo procesal volcado en el escrito inaugural.

Considera que la jueza de grado, cometió errores «in iudicando» y «errores in procedendo», pues desoyó reglas de derecho sustancial (procesales y de fondo), destinadas a ser aplicadas en la sentencia, para la decisión del objeto del litigio.

Concluye que a tenor de tales yerros y desaciertos del Juzgador, la sentencia deviene absurda, y queda expuesta por arbitraria e incongruente. Infringió la jueza de grado, lo previsto en el art. 34 inc. 4, y art. 3 CCCN, al no fundar la sentencia definitiva conforme a derecho, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.

Solicita que se admita el presente recurso revocándose la sentencia impugnada, en la parte pertinente del daño moral. mantiene la reserva del caso federal

3.- Los agravios parte demandada En su libelo recursivo de fs. 294/295 se agravia precisamente en la imposición de la indemnización por el rubro privación de uso y el *cuantum* del mismo.

Respecto a la condena impuesta por privación de uso, señala que el a-quo determina arbitrariamente el monto de $ 10.000.- teniendo en consideración que le demandará al actor unos 25 días el conseguir una unidad de similares características.

Manifiesta que si hay destrucción total del vehículo no corresponde indemnización por privación de uso. Cita jurisprudencia.

Indica asimismo que los intereses por el resarcimiento del rubro no deben ser impuestos desde la fecha del siniestro, si no desde la fecha de la pericial mecánica, momento en que fue conocido el daño por las partes.

Se agravia asimismo por la imposición de indemnización por los rubros gastos médicos y transporte, su monto y la fecha desde la cual se deben computar los intereses. Explica que si bien la norma del art 1746 del CCyC establece que se presumen este tipo de gastos, su cuantía no puede ser determinada en base a presunciones. Aduna que la actora no acreditó haber abonado ninguno de los gastos por los que reclama, por tal motivo deben ser rechazados.

4.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, V., W., J. R. c. C., M. M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

5.- Tratamiento de los agravios de la parte actora.

5.1.- Suficiencia de los agravios. En los presentes autos, los agravios refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los presuntos errores del judicante de grado que son considerados como causa eficiente de dichos agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada

de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

5.2.- Resolución *extra petita*. Entre los supuestos de vicios de incongruencia se admite la sentencia *extra petita*: la cual implica conceder algo distinto a lo peticionado, o introducir cuestiones no planteadas por las partes, lo que las torna, de este modo, ajenas a la relación jurídico - procesal. En este caso, si la sentencia condena a algo distinto de lo pedido se afecta la garantía de la defensa en juicio (arts. 17 y 18 C.N.).

No advierto la resolución *extra petita* a la que refiere la actora, pues lo que se está en discusión es una cuestión de índole técnica que subyace en la naturaleza contractual o extracontractual de la relación jurídica invocada y sus consecuencias jurídicas.

5.3.- La circunscripción del agravio extrapatrimonial en la faz contractual hecha por la actora en la demanda. La Sra. Jueza de grado ha señalado que "se reclama la reparación del padecimiento moral por incumplimiento de un contrato", refiriendo que es una "situación totalmente ajena a estas actuaciones en las que se demanda con fundamento en la responsabilidad extracontractual, derivada de un accidente de tránsito" Bajo estos argumentos, consideró, tanto en relación a la Sra. E. A. como para el Sr. P. R., que el reclamo de daño moral tal como se pide resultaba improcedente y debía ser rechazado.

Como primera consideración, debo precisar que el hecho que motiva estos actuados y del cual se desprenden los daños es un accidente. Esa situación fáctica une a la víctima y a las demandadas en una relación jurídica extracontractual. La compañía de S., intervente en el proceso en carácter de citada en garantías con los alcances que, con precisión, ha descripto el apelante en sus agravios.

Señalado esto, es preciso referir que sin perjuicio de la tendencia a la unificación normativa de las orbitas de la función resarcitoria de la responsabilidad civil existente en el CCCN, lo cierto es que las causas fuentes de la responsabilidad civil extracontractual y contractual resultan disimiles aun en la novel legislación (Ver nuestra obra: KRIEGUER, Walter – JALIL, Julian Emil, Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ed. Astrea. 2021)

En la *primera* de ellas, existe un incumplimiento del deber de no dañar que carece de vínculo jurídico previo, mientras en la *segunda,* el origen del deber de reparar el daño deriva del incumplimiento de una obligación pactada entre las partes.

Desde esta arista, coincido con la Sra. judicante de grado en torno a que la parte actora ha hecho referencia a un incumplimiento como causa del agravio extrapatrimonial, y como es sabido, dicho incumplimiento debe ser anexado causalmente al daño que se alega.

Dicho enlace causal resulta divergente en el plano contractual que en el extracontractual, pues la esfera contractual goza de una regla propia basada en la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento. Así, el art. 1728 del CCCN establece que "en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento".

Desde esta perspectiva, el encuadre realizado por la actora en la demanda relacionado al daño extrapatrimonial de fuente contractual no resulta indistinto, pues se refiere exclusivamente al hecho que da origen al agravio, el cual fue circunscripto al plano del incumplimiento contractual, y la parte demandada ha efectuado su defensa en base a ese hecho y al consecuente

derecho aplicable. Es decir, el pronunciamiento debe ajustarse a los términos de la acción promovida y a los hechos en que se fundara la pretensión.

No desconozco la posibilidad de los Magistrados de Cámara de aplicar el *iura novit curia*, pero el límite de la aplicación de este principio está dado por la posibilidad de lesionar la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN).

Por último, debo agregar en sustento a la posición sostenida por la *a quo*, que tanto el daño extrapatrimonial, como el enlace causal del hecho que le da origen, deben ser acreditados por la parte que lo invoca, tal como expresamente lo disponen los arts. 1736 y 1744 del CCCN, no bastando su mera invocación.

En razón de lo expuesto, los agravios vertidos por la quejosa serán rechazados.

5.4.- La arbitrariedad de la sentencia. El apelante hace alusión a la arbitrariedad de la sentencia. Resulta de particular relevancia analizar la cuestión pues la consecuencia de una sentencia arbitraria es la nulidad de ese acto procesal.

En ese marco, corresponde precisar que una sentencia será arbitraria cuando no está razonablemente fundada, cuando carece de una fundamentación suficiente, o bien cuando posee omisiones y desaciertos de gravedad extrema que hacen que quede descalificado como acto jurisdiccional.

Ello puede ocurrir por omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (vg. apartamiento de la doctrina legal del STJ).

Nada de todo esto ha acontecido en autos pues, sin perjuicio de la discrepancia técnica del apelante, la Sra. Jueza de grado ha basado su fallo

en las circunstancias fácticas derivadas de la traba de la *litis* y las constancias obrantes en el expediente, aplicando la ley al caso concreto, todo lo cual me lleva considerar que el acto jurisdiccional resulta plenamente válido.

6.- Los agravios de la parte demandada.

6.1.- La suficiencia del recurso. El art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de Chubut expresa que "el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas".

El memorial, para que cumpla con su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Debe precisarse, pues, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo.

Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener el recurso. No constituye, así, una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica. (FASSI, Santiago. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado. 3ª. ed., Tomo 2. Ed. Astrea. Buenso Aires. Pág. 473/474. PALACIO, Lino E. Derecho Procesal Civil. Tomo V. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires. Pág. 267; FENOCHIETTO, Eduardo - ARAZI, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado*. Tomo 1. Ed. Astrea. Pág. 836/837. FALCÓN, Enrique - COLERIO, Juan. *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo VIII. Ed. Astra. Buenos Aires. Pág. 239/240.

De la lectura del libelo recursivo de la demanda se advierte una debilidad argumental que roza los umbrales de la deserción. Se percibe una mera discrepancia con lo decidido por la Sra. Jueza de la anterior instancia; pero

como participo de un criterio amplio para juzgar la suficiencia técnica de la expresión de agravios, -por cuanto tal temperamento es el que mejor se adecua a un riguroso respeto del derecho de defensa-, daré tratamiento a aquellos agravios que superen, -aunque sea mínimamente-, el valladar instituido por el mencionado precepto.

6.2.- La privación de uso. Se agravia la demandada en relación al rubro privación de uso, sosteniendo que En la privación de uso del automotor lo que se computa es la imposibilidad de disponer del vehículo, lo que per se genera un perjuicio indemnizable, sea que el rodado esté destinado al esparcimiento, sea que tenga por objeto su utilización laboral. Es que, en ambos supuestos, la privación es productora de daños y fuente de resarcimiento en la medida en que incide en forma negativa en el patrimonio de la víctima.

Se trata de un daño emergente referido a gastos necesarios para mantener una situación igual a la que se gozaba antes del suceso. Esta indemnización abarca tanto a los supuestos de reparación parcial del rodado como aquellos casos en los que se debe cambiar el vehículo por otro, como sucede cuando hay destrucción total de la cosa o cuando su reparación se vuelve antieconómica (Ver: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 21/10/2019, P., M. R. y otro c. E. A. SRL s/ daños y perjuicios, RCyS 2020-III, 33 Con nota de José Fernando Márquez, SJA 22/04/2020, 50 JA 2020-II, AR/JUR/42085/2019).

Bajo estos argumentos el agravio será rechazado.

6.3.- Los gastos médicos y de transporte. El artículo 1746 del *CCCN* dispone que se *presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad*. Se trata de una

presunción *iuris tantum* y los Jueces deben estipular el monto de la indemnización, de conformidad con lo previsto por el art. 165 del CPCC.

El apelante si bien menciona dicha norma admitiendo que se presumen los gastos médicos, sostiene que su cuantía no pude ser determinada en base a presunciones. Sin perjuicio de esta afirmación ningún elemento aporta para atacar el monto estipulado por la *a quo*, simplemente se limita a criticarlo de manera dogmática. Desde esta perspectiva, el agravio queda vacío de contenido argumentativo, y sella la suerte adversa de su destino.

7.- Conclusión. Teniendo en cuenta el destino de los agravios esbozados por la apelante, corresponde confirmar la sentencia en todo cuanto ha sido materia de agravio.

8.- La imposición de costas en la alzada. Con relación a la imposición de costas, es de señalarse que las mismas no responden a una cuestión matemática, sino que obedecen a factores o elementos de juicio, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un papel preponderante. Al respecto, vale decir, que su exención sólo debe acordarse excepcionalmente cuando medien razones muy fundadas, por ello el instituto debe ser aplicado con criterio restrictivo.

Desde esta perspectiva, la imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, D. y M. S.A. c. T. J. y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "F. L. C. S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires

asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "N., N. A. y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010). En este orden, corresponde imponer las costas en esta Instancia ***por el recurso interpuesto por la parte actora***, a la parte actora, y ***por el recurso interpuesto por las parte demandada y la citada en garantía***, a la parte demandada y la citada en garantías (conf. art. 69 del CPCC).

9. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios *por el* ***recurso interpuesto por la parte actora***, al abogado J. E. G. A. en el 30 %, y al letrado V. A. F. en el 25 %; y ***por el recurso interpuesto por la parte demandada y la citada en garantía,*** a los letrados V. A. F. y S. L F., en conjunto y proporción de ley, en el 30 %, y los del abogado J. E. G. A. en el 25 %. Todos ellos de la regulación practicada en Primera Instancia, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por **LA AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por los recurrentes como sustento del recurso que se les concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que exponen los apelantes.

2 – Tratamiento de los agravios de la parte actora

2.1 – Sentencia incongruente - Resolución "*extra petita*"

Ante la imputación de *"incongruencia"* por parte de la agraviada, corresponde analizar si la sentencia ha violentado el principio de *"congruencia"* al haber condenado a los demandados en los términos que surgen de la misma.

Genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., *"Derecho Procesal Civil"*, Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el *"thema decidendum"* integrado por pretensiones (principales o reconvencionales) y oposiciones.

Se puede colegir que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo

son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta) (conf. PEYRANO, J.W, *"El Proceso Civil. Principios y Fundamentos"*, Astrea, Bs.As., 1978, pág. 63).

Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución *"ultra petita"* cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución *"citra petita"*, si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial.

Hay incongruencia objetiva ***"extra petita"*** cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término "cuestión" como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de

ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

En definitiva, hablamos de "hacer justicia", y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque, para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (conf. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 3 (Sept.Dic. 1999), *"La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998"*, G.

MALABIA, S., Universidad de Valencia; cit. por GOZAINI, O.A., *"El principio de congruencia frente al principio dispositivo"*, La Ley 2007-C, 1308).

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, en el punto en análisis y que es objeto del recurso en tratamiento, no ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 165 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Tengo presente en el estudio de esta cuestión y para sostener la conclusión que acabo de expresar, que el objeto y fundamentación de la demanda ha sido claramente expresado en la primera presentación de la actora al decir: *"…venimos a iniciar acción de daños y perjuicios solicitando la reparación integral…contra* ***M. V. S****… (conductor y propietario) … y "citar en garantía" a la aseguradora* ***S. S. S.A.…****. Motiva la presente el incumplimiento contractual respecto de la indemnización por* ***Destrucción Total*** *adeudada, a raíz del siniestro ocurrido en la vía pública con fecha 29/12/2017 Póliza: X de la "citada en garantía", ocurrido en la intersección de las calles C. y E. M. de esta ciudad, con lesiones graves de la conductora de uno de los vehículos –marca Renault— 19 domino X, la instituyente* ***E. A. de R.****, quien resultó embestida por el demandado* ***V.****… Se reclaman los daños y perjuicios que más adelante se detallarán con más intereses…"* (conf. fs. 38).

La sentencia admitió parcialmente la demanda entablada por el Sr. P. A. R. y la Sra. E. A. contra el Sr. M. V. Z. y la citada en garantía S. S. S.A., condenando a este último y a la citada en el límite de cobertura, al pago a la Sra. A. de la suma de $ 80.721.-, en concepto de incapacidad sobreviniente y gastos médicos y de transporte y al Sr. R., la suma de $ 60.400.- en concepto de daño emergente y privación de uso, con más los correspondientes intereses. Por lo tanto, si tenemos presente que el principio de *congruencia*

comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro que ello en modo alguno se ha dado aquí, como afirman los apelantes. Es por ello que no se encuentra incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a *"las pretensiones deducidas en el juicio"*, lo que significa que la sentencia se ha ajustado al pedimento que era condenar a los responsables a la reparación plena e integral de los daños y perjuicios sufridos por la reclamante como consecuencia del accidente en cuestión.

Es por lo dicho que respondo a los agraviados no admitiendo su queja y dejando constancia que el principio de *congruencia* y la garantía de defensa en juicio se conculcan cuando se introducen en el fallo alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena defensa, debiendo entenderse incumplida la exigencia del art. 163, inc. 6°, Cód. Procesal -que corresponde al art. 165, inc. 6° del CPCC Provincial- (conf. SCBA, 21/12/84, L. 34.194, La Ley 1986-B, 601). Lo que no ha ocurrido en este proceso.

Tampoco puedo compartir el agravio porque no surge de las actuaciones en estudio que la sentenciante haya introducido indebidamente en el pleito articulaciones ajenas a los planteos de las partes, constituyendo una innovación *"ex oficio"* relevante en la litis y provocando un cambio en la suerte de la controversia. Obviamente, tampoco se encuentra ello demostrado por los agraviados en su queja.

Afirmo, en contra de lo que se dice en la queja, que al sentenciar no se ha incurrido en un vicio que afectara el derecho de defensa. O sea, de ningún modo se ha mostrado que haya existido un absoluto desvío de la pretensión de la actora con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose de esa manera un fallo

extraño a las respectivas pretensiones de las partes. Con lo que resulta más que claro que la decisión judicial no se pronunció sobre un tema o materia no debatido oportunamente en el proceso (el factor objetivo de atribución de responsabilidad por las consecuencias del accidente) y respecto del cual, por consiguiente, las partes no hayan tenido oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

La sentencia trató y resolvió la cuestión sometida a su decisión, tal como quedara trabada la *litis*, sin desviarse hacia un camino no planteado por las partes en el proceso.

En virtud de lo expuesto, no debe admitirse el agravio de la recurrente en cuanto tilda de *incongruente* a la sentencia en crisis en razón de haberse sentenciado *"extra petita"*.

2.3 – <u>Sentencia arbitraria</u>

Se dice en la queja que se ha dictado una sentencia *arbitraria*.

Se ha acotado en torno de este punto -y lo he dicho reiteradamente ante planteos similares- que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme -con respecto a este tema- que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado*

de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa. Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales.* Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…"*,T. III, págs..725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es *arbitraria* dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

Los fundamentos expuestos conducen al rechazo de la queja en este punto.

2.4 – <u>El rechazo de la indemnización por daño moral</u>

Se agravia la quejosa por el rechazo de la indemnización por daño moral. La sentencia en crisis plasmó que se reclama la reparación del padecimiento moral por incumplimiento de un contrato, situación totalmente ajena a estas

actuaciones en las que se demanda con fundamento en la responsabilidad extracontractual, derivada de un accidente de tránsito. Por ello -dijo la a quo- el reclamo de daño moral tal como se pide resulta improcedente y debe ser rechazado.

Si nos atenemos a los términos de la demanda, vemos que la parte actora inició "acción de daños y perjuicios" contra el Sr. V. Z. en su condición de conductor y propietario y solicitó la "citación en garantía" de la aseguradora S. S. S.A. Basó el reclamo en el siniestro ocurrido en la vía pública (accidente de tránsito) el 29/12/2017, en la intersección de las calles C. y E. M. de esta ciudad, con lesiones graves de la conductora de uno de los vehículos marca Renault 19, quien resultó embestida por el demandado V., que conducía un automotor Renault Sandero. Dijo la actora que los daños están cubiertos por la aseguradora "citada en garantía". Relató el accidente referido, los móviles que participaron y el lugar donde ocurriera. Mencionó los daños sufridos por el automóvil Renault 19 y la situación en que ella quedó luego del choque. Hizo referencia a la "prioridad de paso" que tenía el Renault 19, que resultó el vehículo embestido e imputó la exclusiva responsabilidad en el hecho al conductor del automóvil Renault Sandero (móvil embistente). En sus reclamos indemnizatorios figura el daño emergente/material por el valor de reparación del Renault 19; la incapacidad física de la Sra. A.; los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte; la privación de uso del automotor siniestrado y el daño extrapatrimonial. Con respecto a este último reclamo aclaró en la demanda que *"…El daño generado por la falta de cumplimiento que está sufriendo le provoca padecimientos por verse privada del uso de la cosa o su sustitución por otra del mismo valor, que podría comprar con el dinero adeudado, y como tal, afectan su desarrollo personal, familiar, operativo, entre otros. Con tales antecedentes el reclamo por daño moral resulta procedente, frente a la actitud de la aseguradora de eludir su obligación contractual de indemnizar el siniestro alcanzado por la cobertura contratada…"* (conf. fs. 41 vta.) y más adelante agrega: *"…es*

que el daño moral no solo se produce por el siniestro sino, además, por el incumplimiento de la aseguradora y la imposibilidad de reparar el vehículo cuanto antes o en su caso como ocurre en autos comprar un equivalente al destruido…" (conf. fs. 42).

Más adelante en el punto relativo al Derecho invocado destaca el art. 1757 del CCyC que se refiere al hecho de las cosas y actividades riesgosas y dice que toda persona responde por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Aclarando seguidamente la reclamante que *"…La responsabilidad es objetiva…"* (conf. fs. 43).

De este escueto resumen surge con claridad que la base de la acción interpuesta por la actora es la ocurrencia de un accidente de tránsito y se reclaman los daños y perjuicios que el mismo provocara a los reclamantes. Ante este panorama, la compañía aseguradora es citada al proceso "en garantía" de las obligaciones que tenga que asumir su asegurado -partícipe en el accidente- con respecto a los daños que el mismo provocara a las víctimas.

La cuestión relativa a la responsabilidad "extracontractual" y "contractual" circulan por carriles distintos sin perjuicio de la sanción del nuevo CCyC. La responsabilidad "extracontractual" tiene por base el deber de no causar daño a otro, mientras que en la "contractual" la responsabilidad de indemnizar un daño tiene derivación directa de un incumplimiento de lo oportunamente pactado entre las partes. En la "extracontractual" no hay contrato previo alguno, mientras que el mismo sí existe en la "contractual" (su nombre así lo indica).

Ante este claro panorama que surge de las constancias de autos, es evidente que todo el reclamo de la parte actora se basa en la responsabilidad

extracontractual que les cabe a los responsables del hecho dañoso (accidente de tránsito) y por lo cual deben responder afrontando las indemnizaciones correspondientes. Es por ello que no cabe sino acompañar a la a quo cuando en su decisión final expresa que el reclamo en autos por la reparación del daño moral por "incumplimiento de contrato" deviene improcedente. En la misma demanda se aclara la razón por la que se efectúa el reclamo de indemnización por "daño moral", según lo he transcripto supra y ello hace que no puedan admitirse los términos de dicha pretensión ante una demanda y un proceso que tramitó por indemnización de los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto y analizado, hay que tener presente que la pretensión será, indefectiblemente, la de obtener el resarcimiento del perjuicio causado concretándose aquel, a través de una indemnización dineraria -continuación de la regla romana de la pecuniaria condemnatio- aunque nada obsta, por supuesto, la opción de recurrir cuando sea posible a restablecer el estado de las cosas a la situación que hubiera existido si el hecho ilícito no se hubiera producido, a la reparación en especie o in natura. Tal es, en suma, el objeto de la demanda, un aspecto central y decisivo pues la clase de daños que se reclama define las alegaciones, la prueba, cuantificación y problemática del nexo causal (conf. TRIONFETTI, V., *"La demanda de daños. Aspectos esenciales para su confección"*, RCyS 2018-VI, 219, LLOnline: AR/DOC/829/20118).

A modo de cierre he de dejar sentado que, como dijera Alterini, no todo daño es resarcible, de manera que solo ciertos daños alcanzan entidad bastante para que jurídicamente constituyan sustento de reclamo (conf. ALTERINI, A.A., *"Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil"*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1974, 2ª. edic., pág.124). Esto nos conduce a tener presente que el daño moral no puede desentenderse de los requisitos generales de procedencia que todo daño, independientemente de su categorización como

patrimonial o extrapatrimonial, debe satisfacer. Hay que tomar en consideración aspectos tocantes a todo perjuicio cuya reparación se persiga judicialmente: la importancia de acreditar la existencia de perjuicio espiritual en el reclamante y la presencia de los otros presupuestos de la responsabilidad civil, a lo cual añadimos como elemento central que el reclamante se halle revestido de legitimación suficiente para impetrar la acción resarcitoria, extremo harto debatido en la vigencia del Código Civil derogado y que todavía amerita alguna disquisición (conf. CALVO COSTA, C.A., *"Derecho de las Obligaciones"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2017, 3ª. edic., pág. 748; MENDEZ SIERRA, E.C., *"Siguen excluidos legalmente los hermanos de la víctima para reclamar daño moral en el nuevo Código Civil y comercial?"*, ED 263-926).

En cuanto a los requisitos de procedencia del daño extrapatrimonial resarcible, aunque el estudio de ellos -señala Pizarro- suele circunscribirse de manera principal al daño patrimonial, lo cierto es que esos mismos requisitos son los necesarios para que se configure el daño resarcible no patrimonial. Recordemos, ellos han sido prefijados en el art. 1739 del CCyC: *"Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente…"*. A tono con lo dispuesto normativamente se ha recalcado que la noción jurídica de daño se integra necesariamente con los recaudos de reparabilidad, toda vez que debe estar en condiciones potenciales de ser resarcido y ello así, la lesión, para ser reconocida en su resarcibilidad, deberá abastecer los requisitos de certidumbre, subsistencia, personalidad y adecuación al régimen de extensión del resarcimiento previsto legalmente (conf. PIZARRO, R.D., *"Daño Moral"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1996, pág. 124; BORAGINA, J.C. – MEZA, J.A., *"El daño extrapatrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial"*, en WIERZBA, .M. – MEZA, J.A. – BORAGINA, J.C. (dirs.), *"Derecho de Daños"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2017, pág. 152 y 158; RASCHETTI, F., *"Cuatro pautas*

para la procedencia de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales en materia contractual", RCyS 2020-VI, 3, LLOnline: AR/DOC/1223/2020).

Es claro que el daño debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético; esto significa que debe haber certidumbre en cuanto a la existencia misma, presente o futura, aunque pueda no ser todavía determinable su monto, lo cual se enlaza y acerca con la prueba del daño moral el cual, como todo daño, debe ser acreditado por quien lo alega (art. 1744 del CCyC) (conf. CAZEAUX, P.N. – TRIGO REPRESAS, F.A., *"Derecho de las Obligaciones"*, Ed. Librería Editora Platense, Bs.As., 1987, T. I, pág. 407; RASCHETTI, F., ob. cit.).

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conducen al rechazo del agravio.

3 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada y la citada en garantía</u>

3.1 – <u>Cuestión previa</u>

Por lo pronto, debo señalar que los agravios desarrollados por la recurrente no constituyen una crítica concreta, pormenorizada y razonada de los argumentos traídos por la magistrada de grado para admitir la demanda instaurada, conforme lo exige el art. 268 del CPCC.

En efecto, la crítica supone un análisis de la sentencia mediante raciocinios que demuestren el error técnico, la incongruencia normativa o la contradicción lógica de la relación de los hechos que el juez considera conducentes para la justa composición del litigio, de su calificación jurídica y de los fundamentos de derecho que sustentan su decisión, por ello la ley procesal exige que esa crítica sea razonada, es decir que el apelante refute las conclusiones de las partes que considere erradas, requisito que, en el caso, no encuentro cumplido puesto que la quejosa tan sólo se limita a expresar su

disconformidad con el fallo de la Sra. Jueza de Primera Instancia reiterando lo expuesto sobre el tema en presentaciones anteriores; no obstante lo cual he de examinar el mismo con el objeto de dejar salvaguardado el derecho de defensa de la parte y en función del criterio restrictivo con que, a mi juicio, debe ejercerse la facultad otorgada por la ley de declarar desierto el recurso (conf. CNTrab., Sala X, 25/10/2019, in re *"S. P. c/ J. R. A. S.A. (D) s/ Diferencias de Salarios"*, voto del Dr. Corach).

3.2 – <u>La indemnización por la "privación del uso" del automóvil</u>

Se queja la apelante de la admisión del daño por "Privación de Uso" del automotor siniestrado y la imposición de intereses sobre el monto de condena.

Dentro del daño derivado de la privación del rodado, a causa -en este caso- de un accidente de tránsito, han de considerarse incluidos tanto el que corresponde a la falta de comodidades que representa, como a las erogaciones efectuadas para reemplazarlo. Ahora bien, el resarcimiento correspondiente a la sola privación de uso de un rodado excluye toda posibilidad de lucro, ya que únicamente deben considerarse las actividades de la persona relacionadas con su vida familiar, social, cultural, de recreo, etc., puesto que se la indemniza sin que se exija la demostración de un perjuicio cierto, por lo que difiere también de aquellos supuestos en los que se invocasen mayores gastos ocasionados por la falta de utilización del móvil, ya que éstos necesitan ser fundados y demostrados (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala III, *"R. G. c/ R. G. s/ Sum."*, 18/03/86).

Tengo en cuenta que la privación del uso del automotor es una consecuencia lógica y normal de los hechos, y es incuestionable que esa circunstancia ha irrogado a la actora una pérdida patrimonial cuyo quantum es perfectamente estimable si -tal como aquí ocurre- no resulta acreditado fehacientemente en autos.

Es que si bien la sola privación de uso del vehículo constituye un daño indemnizable aunque independiente del uso que de él pueda hacerse, para su exacta dimensión resulta útil la prueba que permita la apreciación de su real incidencia. Es por ello que se ha sostenido en forma pacífica que esta indemnización, por el período que corresponda, puede ser acordada con carácter genérico, o sea, por el solo hecho de la indisponibilidad durante el tiempo necesario a ese efecto. En este caso ha sido otorgada para cubrir los días que demande la adquisición de un nuevo vehículo (25 días).

A los efectos de fijar el monto indemnizatorio para el rubro en análisis, tengo en cuenta que queda reservado el mismo a la decisión judicial procediendo en la forma prevista por el art. 167 in fine del ritual con la debida prudencia ante la ausencia de pruebas específicas (arg. art. 390 CPCC).

El planteo relacionado a la aplicación de intereses sobre el monto indemnizatorio es simplemente un "argumento" de la quejosa, el cual en modo alguno constituye un "agravio" digno de análisis y de allí que no corresponda su tratamiento.

En razón de lo expuesto, el agravio se desestima.

3.3 – <u>La indemnización por los "Gastos Médicos y de Transporte</u>"

Una vez más, estamos en este punto ante simples argumentos expuestos por las recurrentes.

Vengo diciendo reiteradamente ante planteos similares, que la SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado.

Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Z. A. J. c/ L. D. O. y Otros s/ Daños y Perjuicios"* -N° 62.948- y *"L. C. S.A. c/ L. D. O. y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de las recurrentes, advierto que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"R. de P. c/ E."*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

En razón de lo expuesto y fundamentado, la queja no es atendible.

4 – <u>Conclusión</u>

Considerando que los agravios constituyen el alcance y medida del recurso concedido a los apelantes y que los aquí expuestos no logran hacer mella en la sentencia apelada, es mi conclusión que debe ser confirmada la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Así lo voto.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas de la siguiente manera: **a-) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso que le ha sido concedido (art. 69 CPCC) y **b-) <u>Por el recurso interpuesto por la parte</u> <u>demandada y la citada en garantía</u>:** se le imponen a los apelantes que resultan vencidos en el recurso que les fuera concedido (art. 69 CPCC). En ambos casos, los honorarios de los profesionales intervinientes deben ser regulados en los porcentuales propuestos en su voto precedente por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, en razón de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En caso de ser acompañado este voto por mi colega de Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR el decisorio de fs. 262/270 en todo cuanto fuera materia de agravios.

2. IMPONER las costas de la presente instancia ***por el recurso interpuesto por la parte actora,*** a la parte actora; y ***por el recurso interpuesto por las parte demandada y la citada en garantía***, a éstas últimas (conf. art. 69 del CPCC).

3. REGULAR los honorarios por la actuación en esta Alzada***, por el recurso interpuesto por la parte actora,*** al abogado J. E. G. A. en el 30 %, y al letrado V. A. F. en el 25 %; y ***por el recurso interpuesto por la parte demandada y la citada en garantía,*** a los letrados V. A. F. y S. L F., en conjunto y proporción de ley, en el 30 %, y los del abogado J. E. G. A. en el 25 %. Todos ellos de la regulación practicada en Primera Instancia, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de agosto de 2021.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR el decisorio de fs. 262/270 en todo cuanto fuera materia de agravios.

2. IMPONER las costas de la presente **instancia** ***por el recurso interpuesto por la parte actora,*** a la parte actora; y ***por el recurso interpuesto por las parte demandada y la citada en garantía,*** a éstas últimas (conf. art. 69 del CPCC).

3. REGULAR los honorarios por la actuación en esta Alzada, ***por el recurso interpuesto por la parte actora,*** al abogado J. E. G. A. en el 30 %, y al letrado V. A. F. en el 25 %; y ***por el recurso interpuesto por la parte demandada y la citada en garantía,*** a los letrados V. A. F. y S. L F., en conjunto y proporción de ley, en el 30 %, y los del abogado J. E. G. A. en el 25 %. Todos ellos de la regulación practicada en Primera Instancia, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.