

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. Nº 22372/07-STJ-

SENTENCIA Nº 47

///MA, 14 de agosto de 2008.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto I. Balladini, Luis Lutz y Víctor H. Soderio Nievas, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “JOSID, Horacio R. y Otra c/ASOCIACION MUTUAL DE SERVICIOS EDUCATIVOS ESTACION LIMAY y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/ CASACION” (Expte. Nº 22372/07-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVa. Circunscripción Judicial para resolver el recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 364/391, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaria. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----

----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:-----

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVa. Circunscripción Judicial, mediante el Auto Interlocutorio Nº 225, de fecha 1 de diciembre de 2007 glosado a fs. 350/353, en lo que aquí importa, resolvió: “I.- No hacer lugar a los recursos deducidos y confirmar el decisorio recurrido, salvo en lo referido a los honorarios, regulándose por el total del litisconsorcio pasivo, según se explica en los considerandos, la suma de \$15.610.- (MB \$104.068.- x 15%), correspondiendo a los Dres. Hugo Frare y Ricardo Apcarián///.- ///.-en conjunto la suma de \$10.927.- (50% del total en razón de su mayor actividad profesional en autos, incrementado en un 40% por

resultar apoderados), a los Dres. Daniel García y Diego García en conjunto la suma de \$3.902.- (25% del total del patrocinio por no resultar apoderados), y al Dr. Gustavo R. Tiemroth la suma de \$3.902.- por igual razón (arts. 6, 7, 9, 11, 20, 39 y conc. LA). En cuanto a los honorarios de la Dra. Alicia Garayo, se fijan en la suma de \$7.845 (MB \$320.210 ./2./2x7% + 40%)(arts. 6, 7, 9, 20, 39 L.A.). II.- Con costas de la Alzada a la apelante, regulándose los honorarios de los Dres. Alicia Garayo y Ricardo Apcarián en el 25% y 30%, respectivamente, de los que corresponden a la instancia de grado. III.- Declarar la exclusiva culpa de la letrada de la parte actora, en los términos del art. 52 del CPCyC. ...”.- -

-----Esto es -salvo respecto a los honorarios-, confirmó la Sentencia de Primera Instancia de fs. 310/311 que, ante el incumplimiento de lo dispuesto oportunamente en la resolución que hiciera lugar a la excepción de defecto legal (fs. 284/285), resolviera hacer efectivo el apercibimiento consagrado en el art. 354 “in fine” y tener a la actora por desistida de la demanda, con costas a su cargo.- - - - -

-----Contra lo así decidido por el Tribunal “a quo”, se presenta la apoderada de la actora a fs. 364/391 interponiendo recurso de casación por su representada y por derecho propio, planteo que es contestado por la co-demandada Asociación Mutual de Servicios Educativos Estación Limay a fs. 400/405 y vta.. Asimismo, a fs. 407 y vta. emite dictamen la Asesora de Menores e Incapaces.- - - - -

-----Al respecto, la parte actora y su letrada por derecho propio aducen en sustento del recurso extraordinario de casación, que la sentencia impugnada ha incurrido en///.- ///2.- autocontradicción y arbitrariedad, en la violación del principio de congruencia y del debido proceso, en la violación de la doctrina legal y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.- - - - -

-----Expresan que se violó la doctrina del Superior Tribunal de Justicia en los autos: “YPF S.A. s/Queja en S.C.R.J.M. c/YPF S.A. s/Daños y Perjuicios” (Expte. N° 19039/03) y en “Reservado s/Sumario s/Casación” (Expte. N° 20039/05) que señala que si no se hubiese aportado prueba respecto del quantum aunque sí de la existencia del daño, los rubros indemnizatorios quedan sujetos al prudente arbitrio judicial.- - - - -

-----Manifiesta que la Cámara de Apelaciones argumentó que dió la oportunidad de subsanar el defecto legal a la parte actora, pero sin observar que el principio rector es totalmente otro, obligando de esta manera a cuantificar lo que resulta imposible en esta etapa y a desoír toda defensa sobre los derechos del menor.- - - - -

-----Sostiene que, la búsqueda de los elementos que responsabilizan al demandado para darle real entidad al daño sufrido por un menor es la verdad suprema, y apartarse de ello y centrarse sólo en la cuestión de la determinación del monto, vicia de nulidad la sentencia. En ese sentido, considera que el absurdo consiste en exacerbar el derecho de defensa en juicio de la demandada y no del menor, que se traduce en anteponer la excepción de defecto legal por indeterminación del monto cuando no existe posibilidad cierta de cuantificarlo de manera eficaz sin antes producir la prueba ofrecida. Cita doctrina y jurisprudencia de la CSJN. y del STJ. que refieren al criterio de que la falta de prueba sobre el monto del resarcimiento de daños no autoriza a rechazar la demanda. Afirma que se viola el derecho de defensa del menor cuando se impide///.- ///.- responsabilizar a quienes deben responder por su accionar culposo.- - - - -

-----Asimismo, expresa que el fallo en crisis nada dice respecto de la representante del Ministerio Público, cuando debió ser congruente con lo resuelto con relación a la letrada del actor y hacer extensiva la reponsabilidad a la representante de dicho Ministerio.- - -

-----Por otra parte, señala que el Tribunal “a quo” luego de abundar en argumentos para rechazar la demanda por defecto legal consistente en no haber precisado el monto reclamado, inexplicablemente regula honorarios tomando como monto base el denunciado en la demanda, considerando que la Cámara debió haber regulado honorarios conforme a la escala habitual que es menester aplicar cuando el monto es indeterminado.- - - - -

-----Por último, señala que también se ha violado la Convención Internacional de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional, específicamente en su artículo tercero, ya que el fallo que se recurre sólo avanzó sobre una excepción de defecto legal carente de sustento fáctico y jurídico, con formalismos que atentaron justamente contra los derechos del niño. Cita numerosos antecedente jurisprudenciales que hacen referencia al interés superior del niño, concluyendo que este proceso se ha convertido en meros actos rituales en desmedro del menor.- - - - -

-----Corrido el pertinente traslado, se presenta a contestar el mismo a fs. 400/405 y vta. la co-demandada Asociación Mutual de Servicios Educativos Estación Limay.- - - - -

-----Al respecto, sostiene que el recurso es inadmisble debido a que la resolución que se

recurrer carece del recaudo de definitividad y además, no causa gravamen irreparable ya que nada obsta a que la actora inicie un nuevo trámite///.- ///3.-judicial.- - - - -

-----Expresa que la interpretación de normas procesales resulta materia ajena a la instancia extraordinaria y en el presente caso el señor Juez de grado se limitó a hacer efectivo el apercibimiento previsto en el art. 354, inc. 4) del CPCyC. ante la persistencia del defecto legal de la acción entablada.- - -

-----Sostiene que tampoco nos enfrentamos ante el supuesto de absurdo y lo que pretende la actora es traer nuevamente a debate la procedencia o no de la excepción de defecto legal cuando ello ya quedó resuelto de manera definitiva por la Cámara de Apelaciones. La actora en lugar de cuantificar la demanda rubro por rubro como le había sido exigido, optó por modificar la misma afirmando que se trataba de un reclamo de monto indeterminado, lo que resulta imposible a esta altura del proceso.- - - - -

-----Niega que su parte haya actuado con malicia sino que sólo ha intentado defender con responsabilidad profesional los intereses confiados.- - - - -

-----Por último, expresa que no es cierto que el fallo impugnado sea contradictorio al aplicar el apercibimiento del art. 354 “in fine” y simultáneamente adoptar una base de cálculo de los honorarios profesionales sino que la accionante había indicado en la demanda dos importes distintos (\$520.000 y \$320.000) sin saber cual de los dos era, en definitiva, su pretensión resarcitoria.- - - - -

-----Finalmente a fs. 407 se presenta la Asesora de Menores e Incapaces, Dra. Alicia Merino a fin de emitir su dictamen. Expresa que si bien el Ministerio Público es defensor de los derechos de los niños y adolescentes en la medida de su indisponibilidad, no debe confundirse con la defensa técnica en el marco de un proceso que realizan los padres o tutores///.- ///.-del menor con la asistencia de un abogado, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en conflicto.-

-----Que de acuerdo al art. 59 del Código Civil la función del Ministerio Público es la de emitir dictámenes de acuerdo a derecho y no defender posiciones que se consideran más beneficiosas o favorables para el representado. La Asesora de Menores está obligada a dar en sus dictámenes, opiniones que considera más justas, independientemente de que convenga o no a los intereses del menor o incapaz. Esto se funda en que, como rama del Ministerio Público, debe velar por la observancia de la ley porque representa los intereses de toda la sociedad, más allá de su específica función de asistencia al menor o

incapaz.- - - - -

-----Sostiene que, efectivamente en autos la Cámara ordenó a la actora que practicara liquidación rubro por rubro cuantificando cada uno de ellos (art. 354, inc. 4* del CPCyC.); orden que la actora no cumplió intentando imponer su criterio cual es dejar sujeto al arbitrio judicial la determinación de los montos y de los rubros que ella debía determinar, intentando de tal manera modificar la orden, emanada del tribunal competente, ya firme.-

-----I) Previo a todo, y atento a los intereses en juego en la presente causa, resulta pertinente realizar algunas observaciones y consideraciones preliminares respecto de la tramitación de la misma.- - - - -

-----Si bien es correcto que el interés superior del niño, dada la jeraquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 C.N.), debe primar sobre cualquier otro interés (conf. art. 3 de la referida Convención), y así lo ha reconocido reiteradamente este Superior Tribunal de Justicia (Se. N° 87/04, “O., A. B. y F., L. M. s/GUARDA CON FINES DE ADOPCION s/CASACION” (Expte. N° 19262/04 - STJ), del///.- ///4.-28.10.04), los derechos de estos deben ser ejercidos conforme a la legislación procesal vigente y respetando el derecho al debido proceso legal y de defensa de la parte contraria, por lo que la invocación sin más de aquel no puede justificar ni fundar por sí sólo la revocación de lo decidido por el Tribunal “a quo”.- - - -

-----Que asimismo, realizado un minucioso examen de las constancias de la presente causa, y a contrario de lo argüido por la apoderada de la actora, se advierte que ha sido principalmente esta parte -más allá de lo opinable de las distintas decisiones judiciales-, quien no ha estado a la altura de lo que las circunstancias le exigían conforme al mencionado interés superior del niño.- - - - -

-----Vale como ejemplo y en razón de su persistente postura, las siguientes vicisitudes procesales:- - - - -

-----1) Al presentar la demanda a fs. 33/50 e individualizar a los demandados, lo hizo bajo el empleo de una formula alternativa, como la expresión y/o que implicaba indeterminación del sujeto pasivo, incumpliendo de tal modo con el art. 330, inc. 1) del CPCyC., lo cual le valió la oportuna intimación del “a quo” de fs. 51, luego salvada con la ampliación de la demanda formulada a fs. 65.- - - - -

-----También resulta llamativo e inexplicable, que la actora haya fundado la responsabilidad de los demandados primordialmente en la culpa de éstos, y en los

artículos 512, 901 a 905, 1109 y 1113 del Código Civil, cuando el actual artículo 1117, modificado por la Ley 24.830, establece expresamente que: “Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo///.- ///.-que probaren el caso fortuito. Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente. La presente norma no se aplicará a los establecimientos terciarios o universitarios”, consagrando de tal modo, un claro esquema de responsabilidad objetiva.- - - -

-----2) Que a fs. 198 se encuentra agregada una certificación que da cuenta que en los autos: “JOSID, HORACIO RUBEN Y SVERDLICK, DIANA RUTH S/BENEFICO DE LITIGAR SIN GASTOS” (Expte. N° 22053-02), se dictó sentencia decretando la caducidad de instancia, encontrándose la misma firme y consentida; motivo éste que determinó que el Juez de Primera Instancia, atento a lo peticionado por la AMSE Estación Limay a fs. 195, y lo dispuesto por los arts. 18 y 25 de la ley 2.716, resolviera la suspensión de las presentes actuaciones, hasta tanto se cancelásen los tributos de ley.-

-----3) Que, planteada la caducidad de instancia del principal por la demandada AMSE Estación Limay a fs. 201 y vta., y contestado el pertinente traslado por la actora a fs. 202/208 y vta., el Juez de Primera Instancia, no obstante considerar que en autos surgía palmaria la inactividad por parte de los actores en el presente trámite por el lapso instaurado por la ley para que quede operada la caducidad de la instancia, resolvió a fs. 210/214 rechazar la misma. Ello en razón de haber advertido en dicha instancia procesal, que no se le había dado la debida intervención en el presente juicio al Ministerio Público, y que ello resulta ineludible y obligatorio, conforme a lo prescripto por el art. 59 del Cód. Civil. Seguidamente, teniendo en cuenta que el motivo de la decisión no pasaba por ninguno de los numerosos planteos de la actora, que///.- ///5.- rechaza uno por uno, impone las costas por su orden.- -

-----4) Que a fs. 241 y vta. la Cámara de Apelaciones declaró la nulidad de todo lo actuado desde fs. 221, disponiendo que debía estarse a la suspensión de las actuaciones dispuesta oportunamente a fs. 196 por el Juez de Primera Instancia. Ello, en la consideración de que no existía constancias algunas de haberse abonado lo adeudado a efectos de proseguir el juicio.-

-----5) Que, denunciado por la actora a fs. 253 el inicio de una nueva petición de litigar sin gastos en autos: “Josid, Horacio Rubén y otra s/Beneficio de litigar sin gastos”, (Expte. N° 1561/04), y solicitar la apertura de la presente causa a prueba, el Juez de Primera Instancia, a fs. 255, resolvió: “...no ha lugar por improcedente”. Ello, por considerar que: “...los efectos del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos rigen a partir de la interposición del pedido. Si bien aquél puede ser pedido en cualquier estado del proceso, ello no significa que quien lo promueve quede liberado de las obligaciones devengadas con anterioridad, no pudiendo, en consecuencia, alcanzar a la tasa de justicia y demás contribuciones devengadas, pues la razón legal que inspira y fundamenta aquel beneficio sería desbordada si se otorgara al mismo efecto retroactivo a la fecha de la interposición” (CNCom. Sala A, 20.4.98, LL 1998-D-544; CNCiv., Sala J, 28.12.95, LL 1996-D-199).- - - - -

-----5) Que apelada la decisión que no hiciera lugar a la prosecución de las actuaciones por la actora, y ante la circunstancia antes ignorada, respecto de que se había promovido un nuevo beneficio de litigar sin gastos, la Cámara de Apelaciones, invocando la aplicación de la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia sentada en autos: “Nasif, Mónica c/Mansur, Jalil y otros s/daños y perjuicios”, Se.///.- ///.-N° 35 del 19.06.2003, consideró que los efectos de este último beneficio se retrotraen a la fecha del primer beneficio, resolviendo en consecuencia, dejar sin efecto la suspensión dispuesta a fs. 196 y confirmada a fs. 241.- - - - -

-----Sin perjuicio de que dicha decisión se encuentra firme y consentida, vale aclarar que la interpretación dada por el Tribunal “a quo” a la doctrina legal precitada no es correcta. El principio general, y así se dijo también en el precedente “NASIF”, es que si bien el instituto del beneficio de litigar sin gastos puede ser solicitado en cualquier estado del proceso, no corresponde otorgar efectos retroactivos anteriores a la fecha de la interposición. En dicha oportunidad, se le otorgó excepcionalmente tal carácter, en la consideración de que en el primer beneficio no había existido resolución alguna, concediendo o denegando el beneficio solicitado, como así tampoco había existido desistimiento de la acción y/o caducidad; que la situación de pobreza reconocida en el nuevo beneficio aparecía como existente y/o contemporánea al tiempo del primer beneficio conforme a la prueba producida; y que el Representante Fiscal de la D.G.R. había prestado su conformidad al otorgamiento del mismo.- - - - -

-----En tal orden de ideas, a contrario de lo denunciado reiteradamente por la apoderada de actora, la Cámara tuvo aquí, con su particular interpretación de la doctrina legal

mencionada, una posición benevolente con su parte, que de algún modo dejó en el olvido y/o restó eficacia a la caducidad decretada del primer beneficio, permitiéndole continuar con el trámite de la causa sin tener que cancelar los tributos de ley, que era dable exigir.- - - - -Hasta aquí las distintas falencias y/o errores procesales fueron salvadas por la propia acción de la parte actora,///.- ///6.-de la Asesora de Menores y/o del órgano jurisdiccional.-

-----6) Que, el Tribunal “a quo” luego de dejar sin efecto la suspensión del procedimiento, y avocado al tratamiento de la apelación deducida respecto de la excepción de defecto legal planteada, resolvió hacer lugar a la misma, disponiendo que la actora, en el plazo de diez días debía practicar liquidación rubro por rubro cuantificando cada uno de ellos.- - - - -

-----7) A fs. 301/302 se presenta la apoderada de la actora, y no obstante que la sentencia de Cámara había ordenado se practique liquidación rubro por rubro cuantificando cada uno de ellos (art. 354, inc. 4* del CPCyC.), sólo determina el monto del daño emergente reclamado, en la suma de \$453, dejando indeterminados los rubros: lucro cesante, pérdida de chance, daño moral, daño psicológico, incapacidad y sanción ejemplar reclamados, los cuales dejó sujetos al prudente arbitrio judicial.- - - - -

-----8) Que, ante el manifiesto incumplimiento de la actora, el Juez de Primera Instancia resolvió a fs. 310/311 hacer efectivo el apercibimiento consagrado en el art. 354 “in fine” y tener a la actora por desistida de la demanda con costas a su cargo. Ello, entre otras consideraciones, en base a que “...en nuestro ordenamiento ritual aparece claramente consignada no sólo la obligación que tiene la parte reclamante de acreditar los presupuestos de imputación de responsabilidad, cuya existencia es lógico determinar antes de verificar la extensión del daño reclamado, sino también la de indicar su extensión de acuerdo con los hechos que invocó como sustento de su pretensión. Dicha cuantificación puede ser aproximada, pero nunca debe soslayarse aún cuando la determinación final se decida en la última instancia con las probanzas colectadas”.- - - - -

-----Expresa que: “En la especie, lejos de cumplir con los///.- ///.-recaudos exigidos por la instancia superior, la actora mantiene dentro de un marco de incertidumbre el monto de lo reclamado por los diferentes conceptos que integran la pretensión con excepción del daño emergente y somete “al pudente arbitrio judicial” los restantes”.- - - - -

-----“Debo decir que esto no alcanza ni sirve para dar por cumplimentado con lo

dispuesto en la resolución que acoge la excepción de defecto legal. Para eximirse de esa responsabilidad debió suministrar, en aquellos en que no cuantificó numericamente el monto, las bases y elementos que permitirán al juez determinar eventualmente el quantum de la indemnización reclamada (conf. Alsina, “Tratado Teórico - práctico de Derecho Civil y Comercial, 2da. Ed., T. III, p. 113) y especificar cuales fueron las circunstancias del caso y los elementos a tener en cuenta que impidieron realizar esta determinación; es decir ilustrar suficientemente que los montos exigidos no resultan fácilmente determinables aportando datos a tal fin. Más aún cuando se le está concediendo una segunda oportunidad para hacerlo”.- - - - -

-----Y concluye: “El camino seguido por la actora por el contrario no concreta tales exigencias ni cumple con lo resuelto por la Alzada y coloca una vez más a la accionada en un estado de incertidumbre, incompatible con el regular derecho de defensa”.- - - - -

-----9) Que, apelado dicho pronunciamiento por la actora a fs. 319 y fundado a fs. 325/334, y por la Asesora de Menores a fs. 317 y fundado el recurso a fs. 340/342, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería resolvió: “I.- No hacer lugar a los recursos deducidos y confirmar el decisorio recurrido, salvo en lo referido a los honorarios, regulándose por el total del litisconsorcio pasivo, según///.- ///7.-se explica en los considerandos, la suma de \$ 15.610.- (MB \$ 104.068.- x 15%), correspondiendo a los Dres. Hugo Frare y Ricardo Apcarián en conjunto la suma de \$ 10.927.- (50% del total en razón de su mayor actividad profesional en autos, incrementado en un 40% por resultar apoderados), a los Dres. Daniel García y Diego García en conjunto la suma de \$ 3.902.- (25% del total del patrocinio por no resultar apoderados), y al Dr. Gustavo R. Tiemroth la suma de \$ 3.902.- por igual razón (arts. 6, 7, 9, 11, 20, 39 y conc. LA). En cuanto a los honorarios de la Dra. Alicia Garayo, se fijan en la suma de \$ 7.845 (MB \$ 320.210 ./2./2x7% + 40%)(arts. 6, 7, 9, 20, 39 L.A.). II.- Con costas de la Alzada a la apelante, regulándose los honorarios de los Dres. Alicia Garayo y Ricardo Apcarián en el 25% y 30%, respectivamente, de los que corresponden a la instancia de grado. III.- Declarar la exclusiva culpa de la letrada de la parte actora, en los términos del art. 52 del CPCyC. ...”.- - - - -

-----Se llega así a la instancia casatoria derivada del recurso de la actora, de fs. 364/391, cuyos fundamentos fueran sintetizados precedentemente.- - - - -

-----II) Que, ingresando ahora al examen de las cuestiones traídas a debate, se advierte -

más allá de los distintos agravios esgrimidos por la actora-, que nos encontramos frente a un obstáculo insalvable para la procedencia del recurso de casación interpuesto, cual es la existencia de cosa juzgada.- -

-----En efecto, más allá de que la actora dice recurrir la sentencia que hizo efectivo el apercibimiento consagrado en el art. 354 “in fine” y la tuvo por desistida de la demanda, en realidad ataca y se agravia primordialmente de la decisión judicial de fs. 284/285 que oportunamente hiciera lugar a la excepción de defecto legal, y resolviera expresamente que///.- ///.-la actora debía, en el plazo de diez días, practicar liquidación rubro por rubro cuantificando cada uno de ellos (art. 354, inc. 4* del CPCyC.), a fin de asegurar el derecho de defensa de las demandadas.- - - - -

-----Dicho pronunciamiento, ante la ausencia de recursos, quedó firme y consentido; por lo que ante el claro y manifiesto incumplimiento de las directivas dadas por el Tribunal “a quo” respecto a la cuantificación de los rubros reclamados en concepto de lucro cesante, pérdida de chance, daño moral, lesiones, daños psicológicos e incapacidad, derivaron inexorablemente en la resolución que, haciendo efectivo el apercibimiento consagrado por el art. 354 “in fine”, tuviera a la actora por desistida de la demanda.- - -

- - - - -

-----Es que ante la sentencia de fs. 284/285 que hiciera lugar a la excepción de defecto legal, la actora tenía sólo dos alternativas posibles. La primera de ellas, si no estaba de acuerdo con lo allí decidido, ya sea por considerarla equivocada, errónea y/o arbitraria, etc., era articular el recurso de casación que prevé el art. 286 y cctes. del CPCyC.; en su defecto, sólo le cabía cumplir con lo allí dispuesto y practicar la liquidación rubro por rubro cuantificando cada uno de ellos.- - - - -

-----En consecuencia, no habiendo la parte actora recurrido oportunamente dicho pronunciamiento, ni subsanado el defecto legal de la demanda, las sentencias subsiguientes sólo hicieron efectivo lo que la sentencia de fs. 284/285, firme y consentida, había resuelto; resultando ahora la crítica esgrimida en el recurso de casación, respecto de la necesidad de cuantificar cada uno de los rubros de los daños reclamados, absolutamente improcedente por extemporánea.- - - - -

-----Así, se ha dicho que: “Existiendo una sentencia pasada/// ///8.-en autoridad de cosa juzgada que da derecho al acreedor a ejecutar el crédito por alquileres adeudados por el demandado, hasta hacerse al locador íntegro pago del capital en su moneda de origen, con más los intereses establecidos y las costas del juicio, no es posible realizar una recomposición equitativa de la deuda porque una resolución de tal naturaleza importaría

alterar los efectos propios de esa decisión violando el derecho adquirido del acreedor.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, del 28/05/2004, “Ainstein, Roberta c. Dourin, Michelle y otros”, LA LEY 13/09/2004, 7); “Se ha conferido jerarquía constitucional a la cosa juzgada, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio, y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad señalada”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 29/10/1996, “Egües, Alberto J. c. Provincia de Buenos Aires”, LA LEY 1998-A, 116); “Resuelta la excepción de defecto legal, la misma hace cosa juzgada respecto de las cuestiones planteadas y decididas precluyendo el derecho de renovar las discusiones sobre la misma, es decir sobre las pautas que allí se dieron respecto al objeto de la demanda, por lo que no es posible modificar en la sentencia definitiva la pretensión deducida en el proceso.” (CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA, de SAN JUAN, Sala 03, “SAN FRANCISCO S.R.L. c/ MALDONADO ELIBERTO A. s/ ORDINARIO”, del 23/03/1994).-----

-----No obstante lo expuesto, y más allá de que la falta de articulación oportuna de recurso de casación, contra el pronunciamiento que hiciera lugar a la excepción de defecto legal, produjo la extinción pertinente y lo así decidido///.- ///.-adquirió carácter firme, por el principio de preclusión procesal haciendo ahora imposible su tratamiento en esta instancia extraordinaria, es dable señalar que aquella decisión lejos de ser arbitraria, aparece como razonable y acertada.- - -

-----Es que como bien lo sintetizara la Cámara en el pronunciamiento impugnado, la actora había demandado mensurando un daño y determinando un monto, pero ante la falta de precisión de lo reclamado la demandada dedujo excepción de defecto legal; defensa que fue acogida por el Tribunal “a quo”, disponiendo que la actora debía, en el plazo de diez días, practicar liquidación rubro por rubro cuantificando cada uno de ellos (art. 354, inc. 4* del CPCyC), a fin de asegurar el derecho de defensa de la accionada, resolución esta que -como antes se dijo- quedó firme y consentida. Sin embargo, la actora, incumpliendo tal carga procesal optó por modificar la demanda afirmando que se trataba de un reclamo por monto indeterminado respecto de la mayoría de los rubros, cuantificando sólo el daño emergente pero de un modo totalmente distinto al del reclamo inicial, todo lo cual resultaba inviable en ese estadio procesal, en tanto el artículo 331 del ritual establece expresamente que el actor sólo puede modificar la

demanda antes de que ésta sea notificada. - - - - -

-----Así, respecto a la necesidad de determinar los montos reclamados en las acciones de daños y perjuicios, se ha dicho que: “Es procedente la excepción de defecto legal si la forma contradictoria en que el actor planteó su reclamo, impide conocer, de manera clara y precisa, qué sumas pretende percibir en concepto de indemnización —en el caso, daño moral—, en la medida en que con relación a un actor, la expresión de lo reclamado difiere según se trate de la suma indicada en letras o de la detallada numericamente, mientras con relación a///.- ///9.-otro, hay una diferencia entre el importe mencionado en el texto del escrito y el incluido en la liquidación, impidiendo al demandado, la elección de alternativas para su contestación y para el ofrecimiento de pruebas”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Guanco, Julio C. y otra c. Provincia de Tucumán y otros”, del 11/10/2005); “Debe acogerse la excepción de defecto legal articulada por la demandada en una acción de daños y perjuicios, pues, la referencia genérica de los perjuicios reclamados en la demanda puede afectar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de aquél, ya que el daño requiere que sea afirmado en su identidad, existencia, modalidad, rubro al que pertenece y relación de causalidad”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala III, “Guidetti, Jorge C. c. Bco. Sudameris Arg. y/u otro”, del 19/03/2007); “La excepción de defecto legal resulta procedente frente a las oscuridades u omisiones del modo de proponer la demanda que, por su gravedad, colocan al demandado en real estado de indefensión, impidiéndole o dificultándole la refutación o producción de las pruebas conducentes”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Bello, Omar G. c. Banco Río de la Plata”, del 17/10/2006, DJ 18/04/2007, 1019); “La excepción de defecto legal procede cuando a pesar de la lectura detenida de la demanda no es posible desentrañar la cosa demandada, o cuando falta la determinación del monto reclamado o es confusa su estimación.” (CNApel. en lo Civ., Sala E, “Bodo, Osvaldo C. c/ Consorcio de Prop. Yatay 290/92”, del 25/04/2003, La ley 2003-E,397); “Es procedente la excepción de defecto legal opuesta a una acción de daños y perjuicios derivados de uso indebido de una marca, sustentada en la falta de indicación del monto demandado -en el caso, se reclamaban daño moral y erogaciones por trámites judiciales y///.- ///.-extrajudiciales-, si el actor se hallaba en condiciones aptas para llevar a cabo una determinación, al menos aproximada, de la extensión económica de los rubros requeridos”. (CNApel. Civil y Comercial Federal, Sala II, “Palacios, Gustavo A. c/Aroma Café S.A., del 12.11.2002, DJ 2003-1,403); “Corresponde admitir la excepción de defecto legal opuesta ante la falta de

determinación del monto reclamado si el accionante no ha demostrado la existencia de algún impedimento serio para cumplir con la obligación que le impone el art. 330, última parte, del Cód. Procesal”. (CNApel. en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, Granja Tres Aroyos S.A. c/ Estado Nacional y otros, del 25/4/2000, La Ley 2001-C-462); “La excepción de defecto legal procede si la demanda constituye una pieza procesal oscura, es decir que no es posible desentrañar la cosa demandada, como requiere el art. 330 del Cód. Procesal, o cuando hay una falta de determinación del monto o es confusa su estimación, siempre que no exista imposibilidad de fijarlo por configurarse los supuestos de excepción que prevé el inc. 6, párrafo 2do. del artículo”. (CNApel. en lo Civil, Sala E, Betansos, Horacio J. c/Nardello, Horacio H. y otros”, del 03/03/1998, La ley 1998-D-287; idem, CNApel. en lo Civil, Sala D, “Fornillo, Rubén O c/Metrovías S.A.”, del 20/02/1996, La Ley 1996-C-777).- - - - -

-----III) Sin perjuicio de lo expuesto, y no obstante lo dispuesto en el Auto Interlocutorio N° 40, de fecha 06.08.2007 obrante en copia a fs. 437 y vta. que hiciera lugar al recurso de queja, en razón de que como dijera este Superior Tribunal en reiteradas ocasiones, aún cuando nos hallemos en la etapa del análisis de fondo de la cuestión, no obsta ello a la posibilidad de revisar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, en razón del///.- ///10.-carácter meramente formal del examen preliminar. El cual, deja supeditado a que si se aprecia a posteriori que no se satisfacen algunas de las condiciones de admisibilidad del recurso intentado, éste pueda ser rechazado. En tal sentido: El carácter formal del examen preliminar previsto por el art. 289 del CPCyC. no impide el reexamen posterior del requisito cuya inobservancia se advierte.” (conf. STJRN., Se. N° 67/06, “DIRECCION GENERAL DE RENTAS”; Se. N° 27/00, “BANCO RIO NEGRO S.A.”; Se. N° 15/99, “ZULUAGA” ; Se. N° 112/95, “ANDRADE”, entre otros).- - - - -

-----En orden a ello y centrándonos en particular en lo relativo al cumplimiento de los requisitos que exige el artículo 285 del CPCyC. para que una resolución sea susceptible de recurso de casación, se observa que la sentencia impugnada no reviste el carácter de sentencia definitiva. Es que se entiende por sentencia definitiva la que termina el pleito o la causa, y concluye el proceso, o hace imposible su continuación. Su carácter esencial consiste en el efecto conclusivo de la decisión con relación al proceso, en primer término, y el agotamiento de la cuestión planteada, en segundo lugar. Aquello ocurre por la resolución de la causa en la culminación de las instancias ordinarias sin posibilidad de renovar su examen ex novo ed in totum ante un tribunal de grado

superior y dentro del mismo proceso; esto, por la extinción de la acción sin posibilidad de replantear la misma cuestión por otra vía y en un nuevo proceso. Si la causa puede proseguir con plenitud en el mérito, o si el asunto puede renovarse en otro juicio, no existe, por regla, sentencia definitiva.” (conf. STJRN., in re: “BANCA NAZIONALE DEL LAVORO S.A.” Se. N° 12/96 del 14.02.96; in re: “BANCO BANSUD S.A.” Se. N° 09/99 del 10.03.99; in re: “AGUIRRE” Se. N° 36/06 del 29.05.06; in re: “REBORA” Se.///.- ///.-N° 109/06, del 05.12.06).- - - - -

-----En autos, la decisión de la Cámara que confirmó el decisorio que hiciera efectivo el apercibimiento consagrado por el art. 354 “in fine” del CPCyC., y tuviera por desistida la demanda, nada ha resuelto sobre la cuestión de fondo, esto es sobre la eventual responsabilidad de los demandados y la cuantificación de los daños; en consecuencia nada impide la promoción de un nuevo proceso destinado a un nuevo planteamiento de tales cuestiones que, en las presentes actuaciones, en virtud de la procedencia de la excepción de defecto legal, no han podido ser objeto de debate.- - - - -

-----En tal sentido, este Cuerpo tiene dicho que: “... Si bien es cierto que la sentencia atacada cerró el proceso iniciado, ello no implica necesariamente el carácter definitivo de tal pronunciamiento en los términos del art. 285 del CPCC.. Ello así puesto que dicha finalización se produjo, al tenerse por desistida la demanda por incumplimiento de la intimación a subsanar el defecto legal por el grado, sin que dicho decisorio resolviera la cuestión de fondo traída a litigio. Evidentemente, estamos ante un palmario caso de sentencia con efecto de cosa juzgada formal, pero que no reúne el requisito de cosa juzgada material, pues la cuestión de fondo -cumplimiento de contrato- podría en principio renovarse en un juicio posterior, ya que, como bien sostuvo el segundo votante en la sentencia de Cámara, el recurrente no ha demostrado -tampoco lo intentó en el recurso sub exámine- que la acción se encontrare prescripta y que la desistida tenía la capacidad de interrumpir la prescripción.” (STJRN., Se. N° 30/02, “CASA BLANCA LAS GRUTAS S. A.”); “... mientras el interesado cuente con una vía procesal expedita para la tutela de su derecho el pronunciamiento del caso no es cuestionable por el recurso///.- ///11.-extraordinario. Tal cosa ocurre con la sentencia que rechaza la excepción de prescripción”. (Cf. CSJN. fallos 298: 113; cit. N. Sagûez, “Recurso extraordinario”, T. I, p. 350; id. STJRN. Se. N° 04/91 “Arce”, Se. N° 05/91, “Ayrala”; Se. N° 21/91, “Geowel”; Se. N° 103/95, “Pellejero”).” (STJRN., Se. N° 63/01, “C., B. C/ S., P. S/COSA JUZGADA I. S/CASACION”).- - - -

-----IV) Asimismo, debo señalar que no advierto contradicción y/o incongruencia

alguna respecto a la regulación de honorarios practicada por la Alzada.- - - - -

- - - - -

-----A contrario de lo argumentado en el recurso en examen, hubiera sido arbitrario por contradictorio, luego de hacer lugar a la excepción de defecto legal, regular honorarios como si se tratara de un juicio de monto indeterminado, resultando el monto tomado como base para la regulación de los estipendios profesionales, en el caso el monto menor por aplicación del principio “favor debitoris”, absolutamente razonable.- - - - -

-----A ello se agrega además, la circunstancia de que, como lo tiene reiteradamente dicho este Superior Tribunal de Justicia, “la regulación de los honorarios judiciales de los profesionales es irrevisable en casación, ya sea en lo que atañe a su monto como respecto de las bases adoptadas para fijarlos, salvo violación de las normas legales pertinentes” (conf. STJRN., Se. N° 52/06, “RIO NEGRO FIDUCIARIA S.A.”, del 28.06.06).- - - - -

-----V) Por último un párrafo aparte merece la intervención del Ministerio Pupilar (Asesora de Menores) en el ejercicio de la representación promiscua que la ley le asigna (art. 59 del Código Civil).- - - - -

-----Al respecto, es dable señalar que, además de la representación necesaria, de carácter individual, nuestro Código Civil instituye otro tipo de representación llamada///.- ///.- promiscua, porque se ejerce en forma colectiva o conjunta, que pone a cargo de un organismo estatal de protección de los incapaces: el Ministerio de Menores. En la actual Ley de Ministerio Público de la Provincia de Río Negro N° 4.199, de los Defensores (conf. art. 22, inc. i).- - - - -

-----La intervención del Ministerio de Menores es primordialmente de naturaleza representativa, de carácter necesario y resulta complementaria de la actuación de los representataes legales individuales.- - - - -

-----Actúa como órgano de la jurisdicción judicial y su intervención se desenvuelve en relación con actuaciones judiciales, aunque la nueva ley del Ministerio Público citada prevé también la defensa en asuntos extrajudiciales.- - - - -

-----Por ello, se ha dicho que encarna la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el poder público.- - - - -

-----En ese sentido, Elena Highton considera que el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota en la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, ya que en ciertas circunstancias, cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir

la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo. (conf. HIGHTON, “Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control”, LL, 1978-B-904).- - - - -

-----El precepto en estudio le atribuye al Ministerio de Menores el carácter de “parte legítima y esencial en todo acto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o de bienes de ellos”. Es por eso que la norma establece de modo expreso que la omisión///.- ///12.-de la intervención de Ministerio de Menores acarrea la “nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su intervención”, considerando la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que por tratarse de la nulidad del procedimiento es de carácter relativo y como tal susceptible de confirmación. (conf. BUERES - HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Ed. Hammurabi, T. 1-A, ps. 500/501).- - - - -

-----En tal sentido, se ha dicho que: “La omisión de dar intervención al Ministerio Pupilar para que ejerza la representación promiscua, respecto de resoluciones que comprometen en forma directa los intereses de un menor, importa desconocer el alto cometido que la ley ha asignado a dicho Ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones. (Del dictamen del Procuradora Fiscal que la Corte ha ce suyo)”. (CSJN., “Pastrana, maría Cristina y otros c. Municipalidad de Cronel Pringles” del 17.10.2007, publicado en La Ley el 1.11.2007; idem. Fallos 305: 1945, 320:1291, 323:1250, 325:1347); “La no actuación del Ministerio Pupilar es sancionada con nulidad, siendo dicha nulidad relativa y como tal saneable mediante la confirmación, sea expresa o tácita, ya que la finalidad que persigue la norma sustantiva es la de proveer a la buena defensa de los intereses del incapaz. (BELLUSCIO Augusto, C., Código civil y leyes complementarias, T. 1, pág. 303 y sgtes. Ed. Astrea)”. (CACiv.yCom.Dolores, “S.,M. F. c/Heriquez, Yaniez Noemí” del 11.09.2007, LLBA 2007, noviembre, 1166; idem. CNCiv., Sala A, ED, 36-328): “La intervención del defensor oficial se caracteriza por ser promiscua y complementaria -en el caso, se desestimó la nulidad del decreto de caducidad de la instancia, pese a su falta de participación en las actuaciones-, ya que representa al///.- ///.-menor en forma conjunta con los padres o con sus tutores y no sustituye ni reemplaza a sus representantes legales.” (CSJN., “Paez Balbuena, Rufina y otros c/Ministerio del Interior”, del 13.02.2001, Fallos: 324:253); “Debe desestimarse el planteo de nulidad sustentado en la falta de intervención del defensor oficial, contra la

resolución que declaró la caducidad de la instancia en un recurso de queja por incumplimiento de la carga de informar al Tribunal sobre el estado del beneficio de litigar sin gastos durante un lapso superior al previsto por el art. 310, inc. 2 del cód. Procesal, si los menores involucrados se encontraban representados por su madre, quien actuaba por apoderado, y patrocinados por dos letrados de la matrícula, toda vez que dicha participación, aunque necesaria, no resultaba indispensable para cumplir con la actividad desarrollada.” (CSJN., “Paez Balbuena, Rufina y otros c/ Ministerio del Interior”, del 13.02.2001, Fallos: 324:253); “Si bien el Asesor de Menores es parte legítima y esencial en todos los juicios en los que intervengan incapaces, ejerce una función de asistencia y contralor, pero no de representación legal propiamente dicha, salvo los casos excepcionales fijados por la ley (arts. 66, inc. 3, 144, inc. 3 y 272, Cód. Civil).” (CNApel. en lo Civil, Sala I, “E., S de R. c/Municipalidad de Buenos Aires”, del 01.10.1996, La Ley 1997-E, 208).- - - - -

-----En autos, si bien la intervención de la Asesora de Menores no ha sido todo lo prolija que las circunstancias del caso exigían, al punto que, el Juez de Primera Instancia, no obstante que había transcurrido palmariamente el plazo que prevé el art. 310, inc. 2 del CPCyC., rechazó un planteo de caducidad deducido por la actora, por no haberse dado la debida intervención en el presente juicio al Ministerio Público///.- ///13.-(ver fs. 210/214), a partir de tal resolución se ha dado vista y/o corrido traslado de cada actuación procesal, y donde así no ha ocurrido, la Asesora de Menores ha consentido tácita y/o expresamente la tramitación de las presentes actuaciones, al extremo de que al emitir dictamen sobre el recurso de casación en examen, coincidiendo con la sentencia de Cámara impugnada, puso de manifiesto el incumplimiento por la actora, de lo dispuesto en la resolución que hiciera lugar a la excepción de defecto legal; circunstancia esta que podría en todo caso y eventualmente, derivar en una responsabilidad funcional de la mencionada funcionaria judicial, pero no en la nulidad de la causa.- - - - -

-----Y digo responsabilidad funcional, en el entendimiento de que como nos señala Elena Highton de Nolasco, la intervención del Ministerio Pupilar debe ser simultánea con la del representante necesario y aquél puede suplirla y aún contrariarla según cada caso (conf. Highton, ob. cit.); y de que como antes anticipé, la nulidad que refiere el art. 59 del Código Civil es relativa y puede ser subsanada sólo por la ratificación expresa o tácita de los trámites realizados sin la presencia del representante del Ministerio Pupilar, y en el sub examine la Asesora de Menores, con excepción de la intervención

dada ante el pedido de caducidad de instancia en donde sí reclamó la nulidad de las actuaciones, ratificó expresa y/o tacitamente cada una de la actuaciones procesales subsiguientes. MI VOTO por la NEGATIVA.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - -

-----ADHIERO a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Balladini, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo Soderro Nievas dijo:- - - - - -///.- ///.-1)

La interpretación del artículo 354 del CPCC.; no puede hacerse sin considerar lo dispuesto en el art. 165, segundo párrafo del CPCC.: “Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo”. Es decir que son dos supuestos distintos:- - - - -

-----a) No haber hecho las partes estimación;- - - - -

-----b) Imposibilidad de hecho. (“Más en tal hipótesis el Juez debe actuar con prudencia suma, de modo de no convertir la indemnización en lucro” - CNCom., Sala D, 28/7/89; Lexis nros. 11/8261; 11/8265; 11/8274; 11/8280; 11/8671; 11/8661). Pero si la ley faculta a no hacerlo, de ello no puede seguir ningún castigo a sanción, aunque se plantee como excepción. Ya que el Juez siempre fija el monto “aunque no resultare justificado su monto” (art. 165, último párrafo del CPCC.).- - - - -

-----2) Frente a esta situación el Juez puede:- - - - -

-----a) Mandar a determinarlo en un proceso sumarísimo;- - - -

-----b) Fijar el importe discrecionalmente, aún en ausencia de pruebas: “Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo” (art. 165, segundo párrafo del CPCC.).- - - -

-----3) Es claro que el acreedor remiso en la acreditación del daño o la producción de pruebas, no podrá luego quejarse de las pautas que el juzgador haya utilizado; las que se presume se harán con mucha prudencia.- - - - -

-----4) En esta línea ha sido la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha descalificado la sentencia como arbitraria: “Es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda considerando que no se había probado la existencia de un daño resarcible, sin hacer uso de las atribuciones que el legislador ha///.- ///14.-confiado al Juez con miras al adecuado servicio de la justicia (arts. 165, in fine y 36, párr. 2, Código Procesal) pues constituye una solución excesivamente ritual, que guarda relación directa e inmediata

con la frustración de los derechos constitucionales que invoca el apelante” (CSJN, 10/12/92, JA, 1995-II, síntesis).- - - - -

-----5) La facultad de estimar o no los daños, surge del texto del art. 330, aparta 2do.) del CPCC. y, por eso el monto debe ser fijado directamente por el Juez (CPCC., Anotado y Comentado, Tomo II, art. 165, apartado 4), La Ley - Carlos J. Colombo/Claudio M. Kiper).- - - - -

-----6) Reitero: “Si por no haber hecho las partes estimación de los frutos o intereses, no fuese posible lo uno ni lo otro, se los determinará en proceso sumarísimo. La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto” (CPCC., Comentado y Anotado, Segunda Edición Ampliada, Tomo I, art. 165 Lexis Nexis - Jorge L. Kielmanovich).- - - - -

-----7) El mismo Gozaíni, ha citado jurisprudencia aplicable:-

-----a) “De igual modo, si la sentencia de primera instancia no ha establecido al menos las bases sobre las cuales debe practicarse la futura liquidación del monto indemnizatorio, dicha omisión debe ser salvada por el tribunal de segunda instancia, pues resulta valioso que en la medida de lo posible la sentencia definitiva concluya todas las cuestiones y no las difiera para una etapa posterior (CNFed Civ. y Com., Sala III, 1995/03/01, “Lojoya, Horacio J. c.Caja Nacional de Ahorro y Seguro y Otro”, La Ley, 1995-D, 95-DJ, 1995-2-496).- - - - -

-----b) “Aunque la falta de prueba no es óbice para el reconocimiento de una indemnización, en razón de lo///.- ///.-dispuesto por el art. 165, el monto resarcitorio a fijarse debe ser sumamente prudente en mérito a la ausencia de dicha prueba” (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 1980/09/26, “La Pampa Argentina c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, JA, 981-II-415).- - - - -

-----c) “Para el cálculo indemnizatorio del daño material sufrido por quien recibió un servicio telefónico defectuoso por parte de la empresa prestadora y no demostró la medida del daño concreto y directo debe aplicarse el art. 165 del Código Procesal, pues la indemnización compensatoria que establece el reglamento de aquella empresa no resulta limitativa de los principios generales de derecho previstos en la ley de fondo” (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 2003/07/17, “Pérez Melo, Fernando H. c.Telefónica de Argentina”, DJ, 2003/11/26, 892 - DJ, 2003-3, 892).- - - - -

-----8) Cuando hay normas como las del art. 165 del CPCC., seguido en nuestra reforma, al igual que el art. 330, segundo apartado, queda claro que no procede la

excepción de defecto legal. Quiere decir que la excepción de defecto legal (art. 347, inc. 5° del CPCC.), no es oponible cuando como lo dice el art. 330 del CPCC., se trata del supuesto de los rubros y montos indeterminados, insistiendo en que la sentencia fijará el monto que resulte de las pruebas producidas, lo que obviamente, presupone una litis constituida y una etapa probatoria a favor de las partes, bajo pena de afectarse el debido proceso legal (art. 18 Constitución Nacional).- - - -

-----9) En síntesis la parte actora no se puede perjudicar ni perjudicar a su cliente (aunque acá no haya debate explícito sobre prescripción) ya que la inestimación del monto, no está condenado de manera alguna por el Código de Procedimiento, con el único riesgo para el litigante de que sea finalmente el///.- ///15.-Juez el que lo fije según su prudencia y criterio. MI VOTO por la AFIRMATIVA.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión propongo Al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 364/391 por la doctora Alicia Beatriz Garayo, por derecho propio y en representación de la actora. II) Imponer las costas a las recurrentes perdidasas (art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a la doctora Alicia Beatriz GARAYO, en el 25% y al doctor Ricardo APCARIAN, en el 30%. A calcular sobre lo oportunamente regulado a cada representación por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). MI VOTO.- - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto precedente.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nieves dijo:- - - - -

-----Propongo hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, retrotrayendo los autos a la etapa procesal pertinente, revocando lo decidido por la excelentísima Cámara, sin costas atento a la naturaleza y novedad de la cuestión debatida. ASI VOTO.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

POR MAYORIA

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 364/391 por la doctora Alicia

Beatriz Garayo, por derecho propio y en representación de la actora.- - - - -///.- ///.-

Segundo: Imponer las costas a las recurrentes perdedoras (art. 68 del CPCyC).- - - - -

- - - - - Tercero: Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a la doctora Alicia Beatriz GARAYO, en el 25% y al doctor Ricardo APCARIAN, en el 30%. A calcular sobre lo oportunamente regulado a cada representación por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A).- - - - -

- - - - - Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.

FDO. ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - LUIS LUTZ JUEZ - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - EN DISIDENCIA - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: II

SENTENCIA Nº 47

FOLIO Nº 202/217

SECRETARIA: I