NEUQUEN, 28 de Septiembre del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"PEREZ GARCIA MARTA ELIDA C/ PEHUENCHE S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (JNQCI3 EXP 451321/2011)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. En hojas 313/321 se dicta sentencia haciendo lugar a la demanda.

En hojas 322/323 apela la sentencia la demandada y la citada en garantía.

Asimismo recurren los honorarios por elevados.

Con cita del art. 731 del Código Civil y Comercial señala que la regulación de honorarios de los letrados y peritos que exceda el límite allí establecido, resulta inoponible a esa parte.

Cita jurisprudencia.

En relación a los honorarios de los peritos, entiende que son elevados si se tienen en cuenta los honorarios de los letrados que han conducido el proceso a lo largo de años, así como también, en relación a la entidad de los dictámenes y su relativa influencia en el resultado del proceso.

En hojas 336/355 expresa agravios.

Como primer punto señala que, de los términos del contrato de seguro, surge una franquicia mínima y obligatoria de $ 40.000 por cada reclamo, computable sobre capital de sentencia y transacción, y a prorrata respecto de las costas.

Dice que esta póliza fue consentida por las partes, y es oponible a la actora.

Con abundante cita de jurisprudencia, concluye que debe rechazarse la acción respecto de Mutual Rivadavia Seguros

de Transporte Público de Pasajeros, en atención a los términos del seguro contratado y a que el monto reclamado en la demanda, como el establecido en la condena, se encuentran comprendidos dentro de la franquicia de $ 40.000 acreditada en autos.

En consecuencia solicita se revoque la sentencia y se la excluya de la condena, hasta esa suma de capital y proporcional de intereses y costas.

Como segundo cuestionamiento, en relación a la excepción de prescripción, destaca que la actora entabló una acción contra una Empresa de Transporte de Pasajeros en base al derecho mercantil y las normas emergentes del art. 1113 del Código Civil.

Dice que no se modificaron los hechos, planteados en la demanda, hacia un accidente en el marco de una relación de consumo.

Frente a la plataforma fáctica y jurídica del escrito de inicio (contrato de transporte de pasajeros), tanto el demandado como la citada en garantía, ejercieron su derecho de defensa, oponiendo la excepción de prescripción en los términos del art. 855 del Código Civil.

Cita jurisprudencia y concluye que la sentencia en crisis que aplica un marco normativo no esgrimido, viola el principio de congruencia, y ha infringido claramente lo dispuesto por los arts. 34, 163, 164, 364 y 377 del CPC y C.

Entiende que la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor no constituye el derecho aplicable al caso, sino por el contrario la naturaleza de la pretensión que se intenta.

Concluye que la sentencia hizo caso omiso a la congruencia, importando una infracción a las reglas que rigen la competencia funcional del juzgador, y una incorrecta aplicación del principio iura novit curia, en tanto se altera la relación procesal y la naturaleza de la acción interpuesta.

Destaca que la parte actora omitió evacuar el traslado de la excepción de prescripción opuesta por la aseguradora, por lo que el planteo introducido extemporáneamente, respecto de la aplicación del marco normativo de defensa del consumidor, se encuentra consentido y firme respecto de la aseguradora, y por lo tanto resulta extensible también al demandado, dado que la obligación reclamada es solidaria.

En tercer lugar, se agravia de la asignación de responsabilidad exclusiva determinada en la sentencia, en tanto establece que cualquiera que fuera la maniobra que intentara realizar la demandada, se constituyó en causa eficiente del hecho litigioso.

Dice que lo cierto es que no se encuentra demostrado que la actora viajara como pasajera del ómnibus. El único testigo presencial reconoció que viajaba de espaldas y no vio el ingreso de la actora al colectivo ni el momento de la caída.

Alega que pese a que el testigo vio una maniobra imprudente por parte de la demandada, no puede dar cuenta del tercer vehículo que supuestamente participó en la maniobra y que, según refiere, habría sido adelantado por el demandado.

No indica en que carril de circulación se produjo el impacto y no fue repreguntado por la parte actora para que aclare tal circunstancia.

Sostiene que es evidente que el testigo no vio como se cayó la actora. La motocicleta ni siquiera aminoró la marcha, ni efectuó maniobra elusiva o de frenado alguno para intentar evitar el accidente, lo que da cuenta claramente de la falta de precaución del actor al viajar en un transporte público.

Refiere que la única persona que supuestamente ha sufrido daños es la actora, lo que da cuenta de su falta de precaución al viajar en un transporte público.

Sostiene que de la prueba producida en autos, no existe elemento alguno que pruebe que efectivamente el chofer del colectivo provocó el accidente en la forma relatada en la demanda.

Por lo expuesto, solicita el rechazo de la demanda.

En cuarto término, en relación al daño físico, entiende desmesurado el monto fijado, en tanto fueron calculados sin respetar los parámetros establecidos en los precedentes mencionados en la sentencia recurrida.

Asimismo, considera que se omitió deducir el beneficio económico que representa el cobro anticipado de ingresos futuros y el riesgo de esos ingresos futuros no existan o no llegan a producirse.

En esta dirección, y en cuanto a la incapacidad, destaca que la sentencia ha valorado una incapacidad del 41%, cuando en realidad la minusvalía del accionante era del 30% y el resto del porcentaje es asignado en base a argumentos que no guardan relación alguna con la lesión concreta.

Destaca que el 11 % restante no corresponde al daño concreto sufrido, sino a factores de ponderación, recalificación laboral, propios del derecho del trabajo, pero totalmente ajenos a la partida indemnizatoria en derecho civil.

Advierte que la asignación por incapacidad debe asignarse teniendo en cuenta la lesión concreta y no las expectativas de futuro, o bien incidencia laboral, que no guarda relación alguna con el fuero y tipo de proceso.

Cuestiona también que se haya considerado un ingreso de $ 1632 sin deducir previamente los descuentos correspondientes, por cuanto se computa el salario bruto sin las deducciones de ley.

Asimismo refiere que la simple utilización de fórmulas matemáticas genera una arbitrariedad evidente, poniendo al deudor en la posición de reparar la minusvalía

calculada sobre un salario fijo determinado, sin considerar la posibilidad de que cambien sus ingresos, sin que por ello deje de percibir la indemnización anclada en ese ingreso que representó el mejor salario que percibió en toda su actividad laboral.

Concluye que tomar datos estadísticos y fallos aislados, sin aplicarlos a la realidad del caso, deviene en una construcción totalmente apriorística e hipotética que no tiene relación alguna con fundamento lógico, razonado y concreto que exige el código ritual.

Asimismo, cuestiona que no se haya deducido el porcentaje que representa la chance o probabilidad de que los actores no perciban a los 60 años el ingreso hipotético futuro que se tuvo en cuenta por dicho cálculo, ni el beneficio económico que representa para los accionantes el cobro anticipado de los ingresos probables futuros que habrían eventualmente percibido de manera periódica a lo largo de los años que le restan a cada uno de ellos para alcanzar la edad de 75 años.

En esta dirección solicita la deducción del riesgo de no obtener a los 60 años el ingreso hipotético empleado en la fórmula de cálculo.

Expresa que conforme la formula admitida en el fallo “Vuotto” con las modificaciones o precisiones realizadas en “Méndez”, se utiliza el salario o remuneración mensual repotenciado por un factor de corrección que surge de dividir “60” por la edad de la víctima a la fecha del hecho.

Dice que no existe ningún elemento objetivo y cierto que asegure que el damnificado percibirá efectivamente ese salario repotenciado una vez alcanzada esa edad.

Refiere que el factor de corrección apareja un incremento artificial del hipotético ingreso que oscila en el 60% respecto del salario vigente a la fecha del hecho.

Solicita se complemente la fórmula que se utiliza, descontándose el riesgo a que está expuesta la actora de no obtener en el futuro, y durante el periodo de vida útil, los ingresos tenidos en cuenta para el cálculo, que en este caso estima en el 50% por aplicación del principio de distribución paritaria del riesgo.

Señala como otro defecto de la indemnización, que no se deduce el beneficio económico que representa para los actores damnificados el pago anticipado y de una sola vez de los ingresos futuros.

Entiende que este descuento debería calcularse de manera progresiva, tomando una tasa de descuento del 8 al 12 % anual o la que el juzgado estime razonable, para evitar que los actores lucren con el daño y que se produzca un enriquecimiento indebido a su favor a costa del patrimonio de esa parte.

Alega que la sentencia es arbitraria, en particular, que se ha considerado erróneamente el principio de congruencia al aplicar una fórmula matemática financiera que no forma parte de los hechos contenidos en la demanda, en desmedro de las probanzas de autos y de la verdad jurídica objetiva y la defensa en juicio que ha permitido a las partes alegar y probar en el transcurso del proceso.

Advierte que la actora desarrolló el cómputo de la indemnización pretendida y en modo alguno pretende la aplicación de la formula llamada “Méndez” o el promedio de esta con el cálculo actuarial emergente del fallo “Vuotto”, y en forma clara la sentencia ha dejado sin efecto el planteo contendido en el escrito inicial.

Dice que la sentencia hizo caso omiso a las propias afirmaciones de la parte actora, y solamente tuvo en cuenta que esa parte destacó tales circunstancias al momento de alegar, valorando ese aporte como fuera de plazo y violatorio del derecho de defensa en juicio del asegurador.

En definitiva, dice que la sentencia viola el principio de congruencia entre las afirmaciones y pruebas de la actora en la demanda y lo resuelto en definitiva.

Como quinto agravio expresa que el importe de $ 10.000, fijado por daño moral, es excesivo y arbitrario. Que la sentencia no justifica lo decidido, y que no se ha acreditado la existencia de la lesión en cuestión.

En relación a este rubro cuestiona también los intereses aplicados. Afirma que no respeta el precedente que invoca aplicar, por cuanto correspondería haber fijado un interés del 8 % anual desde la fecha del siniestro y hasta la de efectivo pago.

Sin perjuicio de ello entiende que es una deuda de valor y por lo tanto no corresponde aplicar intereses, en tanto su cuantía se fija a la fecha de la sentencia.

Finalmente, reitera la inoponibilidad de los honorarios que excedan el límite fijado por el art. 731 Código Civil y Comercial (antes 505 C.C).

Corrido el pertinente traslado, es contestado por la parte actora en hojas 357/361, solicitando su rechazo.

En relación al primer agravio, destaca que a la aseguradora se la condena “en la medida del seguro contratado”, entendiendo evidente que las extensas consideraciones que efectúa no se vinculan con la sentencia dictada.

Respecto del segundo agravio relativo a la prescripción, recuerda que la ley de defensa del consumidor es de orden público (art. 65), debiendo prevalecer el plazo allí establecido por sobre el del art. 855 del Código de Comercio.

Sobre el tercer agravio, relativo a la responsabilidad, señala que de las probanzas realizadas surge la improcedencia de los argumentos vertidos por la contraria.

Dice que en modo alguno puede endilgarse responsabilidad a esa parte por haber sido la única accidentada.

En cuanto al cuarto agravio (daño físico), destaca que el perito determina la incapacidad actual, inclusive con las consecuencias que ello le trajo aparejado para su vida laboral y cotidiana, y como consecuencia de ello el juzgado debe ponderar todas las secuelas del evento dañoso.

Recuerda que la reparación debe ser integral, caso contrario se violaría dicho principio de raigambre constitucional.

Dice que no hay nada arbitrario en los cálculos efectuados, ni puede decirse que el monto fijado constituya un enriquecimiento desmedido de los demandados.

En punto al daño moral, entiende que de modo alguno resulta una crítica razonada del fallo, sino que se tratan de párrafos que refieren a otro proceso.

Destaca que acreditó que, en virtud de las lesiones sufridas, debió ser sometida a una intervención quirúrgica y una etapa post operatoria que demandó más de ciento noventa días de reposo, y que realizó tratamiento de rehabilitación, por casi un año de duración (90 sesiones) en Centro de Traumatología de Cipolletti.

Dice que de ello puede tenerse por acreditado sin más el sufrimiento emocional padecido.

2. Ingresando en el análisis del primer agravio vertido, debo destacar que no cumplimenta lo normado por art. 265 del código procesal, por cuanto no conforma un ataque concreto y razonado al fallo recurrido.

No se advierte cual es el derecho afectado, puesto que, la Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, fue condenada en la medida del seguro contratado.

De esta situación se deriva la inexistencia de agravio, en tanto la operatividad de la franquicia ha sido

reconocida, y por lo tanto, corresponde el rechazo del planteo.

3. Como segundo punto, cuestiona el apelante la circunstancia de que se haya aplicado el plazo de prescripción previsto en la ley de defensa del consumidor. Destaca que esta normativa no fue invocada al deducir la acción, afectándose el principio de congruencia.

Es oportuno señalar, que ya he tenido oportunidad de expedirme en relación a un planteo similar, en autos "COSTAMAGNA MARIA ANGELICA C/ INDALO S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE" (Expte. Nº 476595/2013), de la Sala II. Adelanto que el agravio no ha de prosperar.

La acción deducida, encuentra fundamento en un contrato de transporte de naturaleza comercial y, en principio, se encuentra regulada por el Código de Comercio. Así "…cuando se trata de un contrato de transporte, el porteador asume la obligación de llevar al pasajero sano y salvo hasta el lugar de destino, obligándose a brindarle, no sólo durante el trayecto sino también en el ascenso y descenso del vehículo, las seguridades necesarias para que no sufra daño en su integridad personal" (ver C. Nac. Civ., sala M, 15/11/1989, Guardia, Manuel v. Espínola, Esteban y otros, JA 1990 I, síntesis).

En este marco, el art. 855 del mentado Código, establece que las acciones que derivan del contrato de transporte de personas o cosas y que no tengan fijado en el Código un plazo menor de prescripción, prescriben por un año en los transportes realizados en el interior del país y por dos años si se dirigen a cualquier otro lugar.

3.1 Sin embargo, no puedo dejar de señalar que el transporte público de pasajeros, es un contrato de consumo o genera una relación de consumo, tornándose aplicable la legislación tuitiva del art. 43 C.N. y ley 24.240 (art. 1, inc. b) en tanto se presentan los demás requisitos subjetivos:

transportista prestador profesional y pasajero consumidor final. (Conf. LORENZETTI, Ricardo, "Tratado de los Contratos", cit., loc. cit.; WAJNTRAUB, Javier H., "Protección Jurídica del Consumidor", Lexis Nexis, Depalma, p. 27).

Esta posición ha sido sostenida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en Pleno, en autos “Sáez” al indicar que: “La ley 26.361, modificatoria de la LDC, define como consumidor o usuario a "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art 1)", e incluye así en su régimen de protección a los usuarios del transporte público y abarca por tanto- aunque no en forma excluyente- a los sujetos transportados en virtud de la existencia del contrato regulado por el artículo 184 del Código de Comercio…”.

"…En éste sentido, nuestro más alto Tribunal ha decidido en su actual conformación que la incorporación del vocablo referente a la protección de la salud y seguridad de los consumidores o usuarios en el artículo 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de todos sus habitantes, por lo que la interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en el contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo estatuido por el citado art. 184, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores o usuarios…".

En este contexto, en cuanto al plazo de prescripción anual previsto en el Código de Comercio para los contratos de transporte, la mayoría de los camaristas afirmaron que si bien la redacción original del artículo 50 de la LDC podría haber originado interpretaciones divergentes respecto de los plazos

de prescripción, la modificación de dicho artículo a través de la ley 26.361 despeja dudas en tanto establece que "cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. El texto del art. 855 del Código de Comercio queda desplazado por la interpretación literal, lógica y teleológica de la ley y, al mismo tiempo, por el carácter de especialidad propia del sistema de protección del consumidor que surge del art. 3 de la ley 24.240 y del principio protector del art. 42 de la Constitución que inspira a todo el procedimiento hermenéutico para asegurar una solución protectora del usuario o consumidor…". Y, así se concluye: “el artículo 50 de la ley 24.240 (reformado por la ley 26.361) impone inequívocamente un régimen particular del plazo de prescripción sobre el universo normativo de leyes generales y especiales que desplaza, en este supuesto, la aplicación del término previsto en el art. 855 del Código de Comercio…" (Expte.: Sáez González, Julia C. c/ Astrada, Armando V. y Otros s/ Daños y Perjuicios. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil en Pleno 12-03-2012. Ver también: Edgardo López Herrera, “La aplicación del plazo de prescripción de la Ley de Defensa del Consumidor al contrato de transporte de pasajeros”, publicado el 7 junio, 2012 por THOMSON REUTERS, en Semanario de Jurisprudencia Argentina de Abeledo Perrot, entre tantos otros).

3.2 A esta altura debo señalar que no desconozco, que la ley de defensa del consumidor no fue invocada por la actora en su escrito de demanda, sino que lo hace al contestar la excepción de prescripción.

No obstante ello, considero que los hechos expuestos en la demanda claramente determinan su aplicación, resumiéndose la cuestión en un tema de encuadre normativo.

Por lo demás, su aplicación de oficio se encuentra determinada por el carácter de ley de orden público que

encuentra fundamento, no sólo en su art. 65, sino en la base constitucional de la que nace, esto es del artículo 42 de la Constitución Nacional.

En este aspecto, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto que: “la declaración de orden público expresamente prevista por el legislador en el art. 65 del mismo cuerpo legal, acarrea la aplicación de oficio del régimen tuitivo”. (Expte: 101125 - Caja de Seguros S.A. En J 86.813/12.698 Lavarello Maria Antonieta C/Caja de Seguros S.A. P/Cuest. Deriv. de Contrato de Seg. S/Cas. Suprema Corte Justicia de Mendoza. fs 57. 23/03/2012).

Indicando, en línea coincidente nuestro TSJ: “…la quejosa omite considerar que la Ley 24.240 es de orden público (Art. 65) y que, por ello, su aplicación es imperativa, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que este Cuerpo adhirió in re: “GÉLIZ ANA MARÍA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD” (Ac. N° 46/10).

El extremo que pasa por alto el impugnante es que no cabe interpretar los términos del contrato con desapego a los alcances de la Ley de Defensa del Consumidor. Y como ya se sostuvo -en el precedente mencionado ut-supra, por su naturaleza, tal normativa es indisponible para las partes, las que no pueden alterar o modificar sus efectos.

En ese sentido, el orden público consolida derechos que por su trascendencia interesan a toda la comunidad. Y es precisamente, este orden público de protección, el marco desde el cual cabe interpretar las relaciones jurídicas de consumo.

Al respecto, Lorenzetti expresa: “El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del Consumidor… en los casos que se presenten colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho consumerista. Se trata de uno de

los derechos denominados derechos civiles constitucionalizados" (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2da. Edición Actualizada, año 2009, págs. 44/45)…" (cfr. R.I. Nº62/2012, "IVANOFF GLADYS C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ SUMARÍSIMO ART. 321 CPCC" (Expte. N° 55 - año 2011), del Registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios del Tribunal Superior de Justicia).

3.3 Definido así que el plazo de prescripción aplicable en la especie es el de 3 años, siendo que el hecho aconteció con fecha 23 de Julio de 2009 y la acción se promovió el 07 de Julio de 2011, corresponde confirmar lo decidido por el juez de grado.

4. El cuarto agravio versa sobre la asignación de responsabilidad exclusiva a la parte demandada.

En punto a este cuestionamiento, debo reiterar la necesidad de que el agravio conforme un ataque concreto y razonado al fallo recurrido (conf. art. 265 del código procesal).

La queja, se centra en afirmaciones que son discordantes con las constancias del expediente.

Así, alega que el único testigo presencial reconoció que se encontraba de espaldas y que no vio el ingreso de la actora ni el momento de la caída.

Sin embargo, conforme el registro de la audiencia, tal reconocimiento no existió. Contrariamente, el testigo (Calero Carlos Joaquín) señala que "la señora viajaba en el mismo colectivo que viajaba yo" y producto de una mala maniobra del chofer "apareció en el pasillo fuera del lugar donde estaba sentada", y finalmente "vino la ambulancia y la trasladaron".

Afirma el recurrente que el testigo "no puede dar cuenta del tercer vehículo que supuestamente participó en la maniobra y que según refiere habría sido adelantado por el

demandado”. Por el contrario, el testigo no hizo referencia a otro vehículo ni su adelantamiento.

Refiere también a la intervención de una motocicleta, lo cual tampoco condice con las circunstancias de hecho debatidas.

Estas discordancias, entre otras, impiden el acogimiento del planteo.

5. En relación al quinto agravio, vinculado al daño físico resarcido, he señalado en reiteradas oportunidades, que el alcance del resarcimiento, la determinación del “cuánto” apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.

Porque indemnizar a la víctima insuficientemente –de asistirle el derecho- es muy injusto. “Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso… En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista … Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "… la reposición de las cosas a su estado anterior…" (art. 1083 del Código Civil)…” (Debrabandere, Carlos Martín, “La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo”, publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: “la utilización de la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivación del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial (“Villalba Miguel Ramón C/Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil” P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles “…para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, “Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)”, (Expte. Nº 343.739/06; 328.949/5, entre otros).

En mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y, por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Vuotto “de uso común en la jurisdicción” (genéricamente llamada “matemática” o “polinómica”), solo puede constituir un punto de inicio puesto que, si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual-, se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso –o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período), no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías “Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales”, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri “El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos”, DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: “La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva”.

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presente las variables de cada caso (cfr. “MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)” EXP Nº 501889/2014, entre muchos otros).

Así, las críticas de la demandada con respecto a la aplicación de las fórmulas deben desestimarse.

5.1 En relación al porcentaje de incapacidad, entiendo que para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que obren en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

En este aspecto, cuadra señalar que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarla, es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan

concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado.

En autos, estos extremos no se presentan y tampoco existen otros medios de prueba, de relevancia comparable o superior a la que en el caso reviste esta prueba, que persuadan que las conclusiones periciales hubieran debido ser dejadas de lado por el magistrado (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial” publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

Sostiene el apelante que la incapacidad a computarse debe ser del 30%, en tanto el 11% restante no corresponde al daño sufrido por el accionante, sino a factores de ponderación propios del derecho del trabajo, pero totalmente ajenos a la partida.

Sin embargo, este razonamiento pierde de vista que la incapacidad laborativa se encuentra comprendida dentro de la incapacidad física, no advirtiendo razones para su exclusión.

En conclusión, tomando como pauta las fórmulas reseñadas, y aun considerando los factores que el recurrente solicita se tengan en cuenta, no advierto que el monto fijado, a fines de reparar el daño físico, sea desmesurado como alega la parte demandada.

5.2 Tampoco observo violentado el principio de congruencia, por las siguientes razones.

La actora requirió la reparación integral y a este fin estimó un monto.

A mi criterio, la utilización de una u otra fórmula no importa, en el caso, fallar extra petita o que ello provoque una indefensión de alguna de las partes.

De hecho, la plataforma fáctica no varía, los requerimientos probatorios acerca de los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos no sufren

transformación alguna; la cuestión se reduce a la aplicación del método de cálculo adecuado al caso, que permita arribar a una solución justa en términos constitucionales, pero sopesando las variables principales alegadas en la demanda: edad de la víctima, ingresos y porcentaje de incapacidad.

"...Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio..." ("HIDALGO RAMIREZ HERNAN CONTRA O.P.S. S.A. Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" EXP Nº 348103/7).

En definitiva, si la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte, encuentra como límite el de la identidad de la propia pretensión, cuando como en el caso, no se altera la introducida por la parte, no advierto que tal límite se encuentre franqueado.

En este contexto, parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad.

Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión (cfr. "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", Acciarri, Hugo A.-Irigoyen Testa, Matías, LA LEY 09/02/2011, 1, LL 2011-A, 877).

6. Trataré ahora lo relativo al daño moral. En relación a este punto, advierto nuevamente que el cuestionamiento presenta discordancias con las constancias del expediente, que impiden entender cumplimentado el art. 265 del CPCyC.

Así, cuestiona el importe fijado de $ 10.000, cuando en realidad se condenó por $ 50.000. Indica que no demostró la existencia de lesiones, cuando, conforme se ha analizado más arriba, registra secuelas importantes. La crítica se presenta como una simple discrepancia con lo decidido, vértice desde el cual no puede ser receptada.

7. Respecto de los intereses sobre el daño moral, se agravia el demandado que se hayan fijado desde la fecha del siniestro.

Conforme tiene dicho esta Alzada: “los intereses sobre las indemnizaciones que se determinen corren desde que se produjo cada perjuicio objeto de reparación (cfr. Cám. Nac. Civil, Sala H, “Batalla de Brignoli c/ Beloso y otro”, LL 2007-B, pág. 809). Tiene dicho la jurisprudencia que, en los delitos y cuasidelitos, los intereses moratorios corren desde la fecha del ilícito, por cuanto la obligación de reparar nace desde el incumplimiento del deber de indemnidad (cfr. Cám. Nac. Civil, Sala K, 9/12/1999, JA 2000-IV, pág. 379). Por ende, los intereses sobre la indemnización por daño moral comienzan a correr desde la fecha del hecho dañoso, ya que los padecimientos espirituales que repara aquella indemnización se producen concomitantemente con, en este caso, el accidente, sin perjuicio de su prolongación en el tiempo, por lo que ha de confirmarse el resolutorio apelado en este aspecto” (Sala II, “GOMEZ FLAVIA BELEN CONTRA GUERRERO POBLETE JOSE MANUEL S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, EXP Nº 348362/7).

Y también, “ya he señalado (autos “Montecino c/ Domínguez”, expte. n° 349.810/7) que en materia de reparación de daños y perjuicios, los intereses sobre las indemnizaciones

que se determinen corren desde que se produjo cada perjuicio objeto de reparación (cfr. Cám. Nac. Civil, Sala H, “Batalla de Brignoli c/ Beloso y otro”, LL 2007-B, pág. 809). Consecuentemente, los intereses sobre las indemnizaciones correspondientes al daño físico, a los gastos de farmacia y al daño moral se devengan desde la fecha del siniestro, pero las indemnizaciones correspondientes a daños futuros se computan a partir del vencimiento del plazo otorgado para el pago del capital fijado en la sentencia” (cfr. Cám. 8° Apel. Civ. y Com. Córdoba, “Danelutti c/ Olmos y otro”, LL on line AR/JUR/271/2006).

En idéntico sentido de la jurisprudencia citada, también se ha pronunciado la Sala I de esta Cámara de Apelaciones en autos “Hidalgo de Salazar c/ Clínica Pasteur” (Expte. 795-CA-98), con cita de antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“LLANQUINAO PEDRO LUIS Y OTRO CONTRA CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ D. Y P. POR USO AUTOMOTOR”, Expte. Nº 373375/8).

Aplicando estas consideraciones al cuestionamiento tratado, se concluye que debe ser desestimado.

7.1 En relación a la tasa de interés sobre el daño moral, también se advierten discordancias con el expediente que determinan su desestimación.

Centra su cuestionamiento en que el fallo no respeta el precedente que invoca, cuando en la sentencia no se invoca precedente alguno al respecto.

8. En cuanto a la aplicación de la limitación contenida en el art. 505 del Código Civil, receptada en el Código Civil y Comercial, entiendo que no es procedente.

Así hemos indicado: “…Por último y con relación a la regulación de honorarios, esta Sala se ha expedido en Exp. Nº 424456/2010, respecto a la inaplicabilidad en el ámbito provincial de las disposiciones del artículo 730 del nuevo Código Civil y Comercial (asumo que a este artículo se refiere

el recurrente, a tenor de la transcripción que realiza en las hojas 298 y 309). Ya con anterioridad, lo habíamos hecho con relación al art. 505. Seguimos para ello a la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia respecto de la imposibilidad de la aplicación en el orden provincial, del art. 505 vigente en la anterior normativa y cuyo texto se reproduce en la nueva norma. Así, se señaló: “Este Tribunal ha fijado posición en cuanto a la inaplicabilidad del art. 13 de la Ley 24.432 en el ámbito provincial. Teniendo en cuenta los principios que emanan de los arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución Provincial, lo establecido por el art. 101, inc. 16, que establece la facultad de la Legislatura de dictar los Códigos de Procedimientos, el inc. 35 que le confiere la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre ellas la abogacía) y, finalmente, el inc. 1° en tanto le fija atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones de esta Constitución, puede concluirse que la Ley Arancelaria, en cuanto guarda una relación íntima y directa con las normas procedimentales (art. 63 último párrafo, de la Ley 1.594), integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura Provincial (conf. Acuerdo ya citado)…” (cfr. R.I. 6641/9, 09/02/09 “SEPULVEDA, JORGE HORACIO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” Expte. n º304/00)….” (cfr. “MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)”, EXP Nº 501889/2014 y su acumulado “MILLAHUAL WALTER MAXIMILIANO C/FREXAS FERNANDO MIGUEL Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)”, EXP Nº 502214/14).

9. En punto a la apelación arancelaria con relación a los honorarios de los letrados, realizados los cálculos pertinentes, las labores realizadas y las etapas cumplidas, las regulaciones efectuadas se encuentran dentro de los

parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que corresponde su desestimación.

Respecto a los honorarios del perito, cabe tener en consideración que, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, *in re* "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP Nº 385961/9).

Sentado lo anterior y de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que el porcentaje de la regulación atacada resulta ajustado a derecho por lo que se impone su confirmación.

10. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y citada en garantía, con costas a su cargo (art. 68 CPC y C). **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y citada en garantía y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 313/321 en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA