NEUQUEN, 4 de Julio del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"NAVARRETE BRUNO SEBASTIAN C/ EXPRESO COLONIA S.A. S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (JNQCI3 EXP 475888/2013)** 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 el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

**I.** A fs. 222/227 el *A-quo* hizo lugar a la demanda interpuesta por los actores en representación de su hijo menor E.L. y en consecuencia condenó a Expreso Colonia S.A. y la citada en garantía Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, esta última en la medida del seguro, a abonarles la suma de $ 116.400, con más intereses y costas.

A fs. 236 la demandada y citada en garantía apelaron y a fs. 252/269 expresaron agravios.

En primer lugar se quejan por la responsabilidad exclusiva atribuida en la sentencia. Dicen, que no se encuentra probado que los padres del menor hubieran tomado todos los recaudos para el viaje en transporte público. Alegan, que es el propio actor quien reconoce que el menor se apoya en la puerta en momentos en que el chofer comienza a cerrarla. Es decir, que el menor no recibió los cuidados correspondientes por sus progenitores y no tomaron los recaudos necesarios para que su hijo se alejara de la puerta. Señalan, que el fallo afirma que esa parte sostuvo que el menor se encontraba lejos de la custodia de sus padres cuando ello no es así, sino que por el contrario lo que argumentaron es que pese a encontrarse en la falda de los padres, los mismos no guardaron los correspondientes cuidados para evitar que su hijo acercara su mano a la puerta. Expresan que ha mediado culpa *in vigilando* de los padres.

Luego se quejan por el daño físico. Afirman que el actor tiene la carga de acreditar los ingresos y que la indemnización determinada aplicando lisa y llanamente la fórmula matemática financiera importa un desapego a la realidad de la víctima.

También se agravian en relación al daño estético y la chance de ingresos futuros. Dicen, que conforme surge de la pericia médica de fs. 140/141, el hecho ha dejado solamente una lesión estética que no produce limitación alguna de la función de la mano. Dicen que no se tuvo en cuenta la escasa o tal vez nula incidencia que la lesión tendrá en la vida futura del menor.

Además se refieren a la deducción del riesgo de no obtener a los 60 años el ingreso hipotético empleado en la fórmula de cálculo y de la deducción del beneficio del pago por anticipado. Critican la sentencia porque la consideran arbitraria e incongruente por aplicar una fórmula de matemática financiera que no forma parte de los hechos contenidos en la demanda.

Luego, se quejan con relación al daño moral porque entienden que es excesivo y arbitrario el monto de condena. Dicen, que el daño moral es una deuda de valor y que si el Sentenciante fija su valor actual no puede aplicar intereses sin implicar anatocismo.

Por último, se refiere a la inoponibilidad del art. 731 in fine del Código Civil.

A fs. 271/276 la contraria respondió los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

A fs. 236 la demandada y la citada en garantía apelaron los honorarios regulados en autos por altos.

**II.** Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que

hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), en ese marco corresponde analizar el recurso.

Asimismo, también cabe señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. Fallos 305:1886; 303:1700, entre otros), ello teniendo en cuenta que los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

No se encuentra controvertida en autos la existencia del accidente, como así tampoco las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió el mismo, aunque sí la atribución de responsabilidad y los daños físico y moral por los que procedió la demanda, e intereses respecto del daño moral.

**1.** En punto a la atribución de responsabilidad y el contrato de transporte esta Sala sostuvo: "*Conforme los lineamientos dados por el Máximo Tribunal de la República, interpretar cuánto se extiende la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe efectuarse con sustento en el derecho previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios por el artículo 42 de la Constitución Nacional (FALLOS: 331:819)*".

"*Desde allí, el transportista debe adoptar las medidas atinentes a la prevención de los riesgos que la prestación prometida acarrea para el usuario, pues el ciudadano común que accede al servicio de transporte, tiene fundada confianza en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad*".

"*La idea de que estamos frente a una empresa que explota una actividad comercial, que fue constituida con un sentido absolutamente profesional, que posee una organización*

*técnica, económica y jurídica preparada para producir determinados resultados preestablecidos, también nos lleva a considerar que debe reunir en los conductores y en los vehículos las cualidades necesarias para circular en forma segura y profesional"*, ("MAGGIO LAUREANA c/ VILU SRL Y OTRO S. D y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE", Expte. N° 371884/08).

A partir de lo expuesto el recurso no puede prosperar, en tanto las demandadas no acreditaron la culpa *in vigilando* alegada al responder la demanda. Es que, conforme señala la testigo Rocío Valeria Ramírez el niño E.L. *"iba en upa de la mamá, que el más chiquitito estaba en brazos".*

*"Ellos iban con el bebe en brazo, no sé si caminaba porque era muy chiquito. Ellos iban charlando".* Además al ser preguntada la testigo si algún otro pasajero alertó al padre sobre los movimientos del menor dijo que *"no, porque como lo llevaban en brazo no. No era saltando o solito parado como otros bebés. Él iba en brazo".* También agregó, en cuanto a la puerta trasera y la baranda que *"al ir en brazos es como que va encima de la baranda".*

En consecuencia, teniendo en cuenta el deber de seguridad aludido y que el accionamiento de las puertas conforme informa el perito a fs. 127 *"es por medio de un mecanismo neumático el cual es accionado por el conductor"*, como también que no quedó acreditada la culpa *in vigilando* de los padres de E.L., el agravio en punto a la atribución de responsabilidad no resulta procedente.

**2.** Luego, en cuanto al agravio relacionado con el daño físico, resulta aplicable lo sostenido por esta Sala respecto a que: *"Cabe partir de señalar que la cuestión sometida a conocimiento de la Alzada nos pone ante un tema sumamente delicado y de difícil resolución, cual es la cuantificación del daño y su consecuencia, la extensión del*

*resarcimiento, más aun cuando se trata de un menor (cfr. "CARCAGNO CLAUDIA BETINA Y OTRO CONTRA OLIVERO ELIO AGUSTIN Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte.N° 370625/8)".*

*"Al respecto, se ha sostenido que la fórmula matemática financiera es la que mejor permite objetivizar el resarcimiento del daño producido y desarrolla esas pautas que se han indicado como necesarias para una reparación justa, pero ello no obsta a que el Juzgador efectúe una corrección de los parámetros de la fórmula de acuerdo a las particularidades de la causa (cfr. Sala I, "GATTI ELIZABETH PAOLA CONTRA PAEZ MARIO CESAR Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP N° 386632/9), "MARTINEZ MARIA CRISTINA Y OTRO CONTRA RIVERA RICARTE Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", EXP N° 328949/5); "U.A.A. C/ P.J.J. Y OTRO S/D.Y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", EXP N° 425060/2010 y Sala II, en autos "CARCAGNO CLAUDIA BETINA Y OTRO CONTRA OLIVERO ELIO AGUSTIN Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte.N° 370625/8, entre otros) y determine el quantum conforme la facultad que le otorga el art. 165 del C.P.C. y C."*

*"A partir de esas circunstancias entiendo aplicables los fundamentos desarrollados por la Dra. Clerici in re "CARCAGNO CLAUDIA BETINA Y OTRO CONTRA OLIVERO ELIO AGUSTIN Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte.N° 370625/8), donde expresó: "Sin perjuicio de ello, y tal como lo expresa claramente el fallo "Aquino", durante mucho tiempo la minusvalía física se reparó tomando en cuenta sólo lo que el hombre se veía privado de producir en la tarea que hacía habitualmente. Señala Ricardo Lorenzetti que la doctrina italiana sostiene que, cuando la reparación se fija tomando este parámetro, al daño se lo juzga en el aspecto estático, considerando la disminución del bien primario; en cambio, cuando se realiza un análisis dinámico se consideran las manifestaciones cotidianas*

*extralaborativas del sujeto, no sólo como productor de utilidad, sino como receptor de utilidad (cfr. aut. cit., "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 112)."*

*"La ineficacia de estas concepciones decimonónicas a efectos de valuar el daño en su integridad aparece aún más clara en casos como el de autos, donde la víctima, al momento del accidente, no ganaba nada. Resulta evidente que la incapacidad que presenta el menor, producto del accidente de autos, le ocasiona un daño a su integridad física en sí misma considerada, ya que se ha vulnerado su derecho a la salud, afectando su cuerpo. Pero, además, no puede no considerarse que esa disminución de la capacidad física tendrá seguramente una proyección en el futuro del niño cuando, de acuerdo con su evolución, tenga la posibilidad de cursar estudios superiores o de insertarse en el mercado laboral (…). En conclusión, las lesiones producidas por el accidente no sólo lo condicionan a T.I. en la actualidad, sino que proyectan su sombra sobre el futuro de la persona."*

*"Claro está que poder mensurar precisamente la importancia de este condicionamiento a futuro es una labor de imposible realización, ya que todo es conjetural. No obstante ello, y ante el deber legal de fijar la cuantía de la reparación del daño material, teniendo en cuenta la situación actual de T.I. y su futuro, conforme se explicara, llego a la conclusión que la suma determinada por la a quo es insuficiente para ser considerada una reparación justa e integral."*

*"Si bien he de partir de los elementos considerados por la a quo, el resultado es distinto. En efecto, los datos tomados en la sentencia de grado a efectos de fijar el importe*

*de la indemnización son los más objetivos que se pueden utilizar a tal fin. El porcentaje de incapacidad y la edad del menor al momento del accidente no se discuten; en cuanto al salario mínimo, vital y móvil, esta Sala II ha sostenido que esta remuneración es la que corresponde tener en cuenta cuando no se conocen los ingresos de la víctima, como en este caso, por ser el menor salario que debe percibir todo trabajador, cualquiera sea su condición, por una jornada laboral normal en todo el territorio del país. Cualquier otra estimación que se haga de los ingresos que podría tener T.I. en el futuro no pasa de ser una conjetura, ya que se desconoce absolutamente si va a cursar estudios universitarios o terciarios, si va a tener un título profesional, trabajos que puede obtener, etcétera. Finalmente, tomar como edad tope la establecida por el sistema previsional para acceder a la prestación básica universal tampoco es irrazonable desde el momento que algún límite hay que establecer para la denominada "vida útil" del individuo, siendo aquella, entonces, la aceptada por la legislación previsional."*, ("MORA CARDENAS JUAN CARLOS Y OTRO C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO BENEF. 449651/11", EXP N° 449650/2011).

Luego, en cuanto a la inclusión del daño estético y el porcentaje de incapacidad determinado por el perito, cabe señalar que el experto a fs. 149 señaló que "*la incapacidad no se valoró por estética*", a partir de lo cual la queja al respecto no resulta procedente.

En consecuencia, teniendo en cuenta que E.L. era menor de edad al momento del hecho, que no se encuentra cuestionado el porcentaje de incapacidad determinado por el perito a fs. 141, que el *A-quo* consideró el salario Mínimo Vital y Movil vigente a la época del accidente (fs. 225vta.),

corresponde confirmar la justipreciación efectuada por el Sentenciante (art. 165 del C.P.C. y C.).

**3**. Luego, en cuanto al daño moral, esta Sala sostuvo que: *"De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "consecuencias no patrimoniales") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial"*, (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R.J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires, 2015).

En el caso de autos, las recurrentes no efectúan una crítica concreta a lo expuesto por el *A-quo* con relación a este rubro, limitándose a señalar que la actora no acreditó la existencia de lesión alguna de los bienes involucrados en el daño moral, pero sin referirse al fundamento al respecto dado por el Sentenciante a fs. 226, a partir de lo cual el agravio no resulta procedente (art. 265 del C.P.C. y C.).

A mayor abundamiento cabe señalar que la testigo Ramírez dijo *"ha pasado por varias cirugías ya el bebé"*, que sufrió *"muchas molestias, mucho dolor"*, *"Mucho trastorno porque era muy chiquitito cuando tuvo que pasar por muchas cirugías"*.

Por su parte la testigo Blanca Esther Fredes dijo: *"Si, llegó con su manito vendada y muy dolorida a la casa de su abuela"*. Agregó que *"fácilmente estuvo 20 días que venía todos los días a curaciones"*.

Además, conforme expone el perito médico y señala el *A-quo* a fs. 226, el niño fue internado en la Clínica San Lucas, donde se lo operó para reconstrucción de partes blandas del pulpejo pero continuó con controles ambulatorios (fs. 146).

**4**. Por otro lado, en punto a los intereses con relación al daño moral, esta Sala sostuvo: *"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)"*, ("JAIME ANGEL LORENZO C/ VIA BARILOCHE S.A. S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" EXP 506210/2014).

A partir de lo expuesto, el agravio al respecto no resulta procedente.

**5**. En punto a los recursos arancelarios de fs. 236, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por los letrados intervinientes y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, 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 confirmación.

Luego, cabe considerar 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", Expte. N° 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 las regulaciones atacadas por las demandadas resulta ajustado a derecho por lo que se impone su confirmación.

**6.** En cuanto a la aplicación de la limitación contenida en el art. 505 del Código Civil, receptada en el art. 730 del Código Civil y Comercial, esta Sala sostuvo "*…Por último y con relación a la regulación de honorarios, esta Sala se ha expedido en Exp. N° 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 °304/00)…"*, (cfr. "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)", EXP N° 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 N° 502214/14).

En consecuencia, el agravio al respecto no resulta procedente.

**III.** Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y la citada en garantía a fs. 252/269vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 222/227, en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La dijo:

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

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.** Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y la citada en garantía a fs. 252/269vta. y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 222/227, en todo cuanto fue materia de recursos y agravios.

**2.** Imponer las costas de Alzada a las apelantes vencidas, (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

**3.** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**