En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., M. A. c/C., J. D. y otra s/DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 639 año 2012**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 332/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1171), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1059/1064? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

El Sr Juez de la instancia de grado declaró la concurrencia de culpas, distribuyéndolas en un 20% para la actora y un 80% para los demandados. En consecuencia condeno a J. D. C. y a P. A. SRL a abonar en el término de diez días de firme o consentida la presente al joven M. A. M., la suma de ciento cincuenta y dos mil pesos ($ 152.000), en concepto de Daño Material- Incapacidad derivada, daño moral y psíquico y daño estético, con más los intereses establecidos en el considerando respectivo

y desde la fecha fijada hasta su efectivo pago. Hizo extensiva la condena a la aseguradora M. R. D. S. del T. P. de P., quien responderá dentro de los límites del seguro, conforme lo establecido en el considerando respectivo.

Declaró que las costas del juicio serán soportadas en el porcentaje de la cuota de responsabilidad establecida (Art. 72 de la Ley XIII N° 5) y reguló los honorarios

A fs 1067, en representación de M. R. de S. de T. P. de P., apela su representante, a fs 1069 lo efectúa la actora y por derecho propio los abogados contra la regulación de honorarios por bajos.

A fs 1072 los abogados por la E. P. A. SRL, interponen recurso de apelación.

A fs 1073 los Dres O. y M. expresan agravios. Entienden que la regulación de sus honorarios no se ajustan a lo dispuesto por los arts 5,6,8 de la ley de aranceles, ya que están por debajo de la pauta mínima, si se considera el monto del capital y los intereses, y la doble condición de apoderados y procuradores.

Consideran que la regulación merece un porcentaje de al menos un 19% más el 40% por la procuración. Reservan el caso federal.

A fs 1075 los Dres H. J. F. D. L. C. y J. F. F. apelan por bajos los honorarios regulados. Estiman la regulación a la que entienden tienen derecho, efectuando los cálculos pertinentes a los que me remito.

Los recursos son concedidos a fs 1071, 1083.

Elevados a la alzada, las partes expresan agravios.

Se agravia la actora por la concurrencia de culpa que dispusiera el sentenciante. Ya que pareciera que la discapacidad motora del actor fuera la causante del

accidente, cuando se probó que ninguna minusvalía de orden mental representaba, como tampoco la posibilidad de desplazamiento.

Menciona la situación de M. M. y señala que vio truncada sus posibilidades ante las graves lesiones que le provocara C.

Indica que la prueba responsabiliza a C., refiriéndose a la única testigo presencial la Sra P.
Sostiene que cuando M. inicia el cruce no había peligro alguno para hacerlo, el colectivo estaba frenado aún y no existe senda peatonal, ni semáforo. Menciona la ley 24449, art. 64 y jurisprudencia y narra el cruce y la maniobra del colectivo.

Indica que M. es atropellado de espaldas.
Se agravia que el Sr juez en 5 renglones atribuya responsabilidad al menor y agrega que el croquis que efectuó la policía una hora después no puede atribuir responsabilidad en contra de una testigo presencial.

Indica que los demandados no acreditan que M. no tenga responsabilidad para eximirse de culpa, sino tampoco qué medidas tomó el chofer para evitar el accidente, ya que como lo dice el a-quo el colectivero tuvo tiempo suficiente para advertir que el actor cruzaba la calle, pasajero que había descendido minutos antes, que trasladaba desde años y conocía las dificultades motoras. Alude ala prioridad de paso, reiterando que no había calzada, y que M. ya había traspuesto la mitad de la calle.

Efectúa reserva del caso federal.

El demandado D. C. y M. R. de S. de T. P. de P., expresan agravios en iguales términos, a fs. 1122/1124 y fs. 1125/1127 respectivamente, con relación en cuanto les atribuye el 80 % de responsabilidad, y en el punto 1 de

los considerandos, dice, que el juez considera que la causa penal no tuvo influencia en la causa civil, pues el actor fue sobreseído, cuando en realidad si se lee bien el fallo fue absuelto.

Señala que si bien es cierto que la absolución del demandado se sustentó en el beneficio de la duda y por lo tanto puede discutirse su responsabilidad en sede civil, no menos cierto es que los hechos probados en la causa penal no pueden discutirse nuevamente es esta sede. Y agrega las consideraciones del juez penal en punto a si el accidente se produjo con la parte izquierda del micro o con su lateral derecho.

Cita doctrina e indica que viene firme de la sentencia que fue el peatón quien avasalló, con cruce imprudente, la calzada del otro protagonista, agregando el Juez penal que es difícil sostener que C. no advirtiera la presencia del menor.

Detalla lo sucedido ese día en el momento del accidente, concluyendo que es el peatón quien embiste al colectivo, y debe atribuirsele el 100% de la responsabilidad.

Se agravia subsiariamente por las indemnizaciones otorgadas. Incapacidad sobreviniente: manifiesta que la incapacidad supuesta no es indemnizable ya que se indemnizan o reparan perjuicios concretos, debe demostrarse pérdida de ingresos y además era anterior al siniestro.

La pericia médica sostiene que el actor tenía una incapacidad funcional en su movilidad antes del siniestro y por ello se debe rechazar el rubro o disminuirlo.

Daño Moral: Las lesiones, acota, fueron leves y no le dejaron ninguna incapacidad.

La indemnización por el daño estético entiende es improcedente, cita doctrina y agrega que de prosperar la demanda debe ser subsumido en el daño moral.

Solicita el rechazo de los intereses, por no haber sido solicitados con la demanda.

Efectúa reserva del caso federal.

P. A. se agravia por que considera que se ha dictado una sentencia ultra petita ya que se manda apagar intereses cuando éstos no fueron demandados por la actora. Cita jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil, la CSJN y la SCJ, doctrina.

Se queja en cuanto se atribuye un 20% a la culpa del actor cuando no puede determinarse en porcentaje menor al 80%, dando un porcentual sin argumentos valederos ya que en el punto 6 reconoce que el menor tuvo una actitud imprudente y sumamente riesgosa, por lo que su propia conducta contribuyó en la producción del accidente, y en el punto 7 dice respecto de C., que no fue absolutamente indiferente en la causación del accidente , y decir ello es decir que casi no tuvo responsabilidad, o que su responsabilidad fue mínima. Ante ello la decisión de otorgar 80% de responsabilidad es arbitraria. Dispone el quejoso que debió decir el Juez y así la sentencia estaría acorde con el informe pericia, que transcribe parcialmente.

Observa que en la sentencia se descalifica el resultado del caso Nro 857, donde fuera sobreseído el Sr C. del delito de lesiones culposas en perjuicio de M., diciendo que fue producto de una prescripción de la acción penal y si bien ello es así, previa a esa declaración de prescripción se dictó en ese mismo proceso penal una sentencia absolutoria en beneficio de C., y tal sentencia no ha sido revocada, dejando prescribir el

Poder Judicial, una sentencia que ya tenía sentencia absolutoria, lo que no puede valorarse en contra del Sr C.

Peticionan a todo evento una responsabilidad del menor del 50%.

Respecto de los demás rubros e importes de condena, daño material, moral y psíquico y daño estético, se agravian por considerarlos elevados, y como fundamento se remiten a lo que dijera la Aseguradora a fs 1125/1127.

Reserva del Caso federal.

Corrido el traslado de las expresiones de agravio, las partes contestan los mismos.

Los codemandados se agravian ante la valoración que el sentenciante efectúa respecto al expediente penal y su incidencia en esta causa civil.

Del expediente 21221/2008 "C., J. D. s/ Lesiones graves en accidente de tránsito, surge que a fs 67 y 88 se absolvió al imputado hoy demandado Cortes, por el beneficio de la duda.

Tal decisión fue motivo de impugnación por parte de la Fiscalía toda vez que la sentencia fue leída fuera del término legal y por la actora en los presentes quien pide la condena de C.

El juez Penal rechaza el recurso de la Fiscalía y admite el de la parte querellante.

Elevado al STJ, advierten la posibilidad que la acción penal haya prescripto, y ordenan la remisión de la causa a la oficina de adjudicación a sus efectos. A fs 164/165 se resuelve sobreseer a J. D. C. por prescripción de la acción penal.

El Sr Juez consideró que el sobreseimiento se basó en la prescripción de la acción penal, en consecuencia

puede afirmarse la culpa civil aunque se haya establecido la inexistencia de la culpa penal.

Examinada la causa penal observo que asiste razón al Sr Juez de grado. El sobreseimiento por prescripción se realizó por considerar que el delito que se le imputaba a Cortes; lesiones culposas; tiene una pena máxima de 3 años, que el último acto impulsorio fue el 31-8-07, y que el hecho ocurrió el 4 de agosto de 2005. Y si bien es cierto que a fs 67 el Sr Cortés fue absuelto por el beneficio de la duda, dicha decisión no se encontraba firme ante las presentaciones de fs 93/95 vta, 105 /113 vta del expte 21221 y la queja encordelada.

Tal como dice el Dr Bueres partiendo de la figura del sobreseimiento en sede penal, lo que más polémica genera es el sobreseimiento definitivo, respecto del cual la doctrina presenta matices de opinión variada, entre quienes consideran que hace cosa juzgada y pone fin al pleito, y quienes entienden que no hace cosa juzgada en los términos de la absolución, coincidiendo el autor con quienes sustentan posiciones intermedias , "parece incontrovertible que si el juez penal ha sobreseido por cuanto hay evidencia de que el hecho no se cometió, o no lo cometió el imputado, tal condicionamiento tendrá la misma incidencia que la absolución, para el sentenciante civil que no podrá afirmar lo contrario, por el contrario, si la absolución obedeciera a la prescripción de la acción penal, …va de suyo que ello dejará en absoluta libertad de criterio al sentenciante civil".

Y aún si se considerara dicha absolución, el Dr Bueres en Código Civil, Bueres-Higthon, en comentario al artículo 1103 del Código Civil, enseña que "Probablemente

el mayor número de sentencias absolutorias que registran los repertorios jurisprudenciales tengan como fundamento el beneficio de la duda que, derivado de la falta o incompletividad de las pruebas incriminatorias, beneficia al imputado. Esta absolución- que no niega la culpa de reo, sino que la dubita-, con mayor razón aún deja las manos libres al juzgador civil, que podrá incluso valorar otros medios probatorios complementarios , rendidos en su sede, a los fines de evaluar la culpabilidad civil, toda vez que aquella declaración penal hace aun statu quo temporal, circunstancias-al momento de decidir, pero que puede ser integrado por otra vía" y agrega " Como proclama Galli "…la cosa juzgada no puede convertir en verdad hasta las cosas falsas. Una sentencia penal absolutoria no proclama como verdad la inocencia del acusado, sino la insuficiencia de pruebas para someterlo a castigo".

Argumentos doctrinales que permiten desechar los agravios con relación a este punto de los codemandados. No existe controversia en punto a que el accidente de tránsito se produjo el día 4 de agosto de 2005, sobre la calle S. M., cuando M. pretendía atravesar dicha arteria y el colectivo de P. A. S.A., conducido por el Sr C., retoma la marcha por la calle A. y dobla hacía la calle San Martín, resistiendo las partes el grado de responsabilidad.

En principio, he de recordar que el art.. 390 del CPCCH, segunda parte, establece que "No tendrán (los jueces) el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren esenciales y decisorias para el fallo de la causa"

Significa que la norma les acuerda la facultad de

valorar aquellas pruebas que se tornan necesarias y conducentes a la resolución de las controversias.

Asimismo, es preciso que el sentenciante efectué un cotejo del plexo probatorio a fin de arribar a una decisión justa, advirtiendo cuales son aquellas que denotan mayor fuerza convictiva.

Finochietto Arazi, en Códigos Procesal Civil y Comercial, tomo II, pág. 356, enseña: "La apreciación de la prueba es la actividad intelectual que realiza el juzgador para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás, para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuírseles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes. La sana crítica se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia".

Actor y demandado se agravian por la decisión del sentenciante de fallar declarando la culpa concurrente estableciendo un 20% de responsabilidad del actor y 80 %del demandado, el actor entiende que la culpa debe recaer totalmente en el demandado, C. y la aseguradora, peticiona se decrete el 100% de la responsabilidad a la actora, mientras que P. A. S.A., entiende que la culpa del menor no puede ser inferior al 80%, aunque a fs 1135 vta dicen que no pude ser inferior al 50%.

Ante ello se dará respuesta conjunta a los apelantes y atento que las partes y el tribunal se valen de iguales pruebas, se torna necesario referirse al material probatorio.

El hecho tal lo relataran las partes ocurrió el día 4 de agosto de 2005, cuando M. M., intentaba cruzar la calle S. M. luego de descender del vehículo, que

protagonizara el accidente.

Se probó en la causa la alteración motriz del joven, antes del accidente, pero también que tal alteración no se da en las funciones intelectuales y prueba de ello es que se trasladaba sólo, y habitualmente descendía en ese lugar, (fs 95y 109 vta, reconocido esto último por los demandados y corroborada a fs 432/433 y 435/436 por las kinesiólogas tratantes).

A los efectos de determinar la responsabilidad de las partes en un accidente de tránsito en que el actor sufrió lesiones como consecuencia del mismoo, debe partirse de la premisa de que tratándose de un accidente entre un rodado en movimiento y un peatón resulta de aplicación el Art. 1113, párrafo 2° del CC, no resulta necesario que el damnificado demuestre la culpa del conductor sino que es éste quien debe acreditar que el hecho es imputable a la culpa de la víctima o de un tercero para desvirtuar tal atribución legal de responsabilidad, "cuando un peatón sufre un accidente de tránsito, es de aplicación la presunción que emana del art. 1113 CCiv., la que si bien es juris tantum debe ser destruida por prueba aportada no por la víctima, sino por aquel sobre quien recae, es decir, el conductor de la máquina y que acredite fehacientemente alguna de las causales eximentes que contempla la citada disposición legal, dado que, incluso un estado de duda, es insuficiente para esos fines (CNCiv., sala E, setiembre 28-2004, ED 212-118, con cita de Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", t. 5, pág. 393, ap. f., citas legales y jurisprudenciales)."

De las probanzas arrimadas a la causa se desprende que M. M., descendió del colectivo P. A. por la puerta

delantera y comenzó a cruzar la calle y tal como lo afirma la única testigo presencial Sra G. R. V. P., el colectivo paró en la esquina donde bajan los pasajeros, se bajó el nene, bajo caminó, se bajo a la vereda, cruzó la calle y el colectivo lo agarró con la parte del chofer y lo tiró sobre el asfalto", afirmando que existe senda peatonal y que " a esa hora se bajaban muchos chicos del colectivo y en ese lapso bajó el chico, de la parte delantera porque cruzó antes y justo el colectivo lo agarró cuando dobló".

De ello se infiere que el cruce habría comenzado cuando el colectivo aún se encontraba detenido.

A ello cabe agregar que de acuerdo al acta policial, era la hora de salida o entrada de los niños de la Escuela Provincial N° 19 "notándose gran fluidez de circulación de niños escolares", encontrándose el asfalto húmedo.

Asimismo de fojas imprecisas, pero tomando como referencia las que se encuentran al pie de página 7/13, de la documentación que tengo a la vista ("Caso 857") la perito en accidentes, luego de detallar la mecánica del accidente de acuerdo al informe de fs 1/4, consigna refiriéndose a los daños "…el cual presenta: paragolpe delantero lado izquierdo raspado el barro y marcas de prendas de vestir en la pintura del mismo" y agrega que la unidad de pasajeros impacta al peatón cuando se encontraba a una distancia de 4 metros con respecto al cordón de la calle S. M., con la parte frontal lado izquierdo de su vehículo, sufriendo lesiones compatibles con las producidas en los casos de peatones embestidos.

Las manifestaciones de la testigo presencial, en punto al lado del vehículo que embiste al menor son corroborados por la perito, de lo que concluyo que el

joven no se encontraba sobre la vereda de la calle S. M., sino que ya había avanzado sobre la misma.

Las características del lugar, la hora del accidente, la existencia de la escuela, la fluidez vehicular y peatonal ameritaban poner en práctica toda la diligencia y atención de quien tiene una licencia de conductor de tipo D2, y con 25 años de servicio, (497/499) , diligencia y atención que no existieron a tenor del atropellamiento.

No puede quedar exento de responsabilidad el automovilista que, pudiendo detenerse o maniobrar, ya que se supone que la velocidad no era elevada pues partía de una parada a escasos metros del accidente, no pudo hacerlo ya que como dice el sentenciante "el joven M. estuvo-al menos- un breve lapso dentro del campo visual del conductor, …no le permitió controlar el rodado de manera eficaz para evitar el daño…" (fs 1062)

Y aún ante la duda que plantean los quejosos con fundamento en la decisión del Juez Penal, que como dijera no debe ser considerada por los argumentos ya dados, y que no advierto, la solución debe beneficiar a la víctima, por lo tanto modificaré la sentencia, estableciendo la responsabilidad de los demandados.

En cuanto a la queja por los rubros y montos indemnizatorios concedidos, de la lectura de la demanda, se advierte que el actor reclamó la suma de $30.000, bajo el rubro daño material. Incapacidad derivada (fs 48), lo que resulta de los hechos y de la historia clínica y en la ampliación de la demanda, reclama igual suma por el mismo item e indica que tal suma es el resultado de las sumas de dinero que los padres de la víctima tuvieron que sufragar para el tratamiento médico y posterior rehabilitación, gastos de farmacia y

medicamentos.

Al contestar demanda, los codemandados y la Cía de Seguros, se oponen por que más allá de considerar que los gastos deben probarse, la atención médica fue realizada en los hospitales y de manera gratuita (fs 96 vta)(111), y a fs 126 se opone T. P. A. S.A , pues los padres contaban con una prepaga, y arguye que los gastos deben probarse.

El Sr Juez otorga indemnización por incapacidad sobreviniente, sin mención alguna a los gastos solicitados en que el actor fundara el daño material.

Los apelantes se agravian por que estiman que el mismo no es producto de un razonamiento adecuado y no toma en cuenta la pericia médica que indica que el actor padece de una discapacidad congénita. Los agravia el monto.

Al contestar los agravios la actora tampoco lo advierte.

Sin perjuicio de ello, entiendo que en esta instancia la congruencia se marca por el alcance del agravio de los recurrentes, lo que se resume en el aforismo latino tantum devolutum quantum apelatum, comprensivo del natural efecto devolutivo de la apelación y en ese marco daré respuesta al agravio.

En cuanto a la indemnización por incapacidad sobreviniente, la misma puede surgir originariamente, generando mutilación o merma de aptitudes de que antes se gozaba en plenitud o bien constituir una agravación o empeoramiento de una disminución precedente.

La reparación a su vez tiene en cuenta toda disminución de aptitudes o facultades que importe una lesión patrimonial que cabe reparar, pues no sólo debe medir el aspecto del trabajo, sino lo que atañe a

las actividades de la víctima y la proyección que tiene el accidente sobre la personalidad integral Resarcimiento de daños 2 a Zavala de Gonzalez. (pág. 343 y sgtess).

Examinadas las pericias, observo la diferencia existente entre el porcentaje de incapacidad que determina el Dr. B. (fs 364/368, 437/441,426/427 punto 2511/512) y la determinada por el médico forense (fs 102 Caso 837), aunque ambos coinciden que como consecuencia del accidente, sufrió una incapacidad y es ella la que debe indemnizarse.

Las pericias médicas en cuanto a la incapacidad sobreviniente deben sujetarse a criterios flexibles de apreciación, lo que no significa que se produzca un apartamiento del mismo, sino una pauta más a considerar unida al análisis de las demás características del joven, sexo, edad e influencia que los daños comprobados tendrán sobre quien padecía una incapacidad motora.

Teniendo en cuenta tales parámetros y haciendo uso de las facultades que me confiere el Art. 167 del CPCCCh, considero que debe disminuirse el monto acordado, el que fijo en la suma de $20.000.

Daño moral: No dio razones el quejoso (a fs 1124, ni a fs 1126 vta ,ni a fs 1136 ya que se remitieron a los agravios de la de la aseguradora) por las que no debe prosperar el rubro, o el porqué debe ser disminuido, cuando surge de las pericias y de los informes de las especialistas en rehabilitación, las secuelas del accidente y el juez dio razones que no fueron rebatidas. Ante ello se rechaza por incumplimiento del Art. 268 del CPCCh, la apelación, no obstante al modificarse el grado de responsabilidad, se modificará el monto, máxime cuando se ha de admitir las

consideraciones de los demandados apelantes con relación a la inclusión del daño estético en el moral.

Entienden los apelantes en iguales términos, que debe incluirse en el daño moral si prospera la demanda, agregando que no se probó el daño estético.

La actora ha solicitado como partidas autónomas, daño moral y daño estético y así lo otorgó el sentenciante, apelada la decisión, existe razón a los quejosos ya que he considerado reiteradamente que ambos rubros no son independientes, a lo que agrego jurisprudencia del STJ de fecha 23 de Noviembre de 2004, registrada bajo el N° 36 S.R.E., "Sin dejar de conocer que cierta jurisprudencia y doctrina han sostenido que configuran especies distintas al daño moral, el estético, el psíquico y el daño a la vida de relación, no comparto la misma y, por el contrario me inclino por aquella que indica que el equívoco deriva de haber partido para caracterizar al daño moral, de los bienes conculcados y no de los intereses afectados, o aún de las consecuencias, pues en nuestro derecho el daño resarcible sólo es patrimonial o moral, dependiendo de los intereses afectados, en tanto, no existe otra categoría jurídica".

Alberto J. Bueres señala que "Las lesiones a la estética, a la psiquis, a la vida de relación etc. constituyen menoscabos naturalísticos a bienes (a veces a la lesión o menoscabo se lo denomina evento). Pero el daño, será minoración de intereses patrimoniales o morales (espirituales) derivada de aquel menoscabo primario ("El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique a la vida de relación y a la persona en general" (Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1998, pág. 264).

Puntualizado ello y habiéndose probado las lesiones estéticas en la cara de acuerdo a lo que surge de fs 462, 544 vta., y el informe del cuerpo médico forense y teniendo presente las mismas pautas que diera el sentenciante, a lo que agrego que la integridad y normalidad corporales son bienes deseables para cualquier persona, y su pérdida debe ser resarcible cualquiera sea su edad, sexo, profesión o estado, ya que tales factores, ejercen influencia en la determinación del alcance del daño, máxime en la situación del actor que se le suma otra característica diferente.

En consecuencia teniendo en consideración que dicho daño queda subsumido en el daño moral, junto con el daño psíquico, y que el daño moral fue confirmado por las razones dadas, es que fijaré el monto en la suma de $150.000.

En punto a los intereses que entienden los quejosos que no deben admitirse toda vez que no fueron solicitados por el actor, he de concordar con lo peticionado, ya que en la demanda no se reclamaron intereses, lo que impide su fijación ya que ello sería violatorio del principio de congruencia.

"(…) Es que constituye un principio común el que, aun producido y comprobado en la litis un hecho perjudicial, sólo ingresan en ella y pueden ser motivo de condena los rubros resarcitorios expresa o inequívocamente reclamados por el actor.

"No procede introducir una excepción en cuanto a los intereses: éstos no son viables sin más o automáticamente por la circunstancia de haberse promovido una demanda indemnizatoria que no contiene una pretensión a ese respecto.

"Con mayor razón es así si se advierte que la causa

fuente del pago de intereses moratorios no radica en el originario suceso dañoso, sino en el posterior de la tardanza en la cancelación de la deuda indemnizatoria. Por consiguiente, para que quepa resarcir el daño moratorio, no puede bastar una reclamación que no engloba los intereses.

"(…) El carácter de accesorios de los intereses implica que no se conciben sin la obligación principal, pero no que la demandada atinente a ésta apareje forzosamente la de aquellos." (Matilde Zavala de Gonzalez, Resarcimiento de daños. Daños a los automotores. Vol. 1, pg. 256).

En consecuencia la demanda prospera por la suma de $170.000.

Modificada la sentencia costas y honorarios deben adecuarse, perdiendo virtualidad la apelación efectuada con relación a los honorarios.

Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por los demandados vencidos, ya que el actor resulta vencedor en todo lo solicitado, excepto los montos e intereses, siendo los demandados quienes provocaron con su actitud que se tramitara la presente y durante el prolongado lapso de tiempo, a fin de obtener lo debido.

A fin de regular los honorarios, tendré presente la labor profesional, el monto del juicio, el trabajo profesional, la posibilidad que las pretensiones prosperaran, el resultado obtenido y demás pautas de los artículos 6,7,9,13,y 61 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Modificar la sentencia y condenar a J. D. C. y a P. A. SRL a abonar en el término de diez días de firme o

consentida la presente al joven M. A. M., la suma de ciento cincuenta y dos mil pesos ($ 170.000), en concepto de Daño Material- Incapacidad derivada, daño moral comprensivo del daño psíquico y daño estético, extendiendo la condena a la aseguradora M. R. de S. del T. P. de P., quien responderá dentro de los límites del seguro, como lo dispusiera el sentenciante.

2) Impone las costas a los demandados vencidos en ambas instancias y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que, a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut, es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) Contra la sentencia definitiva de fs. 1059/1064, a fs. 1115/1121vta. expresa agravios la parte actora, a fs. 1122/1124 plantea sus agravios el codemandado. Sr. J. D. C. A fs. 1125/1127 expresa sus agravios la citada en garantía M. R. de S. de T. P. de P. Corrido el traslado pertinente a fs. 1129 , los mismo son contestados por la citada en garantía a fs. 1138/1139, por la actora a fs. 1140/1148vta. y por la empresa P. A. S.R.L a fs. 1149vta.

A fs. 1132/1136 expresa agravios la codemanda E. P. A. S.R.L, corrido el traslado correspondiente a fs.1137,

son contestados por la parte actora a fs. 1159/1168vta.

I.A-I).Los agravios de la parte actora consisten en cuanto:

a) el a-quo determinó una responsabilidad concurrente atribuyéndole un veinte por ciento (20%) de la misma a su cargo (fs. 1118/1121vta.)

I.A-II). Los agravios del codemandado Sr. J. D. C. y de la C. en G. M. R. de S. de T. P. de P. se centran en lo atinente a que:

a) el aquo hizo una indebida valoración de la eficacia probatoria de los elementos que obran en la causa penal y que si bien es cierto que la absolución del demandado en la causa penal se sustentó en el beneficio de la duda y que por lo tanto puede discutirse su responsabilidad en sede penal no menos cierto es que los hechos probados en la causa penal no pueden discutirse en sede civil (fs.1122/1123 y 1125/1126);

b) son improcedentes la indemnizaciones determinadas el a quo en cuanto a la incapacidad sobreviniente y el daño moral (fs.1123/1124 y 1126/1127) y

c) el juez violó el principio de congruencia procesal al fijar intereses cuando el actor no los pidió en su demanda (fs. 1123vta./1124 y 1126vta./1127).

I. A-III). La parte codemandada P. A. S.R.L funda sus agravios en lo referente a que:

a) el a-quo la condenó "ultra petita" al haber fijado intereses cuando estos no fueron demandados (fs. 1132/1134, ptos. 1ero. a 18vo.);

b) el juez determinó una responsabilidad al actor del veinte por ciento (20%), entendiendo tanto en los pto. 20mo.y 28vo. que dicha responsabilidad no puede ser inferior al ochenta por ciento y en el pto. 35to. sostiene que debe atribuírsele al menor un porcentaje no

menor al cincuenta por ciento (50%) (fs. 1134/1135 vta.) y

c) aclara la apelante codemandada en sus ptos. 36toa 38vo. que en cuanto a los rubros e importes de condena daño material, daño moral , psíquico y especialmente daño estético se agravia por considerarlos elevados y como fundamentación de los mismos se remite a lo que dijera la citada en garantía a fs. 1125/1127.

I. B) Advirtiendo del análisis del contenido de las expresiones de agravios efectuados tanto por la parte actora como la parte codemandada y citada en garantía, sostienen en su línea argumental tanto la crítica del porcentaje de responsabilidad atribuída por el a-quo a cada una de las partes, como la valoración de la prueba efectuada, la incidencia de la causa penal y la procedencia de los daños estimados por el a-quo, he de tratarlos en forma conjunta.

I. B- I). El presente caso se trata de un accidente de tránsito ocurrido en la Calle S. M. entre las calles A. y S. del B. F. P. de esta ciudad, el día 04/08/05, aproximadamente a las 13,00 hrs. entre un Vehículo Unidad de Transporte de Pasajeros, interno nro. ** de la E. P. A., Línea nro. , **Marca Mercedes Benz**, **dominio XXX-*****, conducido por el chofer Sr. J. D. C. y un peatón menor de edad, cuyo nombre es M. A. M.

I. B-II). En lo atinente a la incidencia de la causa penal, del análisis de las actuaciones del expte. del Ministerio Público Fiscal, Caso nro. 857, fecha del caso.: 06/12/06 – "C., J. D. s/Lesiones Graves en Accidente de Tránsito" (doc. res. bajo el nro. 40 el día 27/02/13 por Secretaría de Cámara de Apelaciones - agregado por cuerda-) advierto que si bien emerge a fs.160/164, sent. Reg. Nro. 29 del 23/11/07 que el Juez

Dr. Martín Rodrigo Navarro, resolvió en el pto. 2do. de su fallo absolver por el beneficio de la duda al Sr. J. D. C. por el delito de lesiones graveas culposas no menos cierto es que dicha decisión a instancia de la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia (fs. 181/vta.,ídem expte. nro. 21.217, folio 54, t.II, caratulado:"C., J. D. s/ Lesiones Culposas en Accidente de Trabajo", Caso nro. 857, Carpeta Judicial nro. 266 s/ Recurso de queja" fs.. 150/vta.), el Juez Penal Dr. Alejandro G. Soñís (fs. 183/vta. ídem expdte. nro. 21.217, folio 54, t.II,, caratulado:"C., J. D. s/ Lesiones Culposas en Accidente de Trabajo", Caso nro. 857, Carpeta Judicial nro. 266 s/Recurso de queja" fs. 164/165vta.) el día 28/01/12 resolvió en sent. protocolizada bajo el nro. 16/2012 en el pto. 1ero. del fallo sobreseer al codemandado Sr. J. D. C. por prescripción de la acción Penal.

A efectos de clarificar la temática planteada, he de precisar que es entendimiento de la suscripta que conforme los efectos que dimanan de la aplicación del art. 1103 del Cód. Civil, únicamente "la existencia del hecho principal" decidida en fuero criminal hace cosa juzgada en sede civil, sin que ello comprenda a la "culpa del condenado" y, menos aún, la culpa de la "víctima del delito".

El art. 1103 del Cód. Civil dispone: "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución". La sola lectura del precepto ilustra claramente cuál es el criterio legal que define el límite de la cosa juzgada de la sentencia absolutoria penal, en materia civil, indica únicamente a "la existencia del hecho principal"; distinguiéndose con

ello del art. 1102 del C.C., que al referirse a la sentencia condenatoria, prohíbe contestar en el juicio civil, además de tal hecho, "la culpa del condenado". En base a esta distinción, se ha sostenido que lo que marca el art. 1103 Cód. Civil no es que el absuelto no pueda ser responsable en sede civil, sino que no podrá fundarse la responsabilidad de éste último en una caracterización del hecho principal distinta de la que se hubiese efectuado en el proceso penal. Consecuentemente, sólo cuando la absolución del acusado se funde en la inexistencia del hecho que se le imputa, o en la ausencia de autoría sobre el mismo hecho, ese pronunciamiento no puede ser revisado en sede civil, donde no cabría admitir la responsabilidad de quien por dichos motivos fue absuelto por el juez penal. (…) Por ende, cuando el juez penal absuelve por otras razones -por caso, por falta de culpa del acusado-, resulta claro que tal decisión no reviste autoridad de cosa juzgada en sede civil, ya que el propio artículo 1103 C.C. está limitando esta última a la existencia del hecho principal y a la falta de autoría.

Interpretando esta norma, la C.S.J.N. tiene resuelto que: "la omisión de referencia a la culpa en el art. 1103 del Código Civil – y que sí ha sido incluida en el art. 1102- no ha sido una omisión involuntaria ni puede entenderse como el fruto de una redacción defectuosa: ello fue deliberado, pues responde al pensamiento efectivo del legislador, sobre el modelo de Freytas -Esbozo arts. 836 y 837- y de los jurisconsultos franceses: es por ello que "aún cuando en el sobreseimiento se haya hecho mención a la ausencia de responsabilidad del imputado, debido a la imprudencia que habrían incurrido las víctimas, ello no obsta a que el

juez civil pueda resolver si existe concurrencia de culpas entre los intervinientes en el hecho dañoso, o en su caso, que la resolución dictada por el juez penal no hacía cosa juzgada en el juicio civil".

La tesis que propicia la libertad de apreciación del juzgador civil cuando el juez penal ha absuelto por falta de culpabilidad, constituye una doctrina mayoritaria y consolidada.

Así jurisprudencia actualizada ((Sent. N° 199 - "Warnier Nides Celina y Pablo Jesús Quevedo y Jorgelina Del Valle Quevedo c/ Duilio Enrique Ciarmatori y Luis Oscar Carbonetti s(Daños y Perjuicios - Recurso de Casación" (W – 02/09) - TSJ de Córdoba – Sala Civil Y Comercial - 21/09/2011:elDial.com - AA7103)ha entendido, siguiendo tal línea de pensamiento que: "la absolución dictada en sede penal no hace cosa juzgada en el proceso civil con respecto a la culpa del imputado. Después de la absolución del acusado puede discutirse en el juicio civil la existencia de culpa y condenarlo como autor de un cuasidelito a pagar los daños y perjuicios. Si la justicia del crimen ha declarado que el hecho no existe o que el imputado no es autor, no se podrá decidir lo contrario en el proceso civil. Pero si en sede penal se ha reconocido la autoría del hecho y se pronuncia absolución por falta de culpa, el tribunal civil puede indagar si ha habido culpa suficiente para fundar el reclamo resarcitorio de la víctima" (…) También resultan numerosos los precedentes jurisprudenciales que se han expedido en tal orientación (…) Dicha postura cuenta además con la adhesión de autorizada doctrina, que en el sentido indicado señala que: "...habiendo afirmado la sentencia penal absolutoria la existencia del hecho principal (resultado-actividad-conducta típicos), en sede

civil la conducta del absuelto puede y debe ser nuevamente examinada, desde que siendo diversas las posibilidades de atribuir o "imputar" el hecho ilícito y sus consecuencias a los efectos de la responsabilidad civil que a los efectos de la penal, no puede darse el "escándalo jurídico" al que teme la corriente jurisprudencial que extiende los efectos de la sentencia absolutoria más allá del "hecho principal" como ocurrencia real" (…) "Para nada se opone a que absuelto el condenado por falta de culpa, el tribunal civil lo encuentre culpable. Aquí no se trata de la existencia o inexistencia de un hecho, sino de culpa del imputado en la producción de ese hecho. Sobre este problema de la culpa, el art. 1103 nada dice. Y por ello, la jurisprudencia es hoy pacífica en el sentido de que la absolución del autor del hecho no impide al tribunal civil reconocer su culpabilidad y condenarlo al pago de los daños".

Habiendo precisado los entendimientos expuestos precedentemente y que en el presente caso, el codemandado J. D. C., fue sobreseído por prescripción de la acción Penal, no cabe acoger los agravios expuestos por el codemandado Sr. J. D. C. y la citada en Garantía M. R. D. S. D. T. P. D. P. (fs. 1122/1123 y 1125/1126, respectivamente), confirmando en este sentido la sentencia.

I. B-II). En cuanto a los agravios sobre la responsabilidad de cada parte en el accidente producido, (actora - fs. 118/1121vta.- y codemandada P. A. S.R.L – fs. 1134/1135vta.) he de principiar mi voto especificando que es entendimiento de la suscripta que, en casos como el presente, ha de partirse de la premisa que tratándose de un accidente entre un rodado en movimiento

y un peatón resulta aplicable el Código Civil en su art. 1113-ap. 2do.

Dicho criterio se basa por cuanto nuestro Código Civil realiza una formulación presuntiva de responsabilidad en su art. 1113, la que descansa en la cosa riesgosa, o sea que la imputación responsabilidad civil se hace a mérito del presupuesto positivo "riesgo creado" y no en el factor culpabilidad. Es así que en un accidente de tránsito en que un ómnibus embiste a un peatón, la víctima, el peatón, deberá sólo probar el hecho y su contacto con la cosa (en razón de que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva), mientras que el conductor del vehículo, para poder eximirse, deberá acreditar "la culpa de la víctima o de un tercero por quién no debe responder". (ídem. crit.STJ de la Pcia. de Santiago del Estero, Fallo nro. 97220002 del 19/05/97; CACyC, en autos caratulados:"Gonzalez de Barrionuevo, Emilia c/Domingo Maldonado y Otros s/Daños y Perjuicios":elDial.com - AZ1B67).

Ha establecido la doctrina versada en la materia que. "El accidente donde participa una persona en calidad de peatón tiene como característica la vulnerabilidad o fragilidad del cuerpo humano, que al ser embestido o colisionado corre un peligro cierto de incapacidad-lesiones leves, graves u homicidio -. La conducta del peatón puede ser o no culposa; empero, por lo normal, sólo se tiene en cuenta, en su contra, la culpa grave, la omisión de cuidados o diligencias elementales. El peatón es la "parte débil" en el accidente y además, la desinformada, desconocedora – por lo común – de reglamentos y deberes…}Es criterio casi uniforme en doctrina y jurisprudencia , frente a estos accidentes donde interviene un peatón colisionado por un automotor,

la aplicación como factor de imputación o atribución de la responsabilidad al conductor del objetivo a título de riesgo creado. De donde, al menos en principio, la imputación subjetiva a título de culpa o dolo queda fuera del debate. El conductor no puede eximirse demostrando su falta de culpabilidad. Empero , "la culpa del conductor", su obrar falto de pericia o diligencia, puede sumarse como un nuevo factor de atribución al riesgo creado con la máquina en movimiento. La comisión de faltas o infracciones en el tránsito traducen dolo o culpa. Se agrava entonces su responsabilidad de mediar dos factores de atribución y se borra la posibilidad de excusarse o eximirse con la prueba de la "causa ajena" en la producción del accidente: - hecho de la víctima-peatón; hecho de un tercero y hecho de la naturaleza o caso fortuito. Cualquiera de ellos debidamente demostrado puede servir como eximente total o parcial – liberar de toda o de una parte de la responsabilidad-, en la medida en que el juzgador entienda que el accidente ha ocurrido al margen de la culpa del peatón o sobre la base, en alguna medida, de ese factor". (Dres. Jorge Mosset Iturraspe y Horacio Daniel Rosatti, "Derecho de Tránsito – Ley 24.449, Edit. Rubinzal – Culzoni, noviembre de 1995), págs. 245/247)

A mayor abundamiento se ha expedido la doctrina, en cuanto el valor de las constancias probatorias existentes en la causa penal, que las mismas pueden resultar de gran utilidad en el proceso civil posterior. Es que, tal como lo señala Galdós en un muy didáctico trabajo (Gálós, Jorge, "Prueba trasladad. El expediente penal como prueba (en la Suprema Corte de Buenos Aires, LLBA, 2006-10-1097), desde antaño la Corte adscribió a un criterio flexible en el sentido de admitir y valorar con amplitud

en el juicio civil los medios de prueba colectados en el proceso penal….La intervención en su formación de funcionarios públicos(Policia, Ministerio Fiscal, Poder Judicial) garantiza, prima facie, la legalidad de los procesos. Es dable señalar que las constancias probatorias obrantes en la causa penal no resultan indiscutibles en el proceso civil. No obstante, quien pretenda atacar su eficacia, deberá producir la prueba que demuestre lo contrario, pudiendo fundar su postura en la adulteración de las constancias, en la falsedad de los testimonios intervinientes, … Desde luego, dado su carácter de instrumento público, no alcanzará la sola manifestación en contrario del interesado para desvirtuar aquellas actuaciones que hubiesen ocurrido por ante los funcionarios, sino que será necesaria la querella de falsedad para impugnar su contenido… no sólo porque tiene la fe que la ley asigna a la actuación de los funcionarios públicos dentro del órbita de sus atribuciones(arts. 993 y 994 del Código Civil) son también porque son ajenos a las partes y ningún interés tienen en el resultado del pleito… Cuentan, además , con la ventaja de ser instruídas en tiempos muy cercanos a la ocurrencia de los hechos, con lo cual se obtiene elementos de prueba que resultan mucho más difíciles de pre-constituir o de ser extraviados , o de que se vean alteradas las circunstancias que rodearon a los sucesos analizados….Así se ha dicho que las primeras declaraciones formuladas ante las autoridades intervinientes prevalecen sobre las posteriores y aún sobre las volcadas en el juicio civil porque suponen una mejor precisión en el recuerdo de los hechos y mayor espontaneidad en los declarantes(nota nro. (67), CNCiv, Sala A, voto Dra. Ana María Luaces en L. nro. 251. del

04/12/98; íd. Sala M. "Destito de Barrionuevo, E.M. c/ Castellano, A.D. s/ Ds.Ps. del 06/03/06)…Idéntica valoración suele hacerse respecto de las declaraciones que los testigo declararon en ambas sedes, considerándose con mayor rigor las de aquellos que se presentan en sede civil sin haberlo hecho en sede penal. (Dr. Claudio M. Kiper, "Proceso de Daños ", "2da. Edición Actualizada, T.I., pág. 31/33 y 614/615,,1er. quincena de septiembre del 2010).

Haciendo aplicación de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios procedo a la valoración probatoria obrantes en autos, a saber:

A) Expte. penal, documentos y medios materiales presentados en Acusación, caso nro. 857, "C., J. D. s/ Lesiones Graves de Accidente de Tránsito"- agregado por cuerda-: 1) Acta policial (fs. 03/06 y ratificada por los policias Sres. J. C. D. y J. L. C. a fs. 148 y 149 del expdte. del Ministerio Público Fiscal, Caso nro. 857 , fecha del caso.: 06/12/06 – "C., J. D. s/ Lesiones Graves en Accidente de Tránsito"- agregado por cuerda-) de donde surge que el día del accidente, la visibilidad era buena, sucedió en una zona urbana, el asfalto se encontraba húmedo, había carteles indicadores de circulación , la existencia de la Escuela Provincial nor. 119, siendo tanto el tránsito vehicular como el peatonal fluído, atento la circulación de niños escolares; 2) informativa prestada por Dirección Gral de Tránsito y E. Vial (fs. ref. 119) pto. 3ero. que dispone que: "En proximidad de establecimientos escolares, deportivos y de gran afluencia de personas: velocidad precaria no mayor a 20 Km/h, durante su funcionamiento".

B) Expte. del Ministerio Público Fiscal, Caso nro. 857, fecha del caso.: 06/12/06 – "C., J. D. s/ Lesiones

Graves en Accidente de Tránsito”- agregado por cuerda-) surge la declaración testimonial de la testigo presencial Sra. G. V. (fs. ref. 162/vta.) (declaración prestada en sede civil a fs. 463/464 – contestación a la 2da. a 5ta. , 7ma.a 13era y razón de sus dichos) donde emerge claramente que dicha testigo tiene conocimiento del hecho investigado por haberlo visto, que observó en ese momento que sobre A. paró un colectivo, de donde se bajaron pasajeros entre los que se encontraba el menor que siempre veía se bajaba en ese lugar; que ese menor caminó hacia la esquina de A. y S. M. , bajó la vereda para cruzar , y es en ese momento que el colectivo lo atropella previo doblar para tomar S. M. y lo hizo con la parte delantera y con esa acción lo tiró hacia el centro de la calle S. M. y raspó la rueda delantera del lado del conductor en la cabeza. Que el menor al momento de ser atropellado por el colectivo se encontraba aproximadamente a cuatro (04) metros del cordón de la vereda, habiendo observado la testigo que el colectivo se encontraba repleto de gente y con muchos chicos del colegio al momento del accidente; a fs.ref. 200 obra la declaración testimonial del Sr. R. E. V., chofer de la misma línea del codemandado y dependiente de la empresa codemandada, quien ubicaba al menor por haberlo llevado teniendo conocimiento que era discapacitado y le costaba mucho subirse y bajarse del colectivo, la mayoría de las veces lo ayudaban la gente que viajaba o los propios choferes y C) contestación a la 6ta. 7ma posición por parte del codemandado J. D. C. (fs. 424) en las cuales reconoce que la esquina de A. y S. M. carecía de senda peatonal y de semáforo.

Del análisis efectuado arribo a la convicción que es aplicable al caso el criterio doctrinario que ha

establecido la doctrina versada en la materia en cuanto a que:"El accidente donde participa una persona en calidad de peatón tiene como característica la vulnerabilidad o fragilidad del cuerpo humano, que al ser embestido o colisionado corre un peligro cierto de incapacidad-lesiones leves, graves u homicidio -. La conducta del peatón puede ser o no culposa; empero, por lo normal, sólo se tiene en cuenta, en su contra, la culpa grave, la omisión de cuidados o diligencias elementales. El peatón es la "parte débil" en el accidente y además, la desinformada, desconocedora – por lo común – de reglamentos y deberes…Es criterio casi uniforme en doctrina y jurisprudencia, frente a estos accidentes donde interviene un peatón colisionado por un automotor, la aplicación como factor de imputación o atribución de la responsabilidad al conductor del objetivo a título de riesgo creado. De donde, al menos en principio, la imputación subjetiva a título de culpa o dolo queda fuera del debate. El conductor no puede eximirse demostrando su falta de culpabilidad. Empero, "la culpa del conductor", su obrar falto de pericia o diligencia, puede sumarse como un nuevo factor de atribución al riesgo creado con la máquina en movimiento. La comisión de faltas o infracciones en el tránsito traducen dolo o culpa. Se agrava entonces su responsabilidad de mediar dos factores de atribución y se borra la posibilidad de excusarse o eximirse con la prueba de la "causa ajena" en la producción del accidente: - hecho de la víctima-peatón; hecho de un tercero y hecho de la naturaleza o caso fortuito. Cualquiera de ellos debidamente demostrado puede servir como eximente total o parcial – liberar de toda o de una parte de la responsabilidad-, en la medida en que el juzgador entienda que el accidente ha ocurrido

al margen de la culpa del peatón o sobre la base, en alguna medida, de ese factor". (Dres. Jorge Mosset Iturraspe y Horacio Daniel Rosatti, "Derecho de Tránsito – Ley 24.449, Edit. Rubinzal – Culzoni , noviembre de 1995), págs. 245/247), dicha probanza de la causa ajena no ha sido acreditada por la parte codemandada y citada en garantía.

Considero que todo conductor – y en especial cuando es chofer de un colectivo de transporte Público de Pasajeros- que observa a un adolescente (conforme el informe de la Dirección General del Registro Civil y Capacidad de las Personas (fs. 229 y fs. 448/449– fecha nacimiento el día 01/01/1|990, o sea, de 15 años al momento del accidente) y con mayor razón cuando son varios y escolares que descienden del ómnibus por él manejado y que tenía conocimiento de la discapacidad del menor (expte. penal citado, fs.ref. 200 obra la declaración testimonial del Sr. R. E. V., chofer), debe reducir la velocidad a paso de hombre, quedando listo para detener inmediatamente el rodado y evitar así accidentes.

En el caso, el codemandado Sr. C., debió advertir que el micro que el conducía y estaba detenido esperando que descendieran los pasajeros, entre ellos, el menor que siempre lo hacía por adelante, habiéndose determinado que no es hecho del tercero que libere al agente la existencia de un peatón distraído y menos cuando el mismo carecía de óptima aptitud para caminar, circunstancia que conocían todos los choferes de la línea nro. * de la empresa codemandada, por ser ésta una circunstancia previsible y continua del tránsito, tanto más lo será para menores estudiantes que, como se dijo, son imprevisibles en su obrar. En el caso, no puede hablarse

de aparición súbita del menor delante del colectivo cuando el conductor apreció con antelación el obrar de los escolares y la maniobra del hijo de la parte actora de dirigirse delante del micro para cruzar la calle.

Por las consideraciones de hecho y de derecho, arribo a la conclusión que debe hacerse lugar a los agravios expuestos por la parte actora a fs. 1118/1121, rechazando los agravios de la parte codemandada P. A. a fs. 1134/1135, revocando la sentencia de primera instancia(fs. 1059/1064) y, en consecuencia, atribuir en un cien por ciento (100%) la responsabilidad de los codemandados J. D. C. y P. A. SRL , haciendo extensiva la condena a la A. M. R. de S. de T. P. de P., la que responderá dentro de los límites del seguro según póliza nro. **/******/*** por el accidente de tránsito ocurrido el día 04/08/05, el cual tuviera como víctima al joven M. A. M., hijo de la parte actora.

I. B- 3)A fs.1123/1124 el codemandado Sr. J. D. C., afs. 1125/1126 y la parte codemandada P. A. S.R.L. a fs. 1125/1127 se agravian en cuanto entiende que son improcedentes la indemnizaciones determinadas por el a-quo en cuanto a la incapacidad sobreviniente, el daño moral , el daño psíquico y el daño estético.

En cuanto a la temática planteada, considero ajustado el entendimiento de la doctrina en cuanto que para fijar el quántum de esta partida debe atenderse a la naturaleza de las lesiones sufridas, así como también a la edad del damnificado, su estado civil y demás condiciones personales, cómo habrán aquéllas de influir negativamente en sus posibilidades de vida futura e, igualmente, la específica disminución de sus aptitudes laborales (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, op. y loc. cits., pág. 220 y citas de la nota 87; Llambías,

Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, t. IV-A pág. 120).

Ello así, habida cuenta la entidad de las lesiones y sus secuelas, su vinculación causal con el evento dañoso que se investiga en autos, edad del hijo de la parte actora a la época del accidente, su condición de estudiante -.Todo ello, sin olvidar que los porcentuales de incapacidad que brindan los diferentes baremos representan meras guías para orientar al juzgador, quien no está obligado a observarlas estrictamente.

Ha quedado acreditada los daños sufridos por el hijo de la parte actora , a través de las siguientes pruebas, a saber:

A) Expte. penal, documentos y medios materiales presentados en Acusación, caso nro. 857, "C., J. D. s/Lesiones Graves de Accidente de Tránsito"- agregado por cuerda- Informe de Guardia (fs.ref. 114) e Historia Clínica – Terapia Intensiva - (fs. ref. 115/126), informativa prestada por la Asociación Española de fecha 14/12/05 (fs. 53/96); informe del médico policial , Oficial Sub-Inspector Dr. Martín L. Lodolo (fs. ref. 06), informe de los Dres. C. G. – Médico Forense-, D. S. – Médico Neurólogo – y Dra. M. J. B. – Médica Especialista Psiquiatrica de fecha 19/12/05, (fs. ref. 102/vta. quien también actúo como perito en los presentes conforme emerge del informe efctuado (a fs. 584- donde determina daño psíquico y daño estético), concluyendo que el joven M. A. M., de 15 años de edad, presenta secuelas funcionales, fundamentalmente en hombro derecho y tobillo derecho, siendo ésta última la que ocasiona Mayor dificultad para su actividad diaria. Presenta, además, un "Stress pos- traumático Grado II, que deja una incapacidad para manejarse autónomamente, hecho éste muy

grave para el desarrollo normal de un adolescente. Realizando Tabla de Incapacidades Múltiples (capacidad restante) se concluyó que el joven presenta una Incapacidad Parcial y Definitiva del 26,9 %, como secuela del accidente sufrido. Con respecto a la necesidad de tratamientos el mismo requerirá tratamiento fisioterapeútico y psicológico y eventual interconsulta con psiquiatría.

b) Informe Pericial Médico del Dr. A. F. B. (fs. 364/367), pedido de explicaciones del codemandado Sr. C. y de la C. en G. (fs. 380vta.) y pedido de explicaciones e impugnación de parte de la codemandada E. P. A. SRL (fs. 389/390)y explicaciones dadas por dicho perito (fs. 426/429, 438/441)), observaciones del codemandado Sr. C. y de la Citada en Garantía (fs. 458/vta), impugnación a la codemandada P. A. SRL (fs. 461/vta.), explicaciones dadas por el perito médico (fs. 511/512) –, quien atribuye que la incapacidad parcial y definitiva del hijo de la parte actora es del cuarenta y uno con por ciento (41,4%), Resumen de Historia Clínica del médico Pediatra , Dr. M. A. C. (fs. 517/518) agregado por el perito médico Dr. B. en su informe pericial médico (fs. 519/520). Ante la solicitud de la codemandada P. A. SRL a fs. 542, el a-quo no le hace lugar por entender carente de fundamentos (fs. 543), en cuanto a la impugnación a la pericia médica planteada por el codemandado Sr. C. y la citada en garantía (fs. 546/vta.), el a-quo por entender que la misma no plantea concretamente la nulidad formal del peritaje ni se requiere explicaciones precisas , la tiene presente para el momento de dicta sentencia (fs. 547).

d) testimonial prestada por el médico cirujano, Dr. R. H. C. (fs. 462//vta. contestación a la 2da. a 6ta.,

8va. a 9na pregunta y razón de sus dichos).

e) testimonial prestada por el Sr. C. M. V., chofer de colectivo (fs. 497/499 contestación al 10ma .y 25ta. pregunta).

f) informe pericial de la Licenciada en Psicología, Sra. S. T. (fs. 513/516).

g) testimonial prestada por el médico pediatra, Dr. A. O. P. (fs. 544/vta. contestación a la 2da.a 3era.5ta y 8va. pregunta y razón de sus dichos) y

h) informe pericial psicológico, efectuado por la Licenciada en Psicología Sra. A. A. el día 09/11/09 (fs. 571/572) estima frecuencia y duración del tratamiento, considerando dos sesiones por semana durante dos años en la suma de pesos diez mil cuatrocientos ($ 10.400), del traslado del pedido de ampliación de contestación de puntos periciales efectuados por la parte actora (fs. 574y 577), contestados a fs. 592 por la experta médica.

En concreto, en tren de tarifar el daño ocasionado y considerando que es acertada conforme al confrontación de los distintos informes médicos analizados, la estimación del perito médico (fs. 511/512) –, quien atribuye que la incapacidad parcial y definitiva del hijo de la parte actora es del cuarenta y uno con por ciento (41,4%), Resumen de Historia Clínica del médico Pediatra, Dr. M. A. C. (fs. 517/518) agregado por el perito médico Dr. B. en su informe pericial médico (fs. 519/520) y las explicaciones dadas ante los pedidos efectuados por las partes.

Tengo en cuenta también que los gastos terapéuticos son resarcibles (art. 1086 del C.C.), pues son destinados a devolver a la víctima su integridad psicofísica, menoscabada a raíz del hecho ilícito. En cuanto tales, debe reconocerse la facultad de lograr cuanto sea preciso

para recuperar la salud o la incolumidad dañada, atendiendo a tres aspectos: su finalidad (terapéutica), la razonabilidad de las erogaciones que importen (evitando abusos o excesos) y la vinculación causal con el hecho.

Dichos gastos han sido acreditados a través de las testimoniales prestadas por la Kinesióloga, Sra. M. B. Q. (fs. 432/433), contestación a la 4ta. a 8va. preguntas y razón de sus dichos), al Kiniesióloga y fisioterapeuta, Sra. S. G. M. (fs. 435 contestación a la 4ta. a 10ma. y razón de sus dichos).

Pondero, asimismo, que una justa compensación del derecho de indemnización por concepto de incapacidad sobreviniente, no debe tampoco implicar un enriquecimiento sin causa, son todos elementos por los cuales y en ejercicio de la facultades que me confiere el art.167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A-DJ- estimo fijar prudencialmente como monto resarcitorio por incapacidad sobreviniente la suma de pesos treinta mil ($ 30.000).

En cuanto al daño moral, he de principar el presente voto, en cuanto a que es criterio de la suscripta.(conf. entre otros; 01-06-01, Sentencia Definitiva nro.37, Cámara de Apelaciones - Sala "B" - Comodoro Rivadavia, “M., J. A. c/ E., M. C. y Otros s/ Sumario”, expdte. Nro. 11.770/00; publicado por elDial - BC1862 , que "...teniendo el daño moral carácter resarcitorio, dirige sus miras a satisfacer o compensar al damnificado un demérito sufrido por el hecho ilícito, no para sancionar al causante del daño, sino para reparar los naturales padecimientos físicos y morales que debió soportar la víctima del delito o cuasidelito. En la determinación de su cuantía no cabe tener en cuenta la gravedad del

perjuicio cometido por el autor sino los sufrimientos experimentados por el damnificado. El dinero podrá resultar para algunos un medio grosero de indemnización, pero, desgraciadamente, el ser humano y la ley no pueden hallar otro medio más idóneo a tales fines. La indemnización del daño moral debe perseguir, en consecuencia, el brindar las posibilidades al agraviado de satisfacer su espíritu con su empleo, contraponiendo esas satisfacciones a los padecimientos provocados por el daño, todo ello con prescindencia del sujeto que ocasionó el perjuicio.(01-06-01, Sentencia Definitiva nro.37, Cámara de Apelaciones - Sala "B" - Comodoro Rivadavia, “M., J. A. c/ E., M. C. y Otros s/ Sumario”, expte. Nro. 11.770/00: publicado en elDial - BC1862).

A ello cabe precisar que un criterio razonable y adecuado para la cuantificación del daño moral está dado por las reglas de la experiencia y por los criterios de consenso que se presenten a partir de la ponderación de indemnizaciones fijadas para casos similares, lo cual brindará -además- cierto grado de previsibilidad a la decisión. Todo lo anterior, sin perjuicio de atender a las particularidades especiales que pueda tener cada situación, en cuyo caso allí el juzgador deberá dar las razones por las cuales se aparta del criterio general.-

Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere caso por caso su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno.- A la luz

de dichos entendimientos, y en uso de las atribuciones conferidas por el art.167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A-DJ- estimo fijar prudencialmente como monto resarcitorio por daño moral la suma de pesos treinta mil. ($ 30.000).

En cuanto al Daño Psíquico, advierto que el juez lo trata como daño integrativo del daño moral (conf. considerando 9no. –fs. 1062vta.1063), no es así el entendimiento de la suscripta el cual consiste en que la reparación del daño moral, cuanto del psicológico de modo diferenciado, es procedente, ya que no son una y la misma cosa. Comparto en ello la jurisprudencia según la cual: “el daño psíquico está referido, como el físico, a la incapacidad resultante del accidente. En cambio el daño moral tiende a indemnizar, no la incapacidad resultante, sino los sufrimientos que demanda la curación y los inconvenientes en la vida laboral y social. El daño psíquico y moral son conceptos independientes y, por lo tanto, susceptibles de indemnización autónoma” (CNAT, Sala VII expte n° 26483/94, sent. 36353 9/10/02 "Marcovich, Mario c/ Femesa s/ accidente").

A la luz de lo expuesto, dado que la actora conforme la pruebas periciales Psiquiatrica y psicológica precedentemente analizadas surge claramente que el hijo menor de la parte actora requiere de un tratamiento psiquiátrico, le corresponde una indemnización por daño psíquico…” (en sentido similar, SD 92816 – Causa 24.719/2008 – “R.D. E. c/Actionline de Argentina SA y otros s/ despido” – CNTrab. – Sala III – 30/09/2011: elDial.com – AA7109)

Ello es así, ya que la plena facultad del juez para la apreciación de la pericia no es discrecional pues, si bien es cierto que las normas procesales no le acuerdan

al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que para desvirtuarlo (por ser una apreciación específica del campo del saber del experto, técnicamente ajena al hombre de derecho) es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan concluir en el error o en el inadecuado uso que éste hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que ha de suponérselo dotado (cfr. CNCiv., sala "A", voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro, del 11/09/2001, en autos "Torcoletti, Elsa Beatriz c/Gallucci, Marcos Antonio s/daños y perjuicios; con cita de Morello Sosa Berizonce; Falcón y jurisprudencia).”

Hago hincapié que, en tanto los dictámenes periciales se encuentren fundados razonablemente en principios y procedimientos técnicos –y resulten congruentes con el resto de la prueba rendida-,requisitos estos que reúne la periciales analizadas se deben aceptar las conclusiones a las que han arribado concordantemente los peritos. Entonces, y a diferencia de lo expuesto por el juez de grado, tendré por acreditado que el hijo de la actora padece los daños psicológicos informados.(conf. crit. ”Expte. N° 36.964/2009 - “T. N. F. c/ V. M. D. y Otros s/Daños y perjuicios” – CNCIV – SALA H – 03/12/2012 elDial.com -AA7D11,Publicado el 18/03/2013).

Con relación al resarcimiento del daño psíquico parece adecuada la suma de pesos diez mil cuatrocientos ($ 10.400), suma que emerge del informe pericial psicológico, efectuado por la Licenciada en Psicología Sra. A. A. (fs. 571/572) la cual estima frecuencia y duración del tratamiento, considerando dos sesiones por semana durante dos años.

En lo referente al concepto por lesión estética, en el caso, tal como quedó determinada en varias de las

pericias analizadas el joven ha quedado con cicatrices visibles en su cabeza y cara, lo que determina la existencia de un perjuicio cierto al tratarse de una lesión antiestética, con mayor gravedad si se tiene en cuenta que las mismas son detectable visualmente y en una persona joven con todo lo que ello implica a la autoestima y seguridad de dicha persona, circunstancias todas estas por las cuales no tengo la menor duda que debe ser indemnizado.-

Ello así ya que corresponde equilibrar, dentro de un nivel de razonabilidad, la desventaja que todo ser humano padece cuando exhibe cicatrices o mutilaciones que afectan el sentido estético propio y ajeno. No hay duda entonces, reitero, que el carácter de permanente de las cicatrices y la edad del joven inciden sobre las futuras posibilidades económicas de la víctima y sobre su vida de relación y ello con independencia de la incapacidad sobreviviente que contempla otro aspecto del deterioro físico, pesando sobre el patrimonio en planos distintos y singulares.

Por tales razonamientos y en uso de las facultades otorgadas a la suscripta por el art. 167 de la Ley XIII, nro.5, Anexo A, justiprecio como razonable estimar en la suma de pesos ciento diez mil ($ 110.000.-) en concepto de indemnización por lesión estética.

En concreto, no se hace lugar a los agravios planteados fs.1123/1124 el codemandado Sr. J. D. C., a fs. 1125/1126 y la parte codemandada P. A. S.R.L. a fs. 1125/1127, en los términos en que quedó establecido en el presente voto.

I .B-IV)El apelante codemandado Sr. C. y la citada en garantía y la remisión que efectuada en los mismos términos por la codemandada P. A. (fs. 1123vta/1124,

1126vta./1127 y 1135vta. respectivamente)se agravian que el a-quo violó el principio de congruencia al condenar por intereses al no haber sido pedido por la actora en su demanda.

Advierto que conforme emerge de los términos de las contestaciones de demandada, a saber: a)por el codemandado J. D. C. (pto. f – fs. 107vta.);por la codemandada P. A. S.R. L (pto. d – fs. 111vta.) y por la citada en garantía A. M. R. de S. de T. P. de P. (pto. d – fs. 200vta./201), las mismas expresamente se han referido a que las indemnizaciones deben fijarse a valores actuales y que debe comprenderse , los intereses a dicha fecha.

Dicha circunstancia hace caer la línea argumental expuesta por las partes en cuanto tanto los codemandados como la citada en garantía ha hecho uso de su defensa en juicio planteando el tema intereses en sus contestaciones. Dicha situación ha sido correctamente advertida por la parte actora en su contestación de agravios a fs. 1145/1148.

A ello se suma que es criterio jurisprudencial recientemente expuesto en cuanto a que: ”la procedencia y, particularmente, el dies a quo de los intereses no deriva sustancialmente de la situación de mora del deudor, sino de otro principio cual es el de “reparación integral”, que gobierna todo el sistema de responsabilidad civil que organiza nuestro Código Civil y que proporciona un sólido fundamento para diseñar una solución al problema que es analizado aquí, el inicio del curso del cómputo de intereses debe ser en todos los casos el día en que se produjo el daño”. (CNCom – Sala D - 16/05/2012; 9.416/2004 - "Budani Carlos María c/BMW de Argentina S.A. y otro s/ ordinario" –elDial.com - AA7AC1)

Tengo en cuenta que, a la vez, la situación del acreedor o damnificado – que con una legítima expectativa a cobrar lo que se le debe - se ve paradigmáticamente enfrentado no sólo al desgaste y demora que le ocasiona un pleito, sino a recibir el capital indebidamente retenido por el deudor- con un interés inferior al del mercado.

Las consecuencias desfavorables que se ocasionan a quien reclama por un daño injusto se expanden así a la comunidad en general, proyectándose negativamente a la vida económica del país. Al estimular los incumplimientos se encarece el crédito y la prolongación voluntaria de pleitos revela un comportamiento social disvalioso que conspira contra la eficiencia de la justicia.

En tal orden de ideas, en el entendimiento de que la tasa de interés moratorio tiene también una función moralizadora, de modo que debe contener algún plus que desaliente el incremento de la litigiosidad (conf. SCMendoza, en pleno, in re: "Amaya c/ Boglioli": elDial - AA2D91] del 12/9/05, LL Gran Cuyo, 2005 - octubre, 911-T y SS2005, 747-IMP, 2005-B, 2809), considero que en la actualidad la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina es la que más se ajusta a dicha visión. Ello, en tanto su aplicación hará posible compatibilizar la función moralizadora del proceso, que cumple la tasa de interés, con la prelación axiológica que tiene el deber de no desentenderse de los efectos económicos de la sentencia." (ídem. Expte. N° 23987/09 - "Loza Longo, Carlos Alberto c/ R.J.U. Comercio e Beneficiamiento de frutas y verduras y otros s/sumario s/casación" - STJ de Rio Negro - 27/05/2010 elDial.com - AA5F62 :Publicado el 02/06/2010).

Por los razonamientos y valoraciones realizadas,

corresponde rechazar los agravios planteados El apelante codemandado Sr. Cortes y la citada en garantía y la remisión que efectuada en los mismos términos por la codemandada P. A. (fs. 1123vta/1124, 1126vta./1127 y 1135vta. respectivamente) y confirmar la sentencia en este sentido.

I.C) En lo referente a la apelación, por derecho propio interpuesto a fs. 1069, 1073/1074 por los letrados de la parte actora .Dres. J. M. y C. O. y a fs. 1075/(1076vta. por los apoderados de demandada, Dres. H. J. F. D. l. C. y F. F., ambos por entender que la regulación de sus honorarios profesionales resultaron por bajos, siendo que en el presente voto se han modificado los montos de primera instancia, y correspondiendo ante dicha circunstancia la aplicación del art. 282 de la Ley XIII,nro. 5, Anexo A, del DJ, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre el planteamiento de los mismos.

I. D) Atento como se han resuelto las cuestiones planteadas por las partes, siendo de aplicación el art. 282 de la Ley XIII ,nro. 5, Anexo A, del DJ, y teniendo en cuenta el principio objetivo de la derrota (art. 69 Ley XIII, nro. 5, Anexo A, -DJ-), las costas tanto de primera como de segunda instancia se imponen a las partes codemandadas y citada en garantía vencidas. Se difiere la regulación de honorarios tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán fijados teniendo en cuenta complejidad de la materia puesta a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido, en un todo de acuerdo con lo establecido por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-Digesto Jurídico-).

A la segunda cuestión la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

Propongo como formula postulatoria para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Hacer lugar a los agravios expuestos por la parte actora a fs. 1118/1121, rechazando los agravios de la parte codemandada P. A. a fs. 1134/1135, revocando la sentencia de primera instancia(fs. 1059/1064) y, en consecuencia, atribuir en un cien por ciento (100%) la responsabilidad de los codemandados J. D. C. y P. A. SRL , haciendo extensiva la condena a la A. M. R. de S. de T. P. de P., la que responderá dentro de los límites del seguro según póliza nro. **/******/*** por el accidente de tránsito ocurrido el día 04/08/05, el cual tuviera como víctima al joven M. A. M., hijo de la parte actora.

2) No hacer lugar a los agravios planteados fs.1122/1127 el codemandado Sr. J. D. C., a fs. 1125/1126 por la citada en garantía A. M. R. de S. de T. P. de P. y la parte codemandada P. A. S.R.L. a fs. 1132/1136, y en consecuencia, condenar a las mismas en los términos establecidos en el pto. 1ero. de esta fórmula a abonar, en el término de diez (10) días de quedar firme o consentida la presente, a abonar al Sr. M. A. M. ,en concepto incapacidad sobreviniente , daño moral, daño Psíquico y lesión estética la suma de pesos ciento ochenta mil cuatrocientos (180.400.-), con más los intereses fijados en primera instancia los que se computarán a partir del evento dañoso (04/08/05) y hasta su efectivo pago.

3) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a la partes codemandadas y citada en garantía vencidas art. 282 art. y 69 de la Ley XIII ,nro. 5, Anexo A, -DJ-). Diferir la regulación de

honorarios tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-Digesto Jurídico-).

4) Tener presente la reserva del caso federal planteadas por la actora a fs. 1121vta., por el codemandado Sr. J. D. C., a fs. 1124- pto.III), por la citada en garantía A. M. R. D. S. D. T. P. de P. (fs. 1127, pto. III) y parte codemandada P. A. S.R.L (fs. 1135vta. /1136).

5) De forma.

A la primera cuestión la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro.78/2012 del juzgado Civil nro.2 de la jurisdicción declaró la concurrencia de culpas distribuyéndolas en un 20% para la actora y en un 80% a la demandada. En consecuencia condenó a J. D. C. y P. A. SRL a abonar al actor M. A. M. la suma de $152.000 en concepto de daño material –incapacidad derivada, daño moral y psíquico y daño estético. Hizo extensiva la condena a la aseguradora M. R. D. S. D. T. P. D. P. dentro de los limites del contrato. Dispuso las costas en idéntico porcentaje que la responsabilidad y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Apelaron el fallo, la M. R. D. S. D. T. P. D. P. (fs.1067, la parte actora y los letrados de la misma por propio derecho (fs.1069) y la empresa P. A. SRL.

A fs.1073 expresan agravios los letrados de la actora dres. C. O. y J. M. por la regulación de sus honorarios profesionales, dicen que el a quo no siguió los parámetros de los artículos 5, 6,8 de la ley XIII nro.4 esta por debajo de la minima, tampoco tuvo en

cuenta el 40% en el doble carácter de abogados y procuradores. Hace reserva del caso federal.

A fs.1075/6 apelan y fundan por bajos la regulación de los honorarios los dres. H. F. D. l. C. y J. F. F. abogados de la parte demandada.

A fs. 1115/1121 obran agregados los agravios de la parte actora.

Se agravia por la concurrencia de culpas atribuida en un 20% a M. M. quien tiene una discapacidad motora, cuando fue responsable el conductor del colectivo y de ello existe abundante prueba. Cuando M. inició el cruce de la calle no existía peligro alguno. Hace reserva del caso federal.

A fs. 1122/4 y a fs.1125/7 están glosados los memoriales de agravios del conductor del colectivo y de la tercera citada, con idénticos fundamentos sostienen que la culpa es del actor, hacen referencia a las constancias de la causa penal. Se quejan de las indemnizaciones otorgadas por el a quo. Incapacidad sobreviniente, dice que el juez de grado no tomo en cuenta la pericial medica, no tuvo en cuenta la capacidad de la victima, la incapacidad física por si sola no genera indemnización sino se prueba la afectación de los ingresos.

Improcedencia del daño moral, las lesiones no dejaron ninguna incapacidad por que ya tenia con anterioridad, las lesiones que sufrió fueron leves. También debe ser desestimado el daño estético.

Condena a intereses que no fueron pedidos al incoar la demanda.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 1132/36 expresa agravios la empresa P. A. SRL.

Dice que la sentencia es arbitraria condenando ultra

petita porque condena intereses que no fueron demandados.

Por el porcentaje del 20% de responsabilidad atribuido al actor, si el juez evaluó que la actuación de Cortes –el conductor del colectivo- fue ínfima, no puede atribuir el 80%. Además se apartó del informe de la perito accidentologica de fs.184/191 dijo que cruzó indebidamente la calzada el actor –art.38 ley 24449- La sentencia descalifica el sobreseimiento de Cortes en sede penal, prescribió luego de tener una sentencia absolutoria. Hace reserva del caso federal.

1.- Con relación a la queja de la valoración por parte del a quo de la decisión penal. Marta Reynoso dice que fue absuelto por el beneficio de la duda rechazo los agravios en este punto. Susana Melero en idéntico sentido rechazó los agravios del conductor sr. C., la citada en garantía, por lo cual las sras. Camaristas que me precedieron confirmaron el punto 1ro. de los considerandos del fallo venido en crisis (fs.1060).-

En cuanto a la responsabilidad en el evento dañoso ocurrido el 4 de agosto de 2005 en que resultara lesionado el actor. Marta Reynoso modificó la sentencia y condenó a los demandados. Melero coincidió, prosperó el agravio de la actora y se atribuyó responsabilidad a los demandados modificándose el fallo. Por aplicación del art.274. del DJ que dispone que es suficiente a los efectos de adoptar decisión que el tribunal lo haga fundadamente, examinando las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubieran sido materia de agravios , y por mayoría , “bastando para conformarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término”, dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión. Haciendo uso de la facultad de

abstención sobre aquellos temas que existe mayoría de votos coincidentes en su resolución, no me expediré sobre estas cuestiones.

2.- Me expediré respecto de los montos y rubros cuestionados que no hubo coincidencia entre las magistradas que me precedieron. Efectivamente la dra. Reynoso sostuvo que el actor fundó el reclamo del daño material en los gastos incurridos, el juez no valoró en su decisión y luego de un análisis disminuye el monto de condena establecido en la sentencia de $30.000 que se afectaban con el grado de responsabilidad a 24.000, reduciéndolo la primer votante a la suma de $20.000.-

Por su parte la dra. Melero tiene en cuenta las pruebas y los gastos terapéuticos y lo establece conforme facultades del art167 del DJ en $30.000.-

El sentenciante a fs. 1062vta. al establecer el monto por incapacidad derivada tuvo en cuenta la historia clínica fs.22/29, fs.30/73, el informe medico y las pericias de fs.364/67, 426/29, 437/441, 511/12, 513/16 y las constancias de la causa penal. El accionante reclama el monto de $30.000 sosteniendo que resulta del relato de los hechos (fs.48).

El informe de fs.367 concluye que la incapacidad de M. M. es del 41,4%, que fueron pedidas explicaciones a fs.380, expidiéndose el profesional a fs.426/29 es de destacar lo dicho "…previo al accidente existía un desenvolvimiento normal en su vida de relación a pesar de su déficit motriz. 2 con posterioridad al accidente presenta un trastorno de Estrés post-traumático grado II que deja una incapacidad para manejarse automáticamente, hecho este muy grave para el desarrollo normal de un adolescente …" Se dejo sentado por el perito que se tuvo en cuenta la discapacidad previa, en igual sentido en la

causa penal en el juzgado de instrucción nro.2.- El informe de fs.512 dejo en claro que el accidente "el hecho traumatizo agravó el déficit o incapacidades previas existentes por lo que constituye una verdadera concausa preexistente. Con esto quiero decir que las lesiones producidas en una persona que tiene una incapacidad son mas invalidantes que en una persona sana…" –lo fija en un porcentaje del 41,4%-.

Considero que las expresiones vertidas contra la sentencia, que aun escuetamente el a quo tuvo en consideración la labor profesional de los peritos médicos, no pueden ser atendidas en mérito que se basan en discrepancias que no contienen elementos de contundencia científica para rebatir las conclusiones periciales de los médicos, los recurrentes no objetan la idoneidad del diagnóstico en sí basado en la observación profesional y en la historia clínica del examinado; por lo cual no encuentro elementos para hacerme apartar de las conclusiones, tampoco desconocerlas en particular que la circunstancia apuntada que el actor ya portaba una incapacidad fue evaluada en todo momento. "Lo sustancial, en la cuestión, es concluir que el dictamen es un juicio de valor sobre cuestiones de hecho, respecto de las cuales se requieren "conocimientos especiales" ,o como hemos definido un juicio de hecho, verdadero presupuesto fáctico del derecho que aplicará el juez al caso particular (art. 377, párr. 2°, CPN)". "El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá aducir razones de entidad suficiente para desvirtuarlo,

pues el conocimiento del perito es ajeno, en principio, al hombre de derecho" ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación": Carlos E. Fenochietto, ps. 659/691, Ed. Estrea, Bs. As. 1999).

Es sabido que la indemnización por el daño físico procura el resarcimiento de aquellos perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada; disminución que incide en todas sus actividades, vale decir que no se proyectará solamente en la esfera productiva sino también que abarcará los ámbitos social, cultural y, fundamentalmente, el plano individual. Aun, remarcado, es de destacar que el actor un joven, que se manejaba con autonomía no obstante su dolencia previa al evento. "La indemnización por incapacidad física sobreviniente está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores (…) Adquieren especial relevancia las condiciones personales de la víctima del hecho dañoso. Esto es, la proyección que el perjuicio tiene en la esfera laboral, la edad, la preparación, la incapacidad laborativa, estado civil y demás circunstancias personales, susceptibles de ser apreciadas a los fines de estimar el resarcimiento. En efecto, para establecer el quantum indemnizatorio, no existen fórmulas matemáticas ni procedimientos objetivos, rígidos e inflexibles, sino que estos responden al prudente arbitrio de los

magistrados en la valoración de los elementos de juicio allegados a la causa (CSJN, Fallos: 183: 247; 191: 264; CNCiv., Sala A, “Pagano, Rosa Alicia,” de fecha 19-09-89, entre muchos otros).” elDial.com - AA6E51 "…, la indemnización de la incapacidad sobreviniente exige tener en consideración las circunstancias del caso analizado, por sobre cualquier otra consideración de tipo abstracto o dogmático (LÓPEZ MESA, Marcelo - TRIGO REPRESAS, Félix, "Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 245)", nuestra jurisprudencia se inclina hoy a sostener que no puede determinarse la incapacidad sobreviniente sobre la base de fórmulas matemáticas o de cálculos actuariales, los que sólo constituyen pautas que, juntamente con otras referidas a la edad, sexo, actividad u oficio, grupo familiar, etc. de la víctima, habrán de servir como orientación para la prudente apreciación judicial (LÓPEZ MESA, Marcelo - TRIGO REPRESAS, Félix, "Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño", cit, p. 246, con cita de fallos de la Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 12/5/98, "Verón, Ramón A. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A.", LL 1998-F-480; CNCiv., Sala C, 26/10/99, "Turello, Elsa c/ Ray S. A. y otros", RCyS 2000-608; ídem, Sala G, 15/2/99, "C., I. c/ C. de G., D. y otro", RCyS 1999-864; ídem, CNCiv., Sala J, 11/3/97, "Mora, Silvia A. c/ Disco S. A.", LL 1997-D-574 y DJ 1998-1-940; ídem, Sala K, 10/6/97, "M., G. y otros c/ Escalante, Ramón A.", LL 1997-F- 638; ídem, 4/2/99, "G. M. D. c/ Bernardino Rivadavia S. A.", LL 1999-F-196; Cám. CC Morón, Sala II, 15/8/95, "A., Oscar y otra c/ Aguirre, Ramón", LLBA 1996-520; en similar sentido, CNCiv., Sala J, 3/10/00, "Romero, Damiana c/ Cesáreo, Carlos y otros; Lugo, Mauro c/ Indrieri, Juan L. y otro y Di Marco, Julio c/ Expreso

Cañuelas S.A. y otro", LL 2001-E-609; ídem, Sala A, 19/4/00, "B., J. C. c/ Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S. A.", LL 2000-E-385; Cám. Fed. Resistencia, 4/6/98, "C., Z. y otra c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos y/u otros", LL 2000-B-824 (42.428-S) y LL Litoral 1999-463)." elDial.com - AA50DA.

A tenor de las pericias médicas obrantes en la causa, sobre todo la practicada en esta instancia, debe tenerse por probado que el actor no estará en condiciones de desempeñarse en delante de la forma en que lo hacia hasta el accidente debatido en autos.

Las secuelas que se le han comprobado lo limitan aun mas; sin embargo, tampoco corresponde indemnizarlo como si se tratara de un baldado o incapaz total, puesto que el accionante no carece de posibilidades de continuar los estudios, insertarse en el mercado laboral, bien que en otras actividades, por lo cual considero que el monto dispuesto por la primer sentenciante es una suma justa y propongo para el concepto el monto de $30.000, coincidiendo también con la sra. Camarista, segundo en orden.

El daño moral:

Vienen cuestionados los montos por el resarcimiento por daño moral, que fuera tratado conjuntamente con el daño psíquico por el a quo. Como rubro independiente se resarció el sentenciante de grado cuantificándolo en $110.000-

En este orden de ideas, ningún elemento de valoración encuentro para apartarme del criterio seguido en oportunidades anteriores en lo que respecta al daño estético, ya que dicha indemnización sólo procede cuando el daño puede redundar en un desmedro patrimonial en razón de la profesión o actividades de la víctima, pues

de lo contrario debe ponderarse juntamente con el daño moral (conf. TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. – LÓPEZ MESA, MARCELO J., Tratado de Responsabilidad Civil, Buenos Aires, La Ley, 2004, T° I, p. 503).”

La lesión psíquica, como la estética, no son resarcibles como daño material per se, ni como un tercer género. Sólo lo serán en la medida en que generen la pérdida o frustración de ganancias. Sin embargo, sí deberán ser contempladas como factores que intensifican el daño moral padecido por la víctima.- (ver Citar: elDial - AA34BD - Citar: elDial - AA402F).- Postura esta adoptada en forma constante y reiterada, por cuanto no constituye un tercer género de daños entre el patrimonial y el moral, sino que puede incidir en forma indistinta y aun simultánea tanto en uno como en otro de esos ámbitos resarcitorio...-

No cabe fijar una suma en este apartado por el resarcimiento del daño estético toda vez que considero subsumido el mismo en las correspondientes indemnizaciones que se fijaron en concepto de "incapacidad física" y "daño moral."

Existe mayoría de decisión respecto de la procedencia del daño moral, y en cuanto a mi opinión, he de coincidir con la primer votante dra. Reynoso quien lo fijo junto con el y estético en $150.000, adhiriendo a dicho monto y valoración-

A mayor abundamiento agrego, a la lesión estética, esta puede causar menoscabo patrimonial o no, por haber ocasionado daño moral o no, o ambos o ninguno, y asi lo ha reiterado tanto la doctrina como la jurisprudencia en la hipótesis de decidir una indemnización por dicho daño.- La desfiguración del rostro perturba la percepción y valoración de la persona por otros, que son

imprescindibles para obtener trabajo o para desarrollar los mismos; la lesión en la cara ocasiona daño a la victima por disminución de actividades económicas genéricas y futuras para acceder o desarrollarlas, lo que no se demostró en el caso.- Es mas, el buen aspecto, sin que necesariamente se trate de belleza, tiene importancia en la vida interpersonal, e incide en las perspectivas de acceso y progreso personal, actividades como vendedores, locutores de televisión, maestros, odontólogos actores, etc. Se verían e desventaja de obtener empleo o clientela si exhibiesen deformación en la cara, lo que no es lo concerniente a la actividad del accionante, porque no hay un daño cierto por disminución de las oportunidades laborales que podría haber tenido la víctima de este accidente y las que tiene después.- Por ello en cuanto a integrarlo dentro del daño patrimonial, lo excluyo totalmente en punto a la apreciación del resarcimiento por interpretar conforme lo dicho la configuración de perjuicio moral pero no he de considerarlo como daño autónomo.-

El actor quedo afectado según las fotografías de fs.55/63, se trató de un jovencito con su vida de relación y laboral en inicio, a ello le agrego los informes de fs. 435, fs. 462 y fs. 544 M. M. porta una lesión en el rostro y en el pabellón auricular, lo que lleva un sufrimiento.

Conforme sostuvo reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia en forma mayoritaria y a modo ilustrativo cito; que el daño psíquico no constituye una categoría autónoma dentro de daños materiales y morales, así puede decirse que "El daño psíquico no es concepto autónomo. Cabe diferenciar el bien jurídico que puede verse afectado, de sus consecuencias. Así, la integralidad

psíquica forma parte de un derecho de la personalidad y es de carácter extrapatrimonial, pero si el desmedro sufrido produce efectos patrimoniales, como la incapacidad para la realización de tareas productivas o el costo del tratamiento necesario para la recuperación, genera daños patrimoniales indirectos. Por el contrario, si no los origina, se trata de un daño extrapatrimonial que debe ser evaluado para la fijación del daño moral."(Carlos A.Ghersi "Daño moral y psicológico" pag.215/216 Ed.Astra-2002).-

3.- Intereses: Los apelantes por la parte demandada dicen que el fallo es arbitrario por cuanto fijo los intereses sobre los capitales de condena que no habían sido peticionados por el accionante al incoar demanda.

Advierto que en el item asiste razón en punto que de la lectura del libelo de inicio fs.45/52 y fs.76/80.- No existen fundamentos por los cuales me aparte de la doctrina que cito "A diferencia de las costas, que proceden de oficio, los intereses deben ser solicitados. ¿Cuál es la razón de ello? Siendo los intereses una ganancia eventual y estimada sobre el capital, susceptibles de renuncia, la parte puede entonces renunciarlos, la parte puede entonces renunciarlos, pues aquí surge el segundo concepto de interés. Además de constituir un precio sobre el capital "prestado", importa la consideración aleatoria de lo que ese capital hubiese ganado si estuviese trabajando. Por supuesto, en cualquier negocio se puede ganar o perder, y ésa es la razón para que se deje a opción del vencedor en cuanto a su pedido. ¿Y cuál es el momento de la petición? Por supuesto la demanda, pero además toda otra actuación en el proceso que conserve una independencia y contenga una pretensión de condena que no sea absorbida por la

demanda.” (Falcon E.” cod.Proc….” t.II pag.148 Ed.Abeledo Perrot-89).- Hago lugar a los agravios en este tema y adhiero en revocar el decisorio.

A la segunda cuestión la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Por lo expuesto y en cuanto fue materia de decisión propongo como formula postulatoria adherirme al monto fijado por daño material a la dra. Melero en $ 30.000; por daño Moral a la dra. Reynoso en $ 150.000.- Con relación a los intereses fijados en el fallo hago lugar a los agravios y excluyo a los mismos de la condena.-

En cuanto a las apelaciones sobre la regulación de los honorarios de los letrados, conforme ha sufrido modificaciones en los montos de condena la sentencia de grado, en consecuencia los mismos habrán de readecuarse, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre los recursos.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

SENTENCIA:

1) Modificar la sentencia de fs. 1059/1064 y condenar a J. D. C. y a P. A. SRL a abonar en el término de diez días de firme o consentida la presente al joven M. A. M., la suma de treinta mil pesos ($30.000), en concepto de daño material y ciento cincuenta mil pesos ($150.000) en concepto de daño moral, conforme los considerandos pertinentes, extendiendo la condena a la aseguradora M. R. de S. del T. P. de P., quien responderá dentro de los límites del seguro, como lo dispusiera el sentenciante.

2) Imponer las costas a los demandados vencidos en ambas instancias.

3) Regular los honorarios profesionales por los

trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%); de los Dres. H. J. F. D. l. C. y J. F. F., conjuntamente, en el quince por ciento (15%); del Dr. M. H. P. D., en el once por ciento (11%); del Dr. D. O. M., en el ocho por ciento (8%); del perito médico Dr. A. F. B. en el cuatro por ciento (4%) y de la perita psicóloga, Lic. Á. A. en el cuatro por ciento (4%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. C. O. y J. M., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), al Dr. M. H. P. D. en el veinticinco por ciento (25%) y de los Dres. H. J. F. de las C. y J. F. F., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Tener presentes las reservas del caso federal planteadas por las partes.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"