------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de noviembre del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass y de la Sra. Juez de Cámara Subrogante Dra. Claudia Lía Melidoni, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"P., B. G. c/ F., S. y otra s/ Daños y Perjuicios"*** (Expte. N° 47/14 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 440 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC– y atento lo dispuesto a fs. 449 y 452 y vta., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS – MELIDONI.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia registrada bajo el n° 9/2014, de fecha 05/03/2014 y que obra de fs. 393/400? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender sendas apelaciones intentadas: por el actor y su letrado –éste por su propio derecho y por estimar bajos los honorarios regulados a su favor– articulados ambos a fs. 402 y concedidos a fs. 403; por los codemandados a fs. 407 y por el Dr. C. F. P. a fs. 408, por su propio derecho y contra la regulación de honorarios en su favor por estimarla baja, ambos concedidos a fs. 409; y por la citada en garantía a fs. 410 y concedida a fs. 411, todas enderezadas contra la sentencia dictada a fs. 393/400, la que en lo sustancial resolvió: I.- Hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el Sr. B. G. P. contra los Sres. S. F. y R. R. y en su consecuencia condenó a esta última y a la citada en garantía "S. B. R. C. L." a abonar al primero las sumas que indica, con los intereses que refiere, en el plazo que fija y bajo apercibimiento de

ejecución ; II.- Imponer las costas del proceso a la demandada vencida y a la citada en garantía; y III.- Regular los honorarios de los profesionales que intervinieron en este proceso en los porcentajes y sumas que se mencionan.----------

------Los agravios deducidos por el actor apelante contra lo sustancial de la sentencia que se ataca, lucen en el memorial que se agrega a fs. 420 y vta., y conforme al traslado que se ordenase por Presidencia de este Cuerpo a fs. 422, no merecieron la réplica de los apelados, conforme constancia de la Actuaria de este cuerpo que luce a fs. 438 de estos autos.----------

------Las quejas impetradas por la citada en garantía se encuentran agregadas a fs. 423/428 y el memorial de los codemandados apelantes han sido glosadas a fs. 430/434vta., y conforme al traslado ordenado a fs. 435, ambos fueron replicados conjuntamente por el actor a fs. 436/437vta., quien limita su presentación a sostener los puntos apelados por la contraria.----------

------Que encontrándose firme el llamado de autos para sentencia (art. 271 CPCC) realizado a fs. 439 y practicado a fs. 440 el sorteo que dispone el artículo mencionado, me hallo habilitado a emitir mi voto atendiendo lo dispuesto por el art. 274 del CPCC, ello en función de los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que trataré primeramente las quejas de la citada en garantía y de los codemandados, para luego si abordar los agravios del actor apelante y del letrado de los accionados, ello en atención a la incidencia que la resolución de las primeras pudiese tener sobre las últimas.----------

------2.1. Al expresar sus agravios la citada en garantía (v. fs. 423/428), se agravia en orden a dos cuestiones que prolijamente individualiza: ---

------Así, su primer agravio (v. fs. 423/426vta.) lo impetra por haber el sentenciante atribuido responsabilidad exclusiva en el evento dañoso al conductor del vehículo dominio *** ***, estimando la apelante que ninguna responsabilidad cabe endilgar a la codemandada Sra. A. G. M. en lo que respecta al fallecimiento del menor T. M. P.. Para fundar su

queja, realiza sus propias consideraciones acerca de la responsabilidad objetiva, critica la decisión del judicante, insistiendo en que con la ausencia de la "silla reglamentaria" para el menor en el habitáculo "*…queda probado sin más que este no se hallaba en el vehículo y esto hace que el transporte del menor T. P. en el rodado del Sr. F. haya sido ANTIRREGLAMENTARIO. Pero esto no quiere decir que el Sr. F. sea responsable EXCLUSIVO del destino fatal del menor, sino que es SU MADRE quien debe velar por la protección de un menor de la edad del fallecido que no puede valerse por sí mismo y tomar decisiones que se refieren a su seguridad.*" (v. fs. 424 párr. 3ro.) (las cursivas son mías y las mayúsculas se corresponden con el texto original transcripto). En consonancia con lo dicho, invoca que se presenta el supuesto amparado por el art. 1113 de nuestra ley sustantiva civil en el que existió culpa de un tercero (la madre del menor) por el cual el dueño o guardián (Sr. F.) no debe responder o, al menos, no hacerlo de manera total. Para reforzar su argumentación, se explaya acerca de la importancia de la colocación del cinturón de seguridad.----

------Asumiendo el tratamiento de la queja así planteada, debo anticipar que ya he tenido oportunidad de referirme al transporte benévolo en SD Nro. 04/2013 CANO de fecha 19.02.2013 recaída en Expte. Nro. 169/2012 CANO. Allí sostuve que: "*...es aquel que se produce cuando el conductor o responsable de un vehículo invita (propiamente dicho) o acepta (complaciente) conducir a una persona o a un objeto de un lugar a otro, por simple acto de cortesía y sin que se otorgue, se realice, o se abstenga de hacer algo como forma de contraprestación por el traslado*" (Cfr. SAGARNA, Fernando Alfredo; "Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas"; Ed. Depalma; Bs. As.; 1997; pág. 2). En función de tal conceptualización genérica, se lo ha denominado también como transporte: "de cortesía", "de favor", "complaciente" o "amistoso".----------

------Por las particularidades mencionadas, el transporte benévolo posee carácter extracontractual, tornándose aplicables al instituto en

análisis –a mi juicio– *las disposiciones acerca de responsabilidad que se alojan en los arts. 1109 y 1113 de nuestro Código Civil, ello en virtud de realizarse el transporte mediante la utilización* –en el caso de autos – *de una "cosa riesgosa".*----------

------*"En tal sentido, es criterio reiterado de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que la asunción de los riesgos normales del viaje no resulta ser causal de supresión ni de disminución de la responsabilidad por los principios que surgen de los arts. 1109 y 1111 de la ley sustantiva, como también acerca de que el riesgo que acepta la víctima no alcanza al de perder la integridad física o la vida, a menos que debido a las particulares circunstancias del hecho, esa consecuencia hubiera podido, habitual y razonablemente, sobrevenir, lo cual permitiría una asimilación a la culpa (en tal sentido, ver Fallos 315:1570 y 319:737, entre otros)".*----------

------*"En el contexto así descripto, no podemos obviar una variable que nos ofrece el evento dañoso que dio origen a estos autos: la víctima resulta ser una menor cuyo cuidado fue confiado a una persona mayor de edad, que debía desplegar todos los recursos y deberes de cuidado a su alcance a fin de arribar con su transportada indemne a destino, todo ello más allá del estado del camino, las inclemencias del tiempo y demás factores desfavorables que tuvo la travesía y que invoca la apelante en su memorial, pues todas ellas debieron generar en la conductora del vehículo una mayor prevención y cuidado en el manejo y conducción del vehículo".*----------

------*"Así demarcado el ámbito de responsabilidad extracontractual que cabe aplicar al caso aquí ventilado, es su consecuencia que al transportado gratuita o benévolamente le bastará acreditar: el transporte, el hecho dañoso y la relación causal entre el vehículo y el daño, con total prescindencia de la culpa o negligencia que pudiera o no corresponder al conductor, toda vez que lo único que puede enervar esta responsabilidad es la culpa de la víctima o la de un*

tercero por el cual no se deba responder, circunstancia que no es del caso analizar en este caso, atendiendo la edad de la víctima y que la invocada omisión de los padres de aquélla en orden al deber de vigilancia no pudo acreditarse en autos, pues tal deber tuvo necesariamente un intervalo temporal al ascender la menor al vehículo de la accionada y confiarse en su llegada en óptimas condiciones al destino acordado".----------

------"Reitero: en el supuesto de que durante la realización de un transporte benévolo el pasajero haya sufrido daños a causa de la imprudencia o falta de cuidados extremos del conductor del vehículo, este último no puede pretender morigerar su responsabilidad basándose en la participación culposa del representante legal de la víctima por el hecho de haber aceptado ser transportada. Ello así, por cuanto el pasajero (o sus padres, en nuestro caso) pudo haber aceptado los riesgos propios de todo transporte, pero jamás los riesgos excepcionales de una conducta culpable, negligente o temeraria. En su función, tal y como lo vengo diciendo, la responsabilidad por el transporte que trato no emerge de un contrato, sino que halla fuente en la obligación legal –establecida por los arts. 1109 y 1113 del Código Civi – de asegurar a quien es transportado, de serlo sin riesgo para su persona. Sucede que el solo hecho del transporte hace nacer tal obligación de proveer indemnidad".----------

------"Al tratarse la responsabilidad del transportador benévolo, como ya dije, de un supuesto de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, es objetiva y debe regirse entonces por el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto del Código Civil. En idéntico sentido, se ha expedido un importante sector de nuestra doctrina nacional (v. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Nuevamente sobre los daños causados en el llamado transporte benévolo"; artículo publicado en Revista de Derecho de Daños; Nº 7, "Daños en el transporte", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 67; PIZARRO, Ramón Daniel;

"Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa"; T. III; La Ley; Buenos Aires, 2006; p. 318; MOSSET ITURRASPE, Jorge; "¿El transportado gratuitamente viaja a riesgo y ventura? (La asunción o aceptación del riesgo como una falacia jurídica)"; nota a fallo; LL 1991-E-440; BREBBIA, Roberto; "Transporte benévolo (Teoría del riesgo. Neutralización de riesgos. Relación de causalidad. Concausa. Valor económico de la vida humana)"; nota a fallo publ. en LL 1990-C-523; VIRAMONTE, Carlos I.; "Responsabilidad civil por daños en el transporte terrestre de personas" segunda parte, Lexis Nexis Córdoba 2008, Nº 7 (Julio), p. 736)".----------

------"Enseña JOSSERAND que la responsabilidad por el hecho de las cosas (art. 1384 Código Civil francés, similar a nuestro art. 1113 Cód. Civil) juega también con relación al transportista benévolo, por las siguientes razones: a) Porque si el pasajero no es contratante, necesariamente es un tercero, y tiene, por tanto, derecho a la protección que la ley acuerda a las víctimas de accidentes por el hecho de las cosas, sin que sea dable distinguir entre el viajero que paga, el transportado benévolamente y el transeúnte o verdadero tercero; b) Porque no cabe suponer una aceptación de riesgos de transporte, de parte del ocupante gracioso, lo que es contrario a la realidad de los hechos, ya que más bien es lógico pensar que antes de aceptar eso, el transportado habría preferido abstenerse del viaje o bien pagar el servicio; c) Porque, por interesar al orden público, no es facultativo de los individuos renunciar por adelantado, sea a la indemnización a que daría derecho a un daño sobrevenido a la persona física, sea a los medios legales puestos a su disposición por el legislador en vista de este resultado; d) Porque fundada esta especie particular de responsabilidad en la idea de poder y dirección, el conductor es quien los ejercita, debe responder en sus relaciones con el viajero transportado benévola o complacientemente, en igual forma que con los no ocupantes: los principios deben ser los mismos en ambos casos;

y e) Porque la aplicación pura y simple de la presunción de culpa, no obstante el carácter gratuito del transporte, no repugna a la idea de justicia, desde que siempre podrán los jueces moderar la indemnización, sea mediante prueba de la culpa de la víctima, sea en razón de la naturaleza de las relaciones existentes entre transportador y transportado, al tiempo del accidente (cfr. JOSSERAND, Louis; "Le transport bénevole et les accidents d'automobile"; en Dalloz Hebdomadaire; T. 1926, Sección Croniques, p. 22 y ss.)."(v. voto citado).----------

------En virtud de la hasta aquí manifestado, entiendo que la queja así intentada no podrá tener acogida en esta sede, pues a juicio del suscripto ha consistido en una discrepancia con el razonamiento desarrollado por el sentenciante que no alcanza la entidad necesaria que habilite su viabilidad impugnaticia en esta instancia, pese a los esfuerzos argumentativos de los letrados de la citada en garantía. Sucede, además, que tanto la citada en garantía cuanto los demandados No han logrado acreditar que la eventual colocación del cinturón de seguridad que dicen aconteció hubiese significado la sobrevivencia del menor fallecido. Como ya dije, el agravio no puede prosperar en esta Alzada, y así lo voto.----------

------2.2. La segunda queja de la citada en garantía (v. fs. 426vta./428) sobreviene por el elevado monto condenado en concepto de daño moral, el que resulta ser mayor al pretendido en demanda. En apoyo de su postura impugnaticia realiza su propia consideración acerca del daño moral, indica pautas propuestas por calificada doctrina, agraviándose en definitiva de la determinación unilateral y ausente de elementos de convicción que impetra contra el decisorio del Sr. juez apelado.----------

------En anteriores ocasiones, he sostenido que: *"…Siguiendo las enseñanzas de Bustamante Alsina (op. "Teoría General de la Responsabilidad Civil"; Ed. Abeledo Perrot; 3ra. ed.; Nro. 557 p. 205) podemos definir al daño moral como aquella lesión en los sentimientos*

que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general a toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Se configura cuando se lesionan los sentimientos de la persona y se traducen en padecimientos físicos o –como resulta de autos– *se ha perturbado la tranquilidad de aquélla".*----------

------*"También es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de sentir que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho –como consecuencia de éste– y que le resulta anímicamente perjudicial".*----------

------*"Supone privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor principal en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos."* (v. mis votos en Exptes CANO Nro. 205/06 "*M., J. R. v. P., P. S. s/ Daños y Perjuicios*"; Nro. 05/07 "*F., I. v. S., L.* s/ *Divorcio vincular*"; Nro. 24/07 "*C., L. A. y Ot. v. F., R. A. y Ot. s/ Daños y Perjuicios*" y Nro. 137/07 "*S., E. M. v. M., J. A. s/ Daños y Perjuicios*").----------

------*"También, se ha dicho que: "Al fijar el monto de una indemnización por el daño moral, hay que tener en cuenta el sufrimiento de la víctima y la gravedad del accionar del responsable." (CNFed Civ y Com, Sala II, sent. 30/11/84 ED, 114-402).*----------

------*"También que: "Mal que pese a los juristas, la fijación de la cuantía de la indemnización del daño moral es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria" (ZAVALA de GONZALEZ, Matilde "Daños a las Personas. Integridad Psicofísica"; Ed. Hamurabi, Buenos Aires; 1990; T.2-a; p. 520).*----------
---

------*“Por todo lo hasta aquí expuesto, dicho monto o “quantum” reparatorio, no cumple en el resarcimiento del daño moral una función valorativa exacta, sino de satisfacción frente al sufrimiento provocado por la afectación a la paz y tranquilidad de espíritu antes señalados. En su función, la fijación del monto indemnizatorio en concepto de daño moral se encuentra librada al prudente arbitrio de los jueces, quienes tienen amplias facultades para computar todas las particularidades de cada caso, y –dentro de éstas– no puede dejar de calificarse –entre otras– la gravedad de la culpa con que se ha actuado”.*----------

------*“Comparto y hago mío también lo sostenido por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Villa María en Sent. Nro. 51 del 01/07/2009, dictada en autos "Morgan Nancy Mabel v. Banco de la Provincia de Córdoba s/ Daños y Perjuicios", en el sentido que “El criterio dominante hoy en día atribuye carácter resarcitorio al daño moral desempeñando la función de satisfacer perjuicios no mensurables con exactitud. El agravio moral no tiene solamente una tuición de orden crematístico, sino que también lleva una carga de punición a una conducta."*(v. mi voto en autos *“M., R. V. y otros c/ P., N. E. y otra s/ Daños y Perjuicios*” - Expte. N° 259/11 CANO).----------

------Sin perjuicio de lo dicho, entiendo que tal cuantía de la indemnización del daño moral, actual y jurisprudencialmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria que referí más arriba, encuentra un valladar procesal, cual es el principio de congruencia que puntualmente se prevé en el art. 34 inc. 4to. del rito provincial, ello en orden a realizar el derecho de defensa y el debido proceso, garantías que reconocen jerarquía constitucional y convencional.----------

------Tengo para mí que la congruencia procesal se manifiesta como aquella correlación que debe existir entre las postulaciones de las partes y el pronunciamiento del tribunal o, dicho de otra manera, en la exigencia de identidad entre lo postulado y lo resuelto en la sentencia. Si bien tal principio procesal admite cierto tipo de flexibilización, siendo ésta excepcional, debe ponderarse con criterio estricto, y ello así pues tal congruencia resulta inherente e inescindible de la garantía de la defensa, erigiendo a la primera en principio esencial al debido proceso.----------

------Afirma calificada doctrina que "*Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución "ultra petita" cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.*" (v. De Los SANTOS, Mabel; "*Flexibilización de la congruencia*"; art. publ. en LA LEY 2007-F, 1278), y encuentro que tal situación se planteó en los presentes autos. Así las cosas, debe hacerse lugar al agravio impetrado y revocarse la sentencia apelada en orden a tal cuestión, reduciéndose el monto condenado en concepto de daño moral al efectivamente solicitado en ocasión de articularse la pretensión inaugural (v. fs. 107vta., 4to. párr.). Así lo voto.----------

------2.3. A fs. 430/434vta. luce el memorial de agravios de los codemandados, los que esencialmente se agravian en orden a dos cuestiones: ----------

------En primer término (v. fs. 430/431vta.), se quejan por cuanto el judicante no hizo lugar a la causal de eximente total o parcial en su favor por existir culpa de un tercero por el que ninguno de los quejosos debe responder. Se agravian por las consideraciones desplegadas por el sentenciante; se apoya para ello en la importancia del cinturón de seguridad; en los testimonios que refiere, para concluir que el menor viajaba en el asiento delantero del acompañante y sin aquel cinturón de

seguridad, lo que ocasionó que fuese despedido del vehículo y aplastado por el parante delantero derecho, única causa de la muerte según el médico interviniente.----------

------Habiendo ya expuesto suficientemente sobre la cuestión así propuesta en ocasión de ponderar el primer agravio de la citada en garantía, y a cuyo contenido me remito en homenaje a la brevedad procesal, entiendo que el agravio no puede prosperar, y así lo voto.----------

------2.4. Su segundo agravio (v. fs. 431vta./434vta.) se produce por haber resuelto el Sr. juez apelado que los honorarios correspondientes a la representación letrada de los codemandados debe ser soportada exclusivamente por aquéllos, excluyendo la cobertura de tales costas por parte de la citada en garantía. Para fundar su queja, refiere las leyes Nros. 17.418, 24.240 y su modificatoria Nro. 26.361; un voto en sentencia de este Cuerpo y el derecho de los apelantes a elegir y defenderse con los abogados de su confianza.----------

------A fin de atender la queja así propuesta, debo necesariamente advertir que a fs. 157/170 luce la póliza de seguro Nro. 31/138288 que otorgaba cobertura a los apelantes, y particularmente su cuarta cláusula del capítulo Condiciones Generales dispone: "*…el Asegurado y/o conductor pueden, a su cargo, participar también de la defensa con el o los profesionales que designen al efecto*." (v. fs. 161). Lo expuesto, permite concluir que la solución propuesta por el judicante apelado aparece ajustada a derecho y a lo convenido en aquélla póliza, resultando lo expuesto por los quejosos una mirada diferente a la del juzgador y, en este caso, del suscripto, por lo que el agravio no puede prosperar. Así lo voto.----------

------2.5. Que en ocasión de deducir sus quejas contra la sentencia definitiva (v. fs. 420 y vta.), el actor apelante refiere como único agravio el monto concedido por el Sr. juez apelado en concepto de "*pérdida de chance*", estimándolo bajo y apontoca su queja pues el sentenciante omite considerar en su análisis la referencia a fórmulas que permitan objetivar el daño irrogado, recurriendo a su prudente arbitrio para

determinar el monto a condenar por aquel concepto, estimando arbitrario y carente de fundamentos sustanciales aquel monto, invocando en apoyo de su postura reconocida doctrina y prestigiosos precedentes jurisprudenciales.----------

------A la cuestión así propuesta, tuve ocasión de referirme en mi reciente voto volcado en SD Nro. 14/2014 de fecha 21.04.2014 recaída en Nro. Expte. Nro. 188/2013 CANO. En dicha ocasión sostuve que: "*Si bien la jurisprudencia ha señalado en reiteradas oportunidades que deben ponderarse diversos factores –todos los cuales quedarán librados al prudente arbitrio judicial–, entre los que pueden citarse, respecto de la víctima su sexo, edad y tiempo probable de vida útil, su educación, profesión y oficio, caudal de sus ingresos a la época de su fallecimiento, sus probabilidades de progreso y ahorro, aptitudes para el trabajo, nivel de vida y condición social; mientras que, desde el punto de vista de quien reclama la indemnización habrá de meritarse el grado de parentesco, la ayuda que recibía de aquélla, el número de miembros de la familia, etc. También, se ha destacado que no cabe aplicar en la especie fórmulas matemáticas, pues más allá del derecho a ser resarcido en plenitud que emana del principio "alterum non laedere", de raigambre constitucional, la norma deja librada la determinación del monto a la prudencia de los jueces (ver art. 1084 del C. Civil), entiendo sin embargo oportuno, prudente y útil indicar que en el supuesto de autos estimo prudente ponderar que de lo pretendido en demanda (…)* ----------

------"*Así las cosas y ponderando que al momento del trágico evento los actores contaban con 56 y 52 años de edad, respectivamente, la pérdida de chance a indemnizar, a mi juicio, correspondería calcularla: 18 años para el padre ($ 960.- X 18 años= 17.280.-) y para la madre 22 años ($ 960.- X 22 años= $ 21.120.-), ascendiendo en su consecuencia el monto total del rubro en la suma de $ 38.400.-, prosperando en condena en un porcentaje del 80%, conforme lo indicado al pto. 6.- de este voto.*----------

------Así, me permito concluir que en ocasiones no existe herramienta mejor que aquellas fórmulas para ponderar –aunque sujeta al prudente arbitrio judicial– el daño irrogado en casos como el que analizo. En efecto, frente a la existencia de hechos concretos y reconocidos (fallecimiento de un menor, su edad y circunstancias en que el deceso se produjo), entiendo corresponde recurrir a aquéllas fórmulas como último recurso previo a la determinación librada al prudente arbitrio judicial. Así, y siendo que por imperio de la Resolución 4/2013 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, éste último asciende a la suma de $3.600; que conforme lo estimé en el voto parcialmente transcripto, el menor fallecido, una vez arribado a la etapa laboral (edad 18 años) el próximo día 16.01.2027 (v. acta de Nacimiento de fs. 58), podría colaborar en su hogar y para ambos progenitores con un 20% de su salario estimado conforme al Salario Mínimo, Vital y Móvil (en el supuesto de autos, sólo acciona uno de ellos: el padre); que a dicha fecha (16.01.2027) su padre ostentaría la edad de 41 años (v. Acta de Nacimiento citada); y siendo que en nuestro país la esperanza de vida ascendía a los 74 años (v. indicadores elaborados conjuntamente con la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud y publicados en página web: **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.**; puedo concluir que para un progenitor el niño podría haber colaborado con la suma de $360 mensuales ($4.320 anuales) por los 33 años en que su padre arribaría a la edad estimada como de esperanza de vida. En su función, y con sustento en tales datos objetivos, $4.320 anuales de aporte del hijo para con su padre durante 33 años, suponen una pérdida de chance que estimo en la suma de **$142.560**.----------

------En atención a lo hasta aquí dicho, el agravio debe prosperar, debiendo elevarse el monto condenado en concepto de pérdida de chance a la suma de **$142.560**, monto éste que resulta congruente con lo resuelto en el decisorio mencionado. Así lo voto.----------

------2.6. Debo ahora atender las quejas del letrado Dr. C. F. P. a fs. 408. El mencionado profesional estima bajos los honorarios regulados en su favor e invoca razones de justicia para solicitar su elevación.----------

------En primer lugar, cabe señalar que el porcentaje regulado se corresponde con los dispuestos en el art. 6 de la Ley del Arancel.--------

------En segundo término, entiendo del caso indicar que el porcentaje mayor otorgado por el legislador al ganador del pleito encuentra pleno justificación. No se trata de exacerbar el éxito sino de recompensar a quien defendió la causa y la llevó adelante hasta lograr el reconocimiento de los derechos sustanciales de su cliente, a la vez que representa un estímulo para el ejercicio de la abogacía.----------

------Por último, estimo que los argumentos esbozados por el letrado apelante no alcanzan para conmover lo resuelto por el sentenciante apelado, en tanto y cuanto aquellos porcentajes regulados aparecen ajustados a derecho. En función de lo manifestado, es que el agravio, a mi juicio, no puede prosperar en esta Alzada, y así lo voto.----------

------En relación a la apelación deducida a fs. 402 por el Dr. R. T. G. L., por derecho propio, respecto de los honorarios profesionales regulados a su favor por entender que los mismos son bajos sin señalar cuáles son las razones por las que así los considera, entiendo que corresponde, atento lo dispuesto por el art. 246 último párrafo del CPCC, analizar la labor desarrollada por el letrado.----------

------Sentado ello, teniendo en cuenta las pautas mensurativas del art. 5 del Arancel, en especial el mérito de la labor, el éxito obtenido y la naturaleza del proceso, como así también las disposiciones de sus arts. 6, 8, 38 y 46, concluyo que los honorarios fijados no son bajos y corresponde sean confirmados y así lo voto.----------

------5. En orden a las costas de esta instancia, estimo corresponde imponerlas en el orden causado, atendiendo los vencimientos parciales y mutuos habidos (art. 72 CPCC), correspondiendo se regulen los

emolumentos de los letrados actuantes en esta Alzada (art. 13 del Arancel). Así lo voto también.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht expuesto con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones de la causa, corresponde analizar los agravios expresados.----------

------1) Responsabilidad exclusiva del demandado:----------

------Al atribuir responsabilidad por la muerte del menor T. P., acaecida el 28 de diciembre de 2010 en un infortunio de tránsito, el Sr. Juez de la anterior instancia, la imputó en forma exclusiva al Sr. F. y rechazó la responsabilidad concurrente de la madre que también era transportada.----------

------Entiende el Sr. Juez de la anterior instancia que se trató de un supuesto de responsabilidad extracontractual regido por el art. 1113 del Código Civil. Sostuvo que el demandado, para exonerarse de responsabilidad, debía probar los siguientes extremos: 1) que el menor iba en el asiento delantero; 2) que se encontraba sobre la falda de su madre; 3) que no tenía cinturón de seguridad; 4) que ello fue la causa de la muerte. Explica que el perito, en su dictamen, hace referencia a las normas reglamentarias pero no dice que las mismas se hubieran transgredido en la causa.----------

------Al expresar agravios el recurrente, citada en garantía, no discute el marco normativo elegido por el a quo y acepta que la responsabilidad se rige por el art. 1113 del Código Civil. Sostiene que quedó probada la inexistencia de silla reglamentaria para menores en el vehículo. Aduce que esto torna antirreglamentario al transporte. Dice que si el experto citó la norma reglamentaria era evidente que las mismas fueron transgredidas en la causa, caso contrario no las hubiera citado. Entiende que, conforme las constancias de autos, quedó acreditado que el menor fue despedido del vehículo y aplastado por este. Conforme al lugar en que quedó el cuerpo, deduce que este viajaba en el asiento delantero y sin cinturón de seguridad.----------

-----Voy a comenzar diciendo que, conforme a mi criterio, la responsabilidad derivada del transporte benévolo es de naturaleza contractual. No me caben dudas de ello. Hay una manifestación de voluntad de quien acepta transportar y una declaración de voluntad de quien es transportado. Ambas voluntades son concurrentes y tienen por objeto el hecho del transporte. Pensar que la gratuidad es óbice para atribuir naturaleza contractual al acuerdo es un grave error pues equivaldría a afirmar que todos los contratos son onerosos, que no existen contratos gratuitos. Nada más alejado de nuestra realidad normativa. Repito, el transporte benévolo es un contrato. Gratuito, sí, pero no por ello menos contrato. Ahora bien, lo dicho es solo un obiter dicta pues el recurrente aceptó que el hecho se encuentra regido por el art. 1113 del Código Civil, tal como dispuso el Sr. Juez de la anterior instancia y no corresponde expedirme sobre lo no impugnado.----------

------Dicho lo precedente encuentro que el recurrente incurre en insuficiencia argumental que obsta a la recepción favorable del recurso.----------

------El Sr. Juez de la anterior instancia consideró relevante probar la falta de colocación de cinturón de seguridad. Esta conclusión no fue impugnada por el recurrente sino que se explaya respecto a la ausencia de silla para transporte de niños.----------

-----Su carga era rebatir, en primer término la necesidad de probar colocación de cinturón de seguridad o, en su defecto, acreditar que el menor o su madre, no lo tenían colocado.----------

------Encuentro que la cuestión relativa a la existencia o no de silla para el transporte de niños fue introducida por la citada en garantía recién en esta instancia. Efectivamente, al contestar la demanda ninguna referencia hay a este respecto. Por un lado afirma que la madre omitió ponerse cinturón de seguridad y por el otro dice que debió ubicar al menor en el asiento trasero. (fs. 173 vta). Nada dice respecto a esta nueva circunstancia que pretende introducir en la Alzada y, darle tratamiento, implicaría lesión al derecho de defensa de la contraparte.-

------Repito el recurrente debió probar que la madre no llevaba el cinturón de seguridad y que el menor circulaba en el asiento delantero. Según el a quo, tal prueba no se produjo y para rebatir esto no basta introducir una cuestión no planteada anteriormente.----------
------La segunda instancia no es un nuevo juicio, sino una revisión de lo actuado en la primera instancia y solo a ello podemos remitirnos.-------
-----Lo hasta aquí expuesto es suficiente para rechazar el agravio bajo análisis, sin embargo considero oportuno manifestar lo siguiente: pretende el recurrente rebatir la apreciación de la prueba que hace el Sr. Juez de la anterior instancia, y lo hace solo mediante deducciones que ni siquiera llegan a indicios. Así dice que la falta de cinturón y el lugar donde circulaba el menor estarían acreditados, según su propia apreciación, con el lugar donde quedó el cuerpo del menor. Dichas apreciaciones exceden el conocimiento común de cualquier Juez quien solo podría afirmar o negar tal mecánica de accidente con la respectiva pericia y no con una simple deducción que, repito, escapa al conocimiento habitual en cualquier magistrado.----------
------Cuando el experto, a fs. 320 se expide sobre a este respecto, solo dice que los elementos de seguridad evitan o disminuyen las lesiones y que las plazas traseras del vehículo son las más seguras. Esto es una obviedad que ni aporta ni quita a la causa. Más aun, bien pude decirse que el experto no contestó la pregunta. Concretamente, decir que los elementos de seguridad disminuyen los riesgos, no equivale a decir que en el caso particular, tales elementos de seguridad no existieron. El recurrente tenía como carga a su propio interés, repreguntar al experto para que se expidiera sobre lo que se le estaba preguntando y no conteste obviedades inocuas.----------
------En su escrito de fs. 430/434 vta. los demandados S. F. y R. C., que concurren con su propio letrado, también expresan agravios. A los dichos de la citada en garantía, que ya analice, solo agregan que, según los testimonios quedaron probados todos los extremos requeridos por

el Sr. juez de la anterior instancia en su sentencia. No es así.----------
---

------Respecto del testigo D. S., es claro que solo repite lo que escuchó. No se trata de un testigo directo sino de lo que vulgarmente se llama "testigo de oídas" y sus declaraciones no pueden formar ninguna convicción. La misma calificación merece el testigo A. V. quien precede su declaración con la frase "…la gente decía…".----------
---

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------2) El cálculo del daño moral:----------

----- Se agravia la citada en garantía respecto al cálculo del daño moral y lo hace en atención a dos consideraciones: la primera de ellas es que el Sr. Juez de la anterior Instancia otorgó un monto mayor al pedido en la demanda; la segunda es que el resarcimiento concedido resulta excesivo.----------

------El Sr. Juez de la anterior instancia advirtió expresamente que estaba concediendo una suma mayor a la pedida en la demanda y justificó su decisión en el hecho de que la demanda dejó librado el cálculo a lo que "en mas o en menos resulte de las pruebas rendidas en autos" y en la facultad conferida por el art. 333 ap. 2 y 3 del CPCC.-----

-----Dijo además, el Sr. Juez de la anterior instancia que, de la pericia psiquiátrica de fs. 327/328 y de los testimonios obrantes a fs. 358 y 360 surge la magnitud del agravio. Por eso es que concluye que: conforme la prueba rendida en autos corresponde otorgar una suma superior a la pedida.----------

------El recurrente no logra rebatir este fundamento. No explica a la Alzada por que hay que estar estrictamente a lo pedido, aun cuando ello hubiera sido seguido por la mencionada frase que ya es de rigor; no opugna la afirmación según la cual el art. 333 del CPCC facultaría al

Juez a obrar como lo hizo etc. Es decir cono cumple con los requisitos para opugnar.----------

------Es por lo expuesto que solo voy a limitar mi voto al segundo de los planteos, es decir aquel según el cual el daño moral calculado resulta excesivo.----------

------Al impugnar el monto de condena, el recurrente lo tacha de arbitrario, excesivo, causante de un enriquecimiento sin causa y expone distintos métodos que, según la doctrina, deberían utilizarse para realizar el cálculo.----------

-----Mas allá de las vehementes quejas, más allá de la exposición de los distintos métodos de cálculo, el recurrente tampoco logra aquí rebatir la sentencia. A modo de ejemplo, si el recurrente considerase adecuado el método expuesto en el segundo párrafo de fs. 427 vta. debía explicar a este tribunal cuales eran las circunstancias particulares; los promedios jurisprudenciales o los hechos que aconsejarían un monto menor. Si hubiera considerado adecuado el método de cálculo expuesto en el tercer párrafo de fs. 427 vta. debió haber explicado a este tribunal cuales eran las circunstancias particulares de la víctima; el cambio que produciría en su vida la suma mencionada, la influencia de la edad, los placeres compensatorios etc. nada de eso hizo.----------

------Tachar como arbitrario y excesivo el monto de condena y exponer métodos de cálculo aconsejados por la doctrina, es insuficiente para rebatir la sentencia y conforman una mera disconformidad o disenso que no alcanza los requisitos para ser considerado verdadera crítica puntual y razonada.----------

------Es por lo expuesto que voy a disentir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento y voy a votar por la confirmación de la sentencia en lo que fuera materia de esta queja. Así lo voto.----------

------3) La pérdida de chance:----------

------Al iniciar demanda, el actor solicita una indemnización de $200.000 en concepto de pérdida de chance. Explica que la naturaleza del rubro no es ni un daño emergente ni un lucro cesante sino la

pérdida de una expectativa de los padres a ser ayudados por sus hijos en la ancianidad. Cita profusa jurisprudencia referida al valor de la vida humana; la indemnización de la chance cuando se trata del fallecimiento de un hijo menor etc. Siguiendo a Zavala de González, entiende que la pérdida de chance debe presumirse y, de repente, a renglón seguido, pretende una indemnización de $200.000 sin explicar ni tan siquiera mínimamente, como llega a dicho monto.----------

-----Al dictar sentencia, el Sr. Juez de la anterior instancia destaca que, al calcular la indemnización por pérdida de chance deben equilibrarse el elemento de certeza y el de incertidumbre propios, ambos, de este rubro, en consecuencia no puede estimarse como si fuera una pérdida concreta. Tiene en cuenta, además, que la reclamo lo formula uno solo de los progenitores cuando la chance es de ambos, en consecuencia el rubro debe reducirse a la mitad. Agrega que cuando se trata de un niño de muy corta edad, la cuantificación solo se puede hacer de manera prudencial.----------

-----A fs. 420/422 el actor, en oportunidad de expresar agravios, se queja de que el a quo no haya utilizado *"una fórmula de matemática financiera, lo que hubiera consagrado una suma mucho mayor a la otorgada"*; sostiene que *"la aplicación de fórmulas es preferible a la expresión retórica"*. Es aquí donde surge una pregunta ineludible ¿Si la aplicación de fórmulas matemáticas es preferible a la expresión retórica, por qué no las utilizó en la demanda?.----------

------El actor pretende una indemnización calculada en forma retórica; el Sr. Juez de la anterior instancia concede un resarcimiento calculado también en forma retórica: ninguna queja puede caber respecto al método de cálculo pues fue precisamente el pedido en la demanda.-----

------Siempre sostuve que la mejor forma de calcular la pérdida de chance es mediante una fórmula matemática y me encuentro en minoría respecto a la opinión de este Tribunal, pero, cualquiera sea mi convicción doctrinal, lo cierto es que cuando la parte considera que la mejor forma para evaluar su pretensión es ajena a la utilización de

fórmulas matemáticas y el Juez calcula la indemnización con igual método, ninguna queja corresponde recibir al respecto.----------

-----No se me oculta que si la actora, en su escrito de demanda, hubiera utilizado una fórmula matemática para calcular la pérdida de chance, ello hubiera garantizado suficientemente el derecho de defensa de la demandada, pues el debate se hubiera centrado solo respecto a la corrección o incorrección de la fórmula empleada. Ello no sucedió.------

------Por otro lado encuentro que la recurrente solicita a esta Alzada la utilización de una fórmula matemática sin explicar cuál sería y afirma, a mi entender dogmáticamente, que el resultado sería mayor al condenado, pero no explica cual sería este último incurriendo en insuficiencia recursiva.----------

------Entiendo que la exigencia de una crítica razonada y concreta impone a quien impugna una indemnización decir cuál hubiera sido la adecuada y no limitarse a decir que debió ser mayor.----------

-----Dicho lo precedente, el agraviado debió rebatir los parámetros tenidos en cuenta por el a quo conforme al método de cálculo propuesto en la demanda y adoptado en la sentencia. Concretamente, debió rebatir los siguientes argumentos: 1) la indemnización de pérdida de chance debe ser inferior a otras respecto a las cuales haya plena certeza del daño (sentencia en crisis fs. 397 vta. parr. 5º); 2) necesidad de dividir la indemnización en dos atento a que solo reclama uno de los progenitores (sentencia en crisis fs. 398 párr. 2º) y 3) necesidad de extremar prudencia por tratarse de un niño de muy corta edad (sentencia en crisis fs. 398 párr. 2º).----------

------No encuentro que tales parámetros hayan sido rebatidos acabadamente en la expresión de agravios.----------

-----Por lo expuesto entiendo que la queja debe ser rechazada. Así lo voto.----------

-----4) Imposición a los actores de los honorarios de su representación:----------

------El Sr. Juez de la anterior instancia impone a los demandados las costas de su propia representación, en atención al texto de la cláusula 4ª del contrato de seguros----------

------Se quejan de ello los demandados.----------

------Sostienen que la cláusula 4º del contrato de seguros, en cuanto dispone que la dirección del proceso estará "en cabeza" de la aseguradora; que el asegurado tiene la carga de avisar inmediatamente a la aseguradora la iniciación de una demanda y la exoneración de la Aseguradora a pagar los honorarios generados por el asegurado en caso de incumplimiento; son contrarias a la Ley de Defensa del Consumidor y no le pueden ser impuestas.----------

------He dicho que *"Es fundamental determinar si las partes están ligadas por una relación de consumo regida por el estatuto del consumidor (Ley 24.240, art. 42 C.N. etc.) pues de ello dependerá la solución al caso … No se me oculta que cierta doctrina pretende retacear la tutela consumerista al asegurado (S. R. .S. y S. G. .A. "Derechos y Defensa del Consumidor" La Rocca. Bs. As. 1994, La Roca, Buenos Aires 1994, pág. 393 y ss) mientras que otros se manifiestan partidarios de la exclusión absoluta (LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo y HALPERÍN, David Andrés "El Contrato de Seguro y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240". LL 2003- E, pág. 1320). El principal fundamento intentado por estas doctrinas es que la relación de seguros se estructura sobre ecuaciones técnicas, patrones matemáticos, estadísticos y económicos que se verían radicalmente alterados, imposibilitando la existencia misma del contrato de seguros. No pasa -a mi entender- de ser un argumento de conveniencia que se estrella contra la letra de la ley la cual no restringe tutela para los consumidores de seguros mientras que sí lo hace en otros supuestos (v.g. consumidores de servicios aeronáuticos art. 63º ley 24.240); paralelamente -el legislador- impone una hermenéutica pro consumidor y va de suyo que a este le conviene la inclusión del mayor número de relaciones jurídicas. No explican los*

citados autores porqué las compañías de seguros se ven imposibilitadas de cumplir con la Ley de Defensa del Consumidor y fundamentalmente olvidan que la Constitución Nacional sólo garantiza el ejercicio de la industria y el comercio cuando son lícitos. Concluyo entonces que la tesis no resiste análisis, luego el estatuto del consumidor rige también al contrato de seguros siempre que no se integre a servicios de producción, distribución o prestación a terceros tal como lo sostienen numerosos fallos (Mi voto en C.A.N.O. s/d 044/2007).----------

------Dicho lo precedente, corresponde analizar la cuestión a la luz del art. 38 de la Ley 24.240 pues el asegurado, demandado, sostiene que la cláusula 4ª del contrato de seguro es nula por implicar una renuncia de los derechos del consumidor.----------

------El art. 38 LDC, textualmente dice: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: … b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte…".----------

-

------Se trata de una disposición controvertida cuya hermenéutica no es fácil y genera varias dudas. ¿A qué derechos se refiere?; ¿Solo a los derechos reconocidos en la Ley de Defensa del Consumidor o a todos los derechos que pudiera tener el consumidor?. ----------

------Si se adoptara el primer criterio, es decir, si solo se consideraran irrenunciables los derechos reconocidos por la Ley de Defensa del Consumidor, se restringiría excesivamente los alcances de la norma pues sería lícito imponer al consumidor la renuncia de derechos subjetivos derivados del Código Civil y leyes especiales. Esto resulta inaceptable. El artículo 3º LDC consagra el principio según el cual "Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad

Comercial …”----------
-
------Por otro lado, si se considerara irrenunciable cualquier derecho que pudiera tener el consumidor sería imposible cualquier forma de contratación pues todo contrato, al hacer nacer derechos y obligaciones, implica siempre la renuncia o restricción de algunos de los derechos de las partes.----------
-----La “Clave de Bóveda” para resolver la cuestión viene dada por el Decreto Reglamentario nº 1798/94 en cuanto dice “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre derechos y obligaciones de ambas partes”.----------
------Concretamente, lo que debo analizar es si la cláusula 4ª del contrato de seguro es equitativa o no, dentro del contrato marco por el cual la Aseguradora se compromete a mantener la indemnidad patrimonial del asegurado y este a pagar un precio en dinero por tal indemnidad.----------
------La Compañía de seguro predispuso una cláusula según la cual, iniciada una demanda contra el asegurado en razón de la responsabilidad civil cubierta, este debe comunicar inmediatamente a la Aseguradora para que asuma su defensa judicial con sus propios abogados a su propio costo. El asegurado es libre de continuar, además con sus propios letrados pero, en tal caso, la aseguradora quedará exonerada respecto a los honorarios de estos últimos.----------
-------Realmente nada de inequitativo encuentro en la disposición. -----
-------La Compañía Aseguradora será, en definitiva, quien deba asumir las consecuencias del juicio y su costo, pues eso y no otra cosa significa aceptar la citación en garantía. Es natural, entonces, que pretenda llevar la causa con letrados de su confianza. El patrimonio del asegurado consumidor, por su parte, queda indemne cualquiera sea el resultado del proceso, poco interés real podría tener en presentarse con sus propios abogados.----------

------Aun es necesario advertir dos cosas más. Si se dejara al asegurado elegir letrados la estrategia judicial quedaría en manos de quien no tiene verdadero interés patrimonial en el resultado pues, cualquiera sea este, será la Aseguradora quien asuma los costos. De todas formas, el asegurado no queda privado de su derecho a seguir la tramitación del juicio con sus propios profesionales pero es razonable que, en este último caso, asuma el costo de una conducta que aparece surpaerogatoria.----------

------Concluyo en que la mencionada cláusula CUARTA del contrato de seguros no afecta inequitativamente al consumidor en el cotejo entre derechos y obligaciones de ambas partes.----------

------Conforme a lo expuesto, voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------5) Los honorarios del Dr. C. P.:----------

------Tal como dice le Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, el Dr. C. P. se agravia por considerar bajos los honorarios regulados en la anterior instancia.----------

------Observo que el porcentaje dispuesto en el punto III de la sentencia en crisis, se adecua a los límites impuestos en la ley arancelaria. El letrado apelante reconoce esta circunstancia al momento de fundar su voto pero se queja de que los honorarios correspondientes a los otros profesionales sean superiores a los suyos.----------

------En primer lugar voy a decir que la diferencia con los honorarios del letrado de la actora obedece a la incontrastable razón de que este ganó el pleito y, por lo mismo, es la propia ley arancelaria quien impone un mayor emolumento.----------

------Respecto a los honorarios del letrado de la citada en garantía, analizando el expediente, encuentro que su labro ha sido sensiblemente más intensa e incluso de mayor calidad.----------

-----Respecto al rubro pérdida de chance, tanto el letrado recurrente como el de la citada en garantía rechazan el rubro atento a la edad del

menor y lo remoto de la chance reclamada pero el segundo de los mencionados, cita profusa doctrina y jurisprudencia que avalan su postura. No puede decirse lo mismo de la defensa ejercida por el Dr. P. quien solo cita doctrina para afirmar que el valor de la vida humana debe ser realista y actual, lo cual es una obviedad que no necesita mayor confirmación pero que poco aporta a la cuestión en litigio. Cuando el letrado recurrente refuta la indemnización de daño moral lo hace solo atento a que el reclamante es uno de los progenitores y no los dos. Esta cuestión es inconducente pues la valuación del agravio espiritual no depende de la cantidad de víctimas, sino de la intensidad de la lesión. El letrado de la citada en garantía, por su parte, a través de un escrito con profusa cita doctrinal y jurisprudencial, ataca la valuación del daño en atención a su intensidad siendo su defensa más conducente que la de quien ahora apela.----------

------También fue de mayor calidad la labor profesional del letrado de la citada en garantía durante la etapa procesal. Es el Dr. S. quien presente el pliego de absolución de posiciones (fs. 280) y quien lo elaboró (fs. 289). En la audiencia testimonial de fs. 301, si bien estaban presente los dos profesionales es solo el Dr. S. quien repregunta. También es el Dr. S. quien pide explicaciones e impugna la precia médico psiquiátrica (fs. 332). A las audiencias testimoniales de fs. 358 y 360, solo asiste el Dr. S. y no el Dr. P.. Por último, es el Dr. S. el único que presenta alegatos.----------

------Entiendo que la diferente regulación de honorarios para el Dr. S. que para el Dr. P. se encuentra más que justificada.------

------Además de lo dicho, analizando las pautas mensurativas de la ley arancelaria, especialmente la que surge de los artículos 6, 8, 38 y 46, los honorarios del Dr. P. resultan adecuados a su labor.----------

------Por lo expuesto es que voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el recurso bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

-------6) Los honorarios del Dr. R. T. G. L.:----------

------El Dr. G. L., por derecho propio, entiende que los emolumentos que le fueran regulados en la anterior instancia son bajos.----------

---

------Teniendo en cuenta la labor desarrollada, el éxito obtenido y la naturaleza del proceso al igual que las disposiciones de los arts. 6, 8, 38 y 46 del Arancel, entiendo que los honorarios fijados no resultan bajos, por lo que deben ser confirmados.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y, existiendo vencimientos parciales y mutuos de ambas partes recurrentes las mismas han de imponerse en el orden causado. Así lo voto.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, la Dra. MELIDONI dijo:----------

------Venido el fallo apelado a revisión, mereció, el primer lugar, el voto del Dr. Jorge FRUCHTENICHT.----------

------Sostuvo el Juez preopinante, atendiendo lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, proponer al Acuerdo: I.- CONFIRMAR la sentencia apelada, *modificándola en cuanto al monto condenado en concepto de frustración o pérdida de chance*, el que se fija en la suma de $142.560, ello en base a los datos objetivos consignados –aporte del hijo para con su padre durante 33 años y una cantidad establecida en $4.320 anuales–, los que suponen una pérdida de chance que estimó en la suma apuntada; y en orden al *monto condenado en concepto de daño moral,* el que se determina en la suma de $200.000.----------

------En segundo término, el Dr. Gunter FLASS, propone al pleno, confirmar la sentencia de grado en cuanto fuera materia de agravios.---

------En consecuencia, corresponde analizar las disidencias manifestadas en orden a estas dos cuestiones básicas integrativas del reclamo formulado en autos: a) Frustración o Pérdida de la Chance y, b) Daño Moral.----------

------En carácter preliminar al tratamiento de las mismas, diré que he de enmarcar conceptualmente la noción de **transporte benévolo** –conforme el tratamiento otorgado por el Juez de grado–. A tal efecto, subrayo que existe transporte benévolo cuando el conductor, dueño o guardián de un vehículo consiente en llevar a otro por mera cortesía, con la intención de hacerle un favor, sin contraprestación alguna.-------

------Sentado ello, y en lo relativo al encuadre legal de la responsabilidad derivada de la figura en análisis, comparto el criterio sustentado por el Dr. FRUCHTENICHT, toda vez que cuando la relación jurídica entre quien conduce un vehículo y quien es transportado en él encuadra en un típico transporte benévolo, la responsabilidad queda determinada en el marco extracontractual, como responsabilidad por el hecho propio en los términos del art. 1109 del Cód. Civ. en relación al conductor y como consecuente responsabilidad indirecta, de acuerdo al art. 1113 del plexo normativo mencionado, del propietario del vehículo.- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 08/05/2006, Medina, Miguel A. c. Cattáneo, Bautista R., RCyS 2006-X, 115.----------

-

------En relación a ello, la Jurisprudencia ha sostenido que: ***"El transporte benévolo surge de la invitación del transportista o de la aquiescencia ante un pedido del transportado y siendo un acto gratuito, es ajeno a la actividad mercantil. Por ello, la naturaleza o fundamento de la responsabilidad tiene un origen extracontractual, generándose derecho o acción resarcitoria toda vez que concurran dos extremos: 1) Que el daño reconozca su causa en el hecho del transporte, y 2) Que el porteador haya sido culpable del hecho".-*** *Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Minas de la Nominación de Catamarca, 19/09/1997, S. A. y otro c. M., C. A. y otra, LLNOA 1998, 1191.*----------

------Fijado el criterio expuesto y considerando que el resumen de los agravios correctamente efectuado por los Vocales preopinantes, me releva de efectuar una nueva atención de los mismos; corresponde, desarrollar su consideración y análisis, a fin de dar fundamento a mi voto.----------

------Primera cuestión: Frustración o Pérdida de una chance.-

------Se habla de posibilidad o "chance" cuando existe la oportunidad u ocasión propicia, con visos de razonabilidad o fundabilidad de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado, nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho del accidente ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. *Así pues, en la "chance" concurre siempre una cuota de incertidumbre, de conjetura. En casi todo perjuicio resarcible media un factor de alea o inseguridad, pero es menester al menos una certeza relativa. En cambio en el caso de la "chance" sólo es cierta la probabilidad como tal y no lo es el objeto al que la oportunidad tendía –arts. 1086, 1083 Cód. Civ.- Cám. Civil 1°. Sala 3. La Plata. 215185 RSD-177-93 S 2-9-1993. "Simeoni, Gabriela Noemí c/ Forcimito, José Juan s/ Daños y Perjuicios".*----------

------Tiene dicho la Doctrina, que los requisitos del daño resarcible son: a) que el daño sea cierto; b) que se trate de un daño subsistente; c) que se trate de un daño personal del damnificado; d) que afecte un interés del damnificado; e) que exista una relación causal adecuada entre el hecho dañoso y el daño causado.----------

------El primero de los requisitos es esencial, que el daño sea cierto significa que no sea meramente hipotético o conjetural, sino real y efectivo; en otras palabras, la certidumbre del daño constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta también al futuro, una consecuencia necesaria.- *MAYO, Jorge. Pérdida de la "chance" como*

Daño Resarcible, en "Revista Jurídica Argentina La Ley. Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. Parte General". Ed. La ley. Bs. As. 2007. T° II. P. 1413.----------

------Y en esa línea de ideas, concluye con acierto el autor mencionado en último término, que lo cierto del daño atañe tanto al interés a que afecta como el hecho que lo produce, y que por ello motiva el nacimiento de la responsabilidad; es decir, cierta expectativa de ganancia o de sufrir una pérdida, como que en el futuro se desarrollarán los efectos perniciosos del evento dañoso.----------

------En esta línea argumental, se ha expedido el más alto Tribunal bonaerense, ***al considerar que la muerte del hijo que aún no está en condiciones de ayudar económicamente a sus padres, importa un obstáculo para que ciertos valores –sostén futuro– se incorporen al patrimonio de éstos, daño que tiene los caracteres necesarios para que sea indemnizable, no estrictamente como lucro cesante, sino como pérdida de una "chance" u oportunidad de que tal ayuda se concretase. La probabilidad del padre de necesitar ayuda, si es de humilde condición, y la posibilidad del hijo de prestarla, podrá ser mayor o menor, podrá ser completamente insignificante, y aun desaparecer, pero en tanto exista, la pérdida de esa "chance" es un daño cierto en la misma medida que su grado de probabilidad".- SCBA, Ac 51706 S 27-9-1994 "Santillán, Carlos y otra c/ Larroca, Nelson J. y otro s/ Daños y Perjuicios" AyS 1994 III, 776. SCBA, Ac 52947 S 7-3-1995. "Scasserra, Juan Carlos c/ Asociación del Fútbol Argentino s/ Daños y Perjuicios". AyS 1995 I, 208.***----------

------Ahora bien, cabe analizar las pautas para la cuantificación de la indemnización por frustración de chance que padecen los progenitores al fallecer sus hijos. La Corte Suprema de Justicia nacional recogió el criterio de que, aun cuando por su naturaleza la chance no es sino una

posibilidad, la negación de una indemnización de esa especie con el argumento de que resulta imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio alguno ***"importaría exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata" CSJN, 17-3-98, "Peón, Juan Domingo y otra c/ Centro Médico del Sud S.A."***----------

------Asimismo, a tenor de los artículos 1079 y 266 del Código Civil, preceptos que ordenan la obligación alimentaria de los hijos hacia los progenitores, la carga de probar los daños se ve en estos supuestos realmente dispensada, por cuanto la existencia de un perjuicio cierto, no conjetural ni hipotético, se configura por la propia extinción de la posibilidad de recibir ayuda económica.----------

------En esa inteligencia y en la búsqueda de justipreciar con propiedad el valor de la indemnización en examen, la práctica tribunalicia ha dejado sentado algunos aspectos fundamentales. En principio, se ha resaltado la mayor importancia que reviste el fallecimiento de un hijo en los hogares más modestos.- SCJBA, 29-9-87, "Kessler, Juan c/ Gachiteguy, Juan C. y otra", A. y S. 77-IV-1987; CNCiv. , sala M, 27-2-91, "Gomez, Máximo R. y otros c/ Clérici, Aníbal y otro", L.L. 1991 – D-35 y D. J. 1991-2-526; ambos citados por HERSALIS, Marcelo; MAGRI, Eduardo O. y TALCO, Gabriel A., La pérdida de la "chance" y sus notas tipificantes, en L.L. 2005-C-97, Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales, t II, p. 1427.----------

------Deben tenerse en cuenta, también, los gastos propios que cada hijo debía sufragar, lo mismo que la reducción de aportes dinerarios a los ascendientes que pudiera importar el hecho de que el menor contraiga matrimonio y constituya su propio núcleo familiar –lo cual, como se consideró– "sucede de ordinario entre los 25 y 30 años de edad, según el curso natural de las cosas" (CCCom. De Azul, sala II, 28-3-2000, "O. C. S. c/Zubiaurre SA y otros", L.L.B.A. 2000-1047).---------

------Igualmente, se juzgó que, ***"aun con mayor prescindencia de que el hijo fallecido contrajera o no matrimonio en el***

futuro, de ordinario los hijos devuelven los esfuerzos y los cariños que los progenitores les brindan en la minoridad con una positiva ayuda y sostén a la hora de la vejez de aquéllos. Es que los hijos no son eventuales sino concretos apoyos, tanto en el orden económico como personal de asistencia, de cuidado y de consejo en el futuro de los padres, con tanta o mayor razón si se trata de gente de humilde condición social".- CNCiv., Sala C, 21-12-90, Base Isis, causa C077666, sum. 0008456.----------

------Como corolario del presente tema, no pueden dejar de recordarse las pautas que sintetizara el Dr. Mosset Iturraspe, entre las que puede destacarse las siguientes: ingresos económicos que se percibían, edad al tiempo del deceso, estado de salud, erogaciones que para su persona efectuaba, posible evolución de sus actividades rentables, condición social, número de integrantes del grupo familiar. Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, T II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, Ps. 423 y 424.----------

------Tomando en consideración los parámetros doctrinaria y jurisprudencialmente expuestos, razono prudente y sensato cuantificar la dimensión de la indemnización por pérdida de la chance, conforme al método de cálculo o fórmula matemática utilizada en el voto desarrollado por el Dr. Fruchtenicht, elevando, en consecuencia, el monto a la suma de $142.560. En refuerzo del razonamiento apuntado, entiendo que la determinación previa de una ayuda o contribución lógica apegada a las posibilidades del medio y de las personas, mediante la fijación de un capital, hará posible subvenir a las propias necesidades del reclamante. Ergo, Así lo voto.----------

------Segunda cuestión: Cuantificación del Daño Moral.---------

------Sin dudas, parece obvio insistir en que lo no patrimonial no tiene traducción dineraria. Y que toda fijación de un monto resarcitorio por daño moral tiene algo de caprichoso y arbitrario. La víctima debe arrimar elementos que convenzan al juez de la existencia del daño

moral, de la alteración disvaliosa del espíritu; del dolor, sinsabores o sufrimientos; amarguras o desazones. Sin dejar de lado que tales alteraciones, en ciertos casos –muerte de un ser querido, un pariente próximo–, pueden presumirse, admitiendo prueba en contrario.--------

------Tiene dicho la Doctrina: ***que la cuantía no debe ser mínima o simbólica, verdadera burla para el litigante victorioso; que tampoco debe "cambiar su estado de fortuna", enriquecerlo, a costa del victimario, con una suma exagerada; que debe atenderse a la economía del país y de la región, a los precios relativos , a los ingresos medios; que dentro de la inconmensurabilidad del daño moral debe buscarse un "piso prudente" y un "techo flexible", caso por caso…" JORGE MOSSET ITURRASPE – MIGUEL A. PIEDECASAS. Código Civil Comentado art. 1078, pg. 114***.-----

------Ahora bien, cabe destacar que hay acuerdo en considerar que el daño moral es de difícil cuantificación, dado que las perturbaciones anímicas quedan en el fuero íntimo del damnificado; sin embargo, la magnitud del hecho y la índole de las lesiones constituyen elementos objetivos que permiten determinar una cantidad indemnizatoria, pero igualmente enfrenta al juzgador con la disyuntiva de evaluar cuánto sufrió la víctima; por ello se sostiene que la cuantificación del daño queda sometida más que en cualquier otro supuesto al prudente arbitrio judicial, y para ello se debe adoptar un criterio flexible, y algunos tribunales en casos especiales han considerado que otras circunstancias pueden ser tenidas en cuenta, como la gravedad de la falta, la personalidad de las partes, el grado de sensibilidad, la posible influencia del tiempo.- C 1° CC de Mar del Plata, sala II, 10-8-2000, LLBA 2001-759; CNCiv., sala C, 28-8-90, L.L 1991-B-49; sala M, 3-5-93, LL. 1994-A-547.----------

------***Al pretender establecer el monto del resarcimiento del daño moral padecido por los actores a causa de la muerte de su hijo –en el caso menor de edad fallecido en ocasión de un***

accidente de tránsito–, no se procura sustituir el dolor del alma por su precio en dinero, sino de dotar a las víctimas de capacidad económica que les permita acceder a algún tipo de distracción o alivio a través del disfrute que les pueda provocar la superación de su nivel de vida en alguna medida (del voto del Dr. Lucero).- Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, Sala B, 10/03/2006, Via Garcia, Omar y otra c/ Taboada, Horacio y/u Otros, LLPatagonia 2007 (febrero), 830.----------

------En este punto, y conforme a la prueba rendida en autos y valorada por el Sr. Juez de la instancia anterior, tomando puntualmente en consideración los parámetros apuntados en los considerandos anteriores, encuentro ajustado a derecho y debidamente fundado el fallo que condena a la indemnización por Daño Moral en la suma de $300.000. Ello, sin perjuicio de razonar que en este rubro indemnizatorio el juez ha debido sortear la dificultad de imaginar o predecir (no obstante lo determinado en la pericia psiquiátrica y los testimonios arrimados a la causa) el dolor que produjo el hecho dañoso en la esfera íntima del reclamante, para luego establecer la indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido.----------

------En base a lo expuesto, razono que el agravio no puede prosperar. Así lo voto.----------

------Entiendo que las costas de esta Instancia, atento a como propongo la solución del caso, deben ser impuestas en el orden causado (art. 72 CPCC), debiendo regular los honorarios de los profesionales actuantes en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-

------Atendiendo lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada, **modificándola** en cuanto al monto condenado en concepto de frustración o pérdida de *chance*, el que se fija en la suma de

$142.560 y en orden al monto condenado en concepto de daño moral, el que se determina en la suma de **$200.000**; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado (art. 72 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. R. T. G. L. en el 6%; los del Dr. H. A. S. en el 4% y los del Dr. C. F. P. en el 2,75%, en todos casos del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna y con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdts. de la Ley del Arancel).----------

------**A LA MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

------Conforme lo expuesto al analizar la primer cuestión voto por **1) CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto fuera materia de agravios. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia en el orden causado (art. 72 CPCC) **3) REGULAR** los honorarios profesionales de los Dres. R. T. G. L. en un 5%, H. A. S. en un 3,25% y C. F. P. en un 2,75%, en todos los casos a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna y con más el IVA pertinente, por la tarea realizada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, la Dra. MELIDONI dijo:----------

------Con fundamento en lo expresado al votar la primera cuestión, propongo al Pleno: 1.- **CONFIRMAR** la sentencia apelada, **modificándola** en relación al valor condenado en concepto de frustración o pérdida de la chance, monto que se establece en la suma de $ 142.560; 2.-**IMPONER** las costas de la presente instancia en el orden causado (art. 72 CPCC); 3.- **REGULAR** los honorarios de los profesionales actuantes, Dres. R. T. G. L., en un 6%; los del Dr. H. A. S. en el 4% y los del Dr. C. F. P. en un 2,75 %, en todos los casos a calcular en base al monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna y con más el IVA pertinente, por la tarea desarrollada en esta Alzada (arts. 5, 8, 13 y 18 y ccdts. de la Ley Arancelaria).----------

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

----------S E N T E N C I A----------

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***--

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia registrada bajo el n° 9/2014, de fecha 05/03/2014 y que obra de fs. 393/400, **modificándola** en cuanto al monto condenado en concepto de frustración o pérdida de *chance*, el que se fija, en definitiva, en la suma de **$142.560**.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta instancia en el orden causado (art. 72 CPCC).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. R. T. G. L. en el 6%; los del Dr. H. A. S. en el 4% y los del Dr. C. F. P. en el 2,75%, en todos casos del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna y con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdts. de la Ley del Arancel).----------

------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT
(en disidencia parcial)

GÜNTHER ENRIQUE FLASS
(en disidencia parcial)

CLAUDIA LÍA MELIDONI
(en disidencia parcial)

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2014. CONSTE.