000202/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B., L. O. c/ M., J. C. s/ indem. accidente de trabajo”** (Expte. 202 - Año 2009 CANE) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso de nulidad articulado a fs. 251 y fundando a fs. 268/269?, SEGUNDA: Caso negativo de lo anterior, ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 292.----------

----**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----I.- La sentencia de primera instancia, si bien desestimó la pretensión resarcitoria incoada con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual, condenó al demandado a pagar al actor un diferencia en el monto de la indemnización liquidada según el régimen de la ley 24.557 de riesgos del trabajo, derivada de un porcentual de incapacidad sobreviniente determinado por el perito médico judicial mayor que el establecido en su día por la Comisión Médica n° 19 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.----------

----II.- El demandado planteó la nulidad del fallo por haber vulnerado el sentenciante de origen el principio de congruencia, toda vez que lo reclamado por el actor en su demanda fue el resarcimiento pleno propio de la acción civil y no el incremento de la indemnización fundada en la citada ley.- ----------

----III.- Si bien el quebranto del principio de congruencia constituye causal de nulidad (art. 34 inc. 4º C.P.C.C., aplicable por remisión del art. 76 de la ley 69), en esta materia igualmente inciden los postulados de trascendencia y conservación -generales para toda la materia de las nulidades procesales-, de acuerdo a los cuales para el acogimiento del planteo es menester que la subsanación del defecto no pueda lograrse sino con la declaración de nulidad. De allí que tantas veces este cuerpo, siguiendo las aguar de unánime doctrina y jurisprudencia, haya desestimado recursos de esta índole cuando el vicio es reparable por la vía de la apelación también interpuesta, toda vez que, en ejercicio de la competencia que la concesión de esta última le ha *devuelto*, el tribunal “ad quem” podrá revisar tanto los tópicos que hacen al fondo del litigio, cuanto los de índole formal conectados con aquéllos -tal la decisión sobre cuestiones no propuestas- y, de asistirle razón al impugnante, bastará con rever el pronunciamiento atacado en lo que pecare de “extra petita” para restablecer el equilibrio entre el objeto procesal y la sentencia en que la congruencia consiste. Así, de hallarse en verdad configurada una auténtica demasía decisoria, alcanzará con que la cámara de apelaciones, revocación mediante, deje sin efecto aquel o aquellos puntos del pronunciamiento exorbitantes al “thema decidendum” (doct. de los arts. 172 y 253 cód.

cit. y 65 ley ind.; c. 13.484 S.D.L. 89/98, c. 13.532 S.D.L. 78/98, c. 16.192 S.D.L. 60/00, c. 16.462 S.D.L. 62/00, c. 19.222 S.D.L. 5/04 y sus citas).- ----------

----Por esta razones me expido en esta cuestión primera por la NEGATIVA.- ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó:---------- -------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos traídos a revisión de esta Sala.----

--- Ingresaré en primer término al análisis del planteo de nulidad del fallo de grado que realiza el apelante, al entender que el a quo ha quebrantado el principio de congruencia pues, según dice el recurrente, lo reclamado por el actor en su demanda fue el resarcimiento pleno propio de la acción civil, algo radicalmente distinto de lo que se le concediera.----------

--- El apelante imputa al juzgador de grado haber incurrido en una demasía decisoria, al exceder –en su criterio- el objeto litigioso planteado por las partes. Anticipo que dicha pretensión es procesalmente inacogible y, por ello, debe ser desestimada, conforme los argumentos que brindaré a continuación .----------

--- Inicialmente recordaré que conforme reiterada doctrina de esta Sala, “la declaración de nulidad del fallo sólo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma que lo descalifican como acto jurisdiccional válido. Es decir cuando se ha pronunciado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar o forma prescriptos por la ley adjetiva. Los errores "in iudicando", en cambio, pueden ser reparados por medio de los recursos de apelación, hipótesis en que el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción” (esta Sala, 18/9/08, in re “S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), según mi voto y el del Dr. Ferrari, sentencia publicada en el-Dial y en Actualidad Jurídica; ídem, 14/6/05, "S., E. c/ L. B. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", registrada bajo el Nº 17 DE 2.005 - SDC.-, según el voto del Dr. Manino). Lo alegado por el apelante no encaja en ese molde. ----------

--- Como sostuve en un voto de mi autoría si no se imputan a la sentencia de grado vicios o defectos de forma o construcción que la descalifiquen como acto jurisdiccional, sino que se ataca el fondo de la decisión, sosteniendo que se ha violado el derecho constitucional de defensa y se ha llegado a una conclusión en extremo grave para la afectada sin elementos suficientes para ello, imputándose un verdadero error "in iudicando" que encuentra solución dentro del ámbito del recurso de apelación, en el que el Tribunal de Alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción, deviene improcedente la nulidad pretendida (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala, del 18/9/08, in re “S., L. M. c/ L., E. G: s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), publicada en el-Dial y en Actualidad Jurídica; en igual

sentido, Cám. CC 2ª La Plata, Sala 1ª, 17/3/92, “G., M. A. s/ Fuga de Hogar s/ Guarda”, en Juba sum. B250582).----------

--- El ámbito del recurso de nulidad queda limitado a los defectos de forma del pronunciamiento o en cuanto a las solemnidades prescriptas para dictarlo. El mismo, por tanto se circunscribe a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo o formales que pudieren afectar la sentencia, mas no cabe declarar la nulidad si los agravios en que se funda se hallan dentro del andarivel propio del recurso de apelación (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala, del 18/9/08, in re “S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), publicada en el-Dial y en Actualidad Jurídica; en igual sentido, Cám. CC Quilmes, Sala 1ª, 21/2/06, “Robles Cantero, Melanio Rubén c/ Municipalidad de Florencio Varela”, en Juba sum. B2903267).----------

--- De todo lo expuesto, surge claro que, si la sentencia cuestionada ha vulnerado – como afirma el recurrente- el principio de congruencia y, por ese carril, afectado el derecho de defensa del nulidicente, no es la vía del recurso de nulidad la pertinente para canalizar tal cuestionamiento, sino que en el análisis del acierto o desacierto de la decisión de fondo, al analizar la apelación introducida junto a la nulidad, deberá juzgarse ese tópico.----------

--- Por los fundamentos dados, a la primera cuestión, voto por la NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez contestó: ----------

----I.- La sentencia del anterior grado, tras declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo en tanto veda al trabajador accidentado o enfermo a consecuencia de su labor el ejercicio de la acción civil reparadora del daño, rechazó sin embargo la pretensión indemnizatoria al concluir que no fue acreditada en el proceso la existencia de relación de causalidad entre la lesión incapacitante de aquél y las cosas generadoras del riesgo. No obstante, invocando razones de economía procesal y “practicidad judicial” (sic), el juzgador de la precedente instancia condenó al demandado a pagar la diferencia entre la indemnización calculada según los parámetros de la ley 24.557 ya percibida y la que en verdad le correspondía, liquidada por aplicación de idénticas pautas legales mas ateniéndose al real grado de incapacidad de la víctima, que la pericia médica judicial reveló superior al determinado por la comisión médica administrativa interviniente. La suma fijada llevará anexo los intereses devengados desde el momento en que aquélla fue debida en abril de 2007, decidió asimismo el sentenciante.----------

----II.- Tal decisorio fue apelado por actor y demandado, quienes expresaron sus agravios respectivamente a fs. 253/266 y fs. 268/273, piezas que hallaron recíprocas réplicas a fs. 275/279 y 282/283 vta.- ----------

----Para fundar su recurso el demandante expuso, en apretada síntesis, las siguientes impugnaciones:----------

----A) En autos fue acreditada la causa eficiente del daño, toda vez que existe incorporada la denuncia del accidente laboral formulada por el propio demandado a la aseguradora de riesgos del trabajo, accidente que provocó la lesión. Las labores realizadas por el actor, consistentes en la carga y descarga de bolsas de cemento de cincuenta kilogramos de peso, hacen presumir que fueron ellas las que le produjeron la lesión en el hombro. Tras extenderse largamente, con dilatadas transcripciones de doctrina incluso, acerca del concepto de causalidad -lo que acostumbra a suceder regularmente en el curso ordinario de los sucesos- y la importancia de la relación causal -requisito inexcusable para que la responsabilidad civil surja-, señaló que la existencia de esta última puede presumirse a partir de indicios y según la experiencia de vida demostrativa de que un determinado hecho alcanza una probabilidad calificada, seria, de producir cierto resultado.- ----------

----B) Contra lo sostenido por el “a quo”, probada como se halla el nexo causal, resultan procedentes todos los rubros indemnizatorios reclamados que también fueron acreditados.- ----------

----C) El grado de incapacidad es mayor al concluido por el juzgador del otro grado, pues con apoyo en la pericia médica se ciñó a computar la discapacidad laborativa sin anexarle el daño psicológico, que el dictamen pericial de esa especialidad estimó en un 10 %.- ----------

----D) Los intereses devengados por el monto de la diferencia en menos en la indemnización tarifada deben calcularse desde el día del hecho dañoso (30/11/05) y no desde que tal indemnización se tornó exigible en abril de 2007.----------

----E) La imposición de las costas causídicas al actor afecta el derecho de indemnidad de quien se vio obligado a reclamar judicialmente la reparación de sus daños injustos, resultando a la postre vencido en el proceso el demandado responsable. Además, las costas generadas por la intervención en el pleito de la aseguradora de riesgos del trabajo debe cargarlas también el demandado que pidió su citación.- ----------

----Por su lado, el demandado planteó las quejas que a continuación, e igualmente en compendio, paso a detallar:----------

----1) Era improcedente condenar al demandado al pago de una diferencia entre el importe de la indemnización otrora abonada por la aseguradora de riesgos del trabajo y el resultente de una mayor incapacidad laboral, porque no fue esa la pretensión deducida por el actor, quien entabló su demanda bajo las normas del derecho civil para reclamar el resarcimiento de daños supuestamente sufridos a consecuencia de un accidente laboral pero no cubiertos por la aseguradora mencionada. Esa decisión, en tanto significó otorgar lo no pedido, ha importado la violación del principio de congruencia, con grave mengua del dispositivo y de la defensa en juicio. Ella no encuentra apoyo ni en razones de economía procesal, que se debe salvaguardar dentro del proceso en curso y no para evitar uno nuevo y distinto, ni en la norma del art. 71 de la ley 69 que no rige en el trámite de la acción civil por la que optara el actor.- ----------

----2) Ha sido igualmente improcedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la ley 24.557 formulada. A tenor de doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Nacional, ese precepto resulta en principio constitucionalmente válido y sólo corresponde descalificarlo cuando en su aplicación al caso concreto comporte postergación o frustración de los derechos a la reparación o rehabilitación, de modo que primeramente debió el “a quo” establecer la concurrencia de este último extremo. Si, como en la especie, él no estaba presente -porque ni siquiera fue demostrado el requisito indefectible del vínculo causal entre el daño y el riesgo creado-, no cabía la declaración de inconstitucionalidad.- ----------

----3) El juzgador, violando una vez más el principio de congruencia mas ahora por m”citra petita”, omitió decidir acerca de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora de riesgo de trabajo a la que el demandado se resistiera y cuyo tratamiento fuera diferido para el momento del pronunciamiento definitivo. Destacó el apelante que esa aseguradora citada como tercero obligado reconoció la cobertura aunque limitada a las prestaciones regladas por la ley 24.557, de manera que de mantener la alzada la condena al pago de diferencias en la indemnización tarifada la cuestión de la legitimación deberá ser resuelta.- ----------

----4) Para ejercitar su derecho de defensa ante la eventualidad de que fuere declarada la procedencia de condenar a abonar diferencias en la indemnización tarifada, el recurrente cuestionó el dictamen pericial médico que concluyera un grado de incapacidad mayor al determinado por la junta médica administrativa. Apuntó que de su parte impugnó fundadamente dicho dictamen pericial, desestimando el “a quo” tal ataque sin dar razón alguna, puesto que se limitó a manifestar que no compartía la impugnación sin expresar los motivos de ello.- ----------

----Por razones metodológicas, de buen orden en el tratamiento de los agravios, me expediré en primer término sobre la cuestión relativa a la relación causal entre el daño y el riesgo creado, clave para la procedencia o no del reclamo indemnizatorio formulado por la vía del derecho común (agravio del actor “A”); pasaré luego, si cabe, a los rubros resarcitorios demandados (agravio del actor “B”); de inmediato al ataque traído a propósito de la declaración de inconstitucionalidad (agravio del demandado “2”); más tarde me ocuparé de la viabilidad o no de la condena a pagar una supuesta diferencia en la indemnización tarifada (agravio del demandado “1”); de así corresponder, trataré a continuación los tópicos del grado de incapacidad laboral determinado (agravio del actor “C” y del demandado “4”), del curso de los intereses devengados por la diferencia indemnizatoria de marras (agravio del actor “D”) y de la falta de legitimación pasiva de la aseguradora (agravio del demandado “3”); finalmente abordaré la impugnación a la condena en costas pronunciada (agravio del actor “D”).- ----------

----III.- En el subexamen fue bien acreditada con el dictamen pericial médico de fs. 139/141 la lesión incapacitante, consistente en desgarros del manguito rotador y del tendón supraespinoso del hombro derecho. También el hecho de que la víctima,

mientras el 30/11/05 cargaba al hombro bolsas de cemento, sintió un tirón en ese hombro y fuertes dolores en la jornada siguiente, debe tenerse por cierto no obstante el desconocimiento formulado en su responde por el demandado, toda vez que este mismo lo denunció a la aseguradora de riesgos del trabajo solicitando atención para su trabajador (fs. 5 del expte. adm. n° 9545-2007, obrante entre la documental reservada), conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz seguida en esa relación jurídica triangular que los contratos laborales y de seguro de riesgo de trabajo crean, que veda a la parte volverse luego contra ella. Pero no alcanza con la concurrencia esos extremos para que la responsabilidad civil nazca, puesto que a ese fin resulta insoslayable la existencia de un nexo causal entre ellos.- ----------

----Hace ya muchos años hacía notar Acuña Anzorena que cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad civil -dolo, culpa, riesgo o vicio de la cosa-, es doctrina uniforme que para que ella tenga lugar, esto es para que pueda hacerse gravitar sobre una persona el deber de resarcir el daño sufrido por otra, resulta imprescindible la existencia de un lazo causal que una dicho daño a hechos imputables al tenido por responsable (“La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento...”, en “Estudios sobre la responsabilidad civil”, Ed. Platense 1963, pág. 41). De allí que, en la parte general de los actos ilícitos, el art. 1067 Cód. Civ. aluda a “*daño causado*” y el art. 1068 del mismo cuerpo mencione al daño “que se *causare*”; para el ámbito del dolo, el art. 1074 ídem se refiera al perjuicio “*ocasionado*” y los arts. 1078 y 1079 íd. al “daño *causado*”; en la esfera de la culpa, el art. 1109 cód. cit. miente a “aquel que *ocasiona* un daño a otro”; y en el campo del vicio o riesgo de las cosas el art. 1113 de dicha normatividad apunte a “la obligación del que ha *causado* un daño”, a “los daños *causados* con las cosas” y al daño “*causado* por el riesgo o vicio de la cosa”.- ----------

----Así pues, para el acogimiento de toda pretensión indemnizatoria es ineludible acreditar una vinculación entre la situación dañosa invocada y el sindicado como responsable, convirtiéndose en uno de los cometidos básicos del pretensor el comprobar que el demandado se halla involucrado causalmente con los daños, que el hecho generador de los perjuicios no le es ajeno; en el perímetro de la responsabilidad objetiva, la víctima ha de demostrar que la fuente de los menoscabos está emplazada dentro de una órbita vinculada al responsable, prevista en cada caso por la ley (confr.: González Zavala, “Prueba del nexo causal”, en Revista de Derecho de Daños, n° 2003-2, ed. Rubinzal - Culzoni, agosto de 2003, pág. 92). En suma, es carga específica de quien reclama resarcimiento de perjuicios probar la relación de causalidad, pues la existencia de ella integra el supuesto fáctico de aplicación del precepto sustento jurídico de su demanda (art. 377 C.P.C.C.).- ----------

----Cierto es que en determinados casos ocurrentes corresponde moderar el peso de dicha carga. Es que en ocasiones la obtención de una probanza directa se muestra en la práctica seriamente dificultosa y a raíz de ello se han formulado pautas de

flexibilización del “onus probandi”, tales como *a mayor dificultad, menor exigencia probatoria* o *el límite de toda carga es la posibilidad cumplirla* (confr.: Zavala de González, “La prueba en los procesos de daños y perjuicios”, en la obra colectiva “Procedimiento probatorio”, Panamericana 1998, pág. 333). Ya antaño el maestro Couture indicaba que “para el caso de prueba muy difícil (diffilioris probationis) los jueces deben atemperar el rigorismo del Derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos” (“Fundamentos de derecho procesal civil”, 3era. ed., reimp. Depalma 1997, pág. 247, n° 157) y hogaño, en idéntico orden de ideas, nuestra Corte Suprema Nacional ha declarado que “las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía, por sobre la interpretación de normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (L. L. 2001-C-959).-

----Suele en tales supuestos acudirse a las presunciones, fundadas ellas en los indicios que el proceso ofrezca y en el conocimiento de lo que suele suceder “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901 Cód. Civ.). Cabe recordar que, examinada la cuestión bajo el prisma de la causalidad adecuada (art. 906 cód. cit.), para establecer en el plano jurídico si un suceso es causa de otro, es menester realizar “ex post facto” un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese resultado, según el curso ordinario de las cosas (confr.: Goldenberg, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Astrea 1984, pág. 229). Cobra así importancia la llamada prueba “prima facie” o de primera impresión, esto es que acreditada una cierta situación de hecho es dado considerar que ella ha producido cierto resultado si, según la experiencia, éste responde a un curso causal típico y determinado, concepto que enmarca en el capítulo de la apreciación de la prueba -no en el de la carga de producirla- y que sólo significa una facilitación de ella (confr.: Santos Briz, “La responsabilidad civil”, Montecorvo 1977, pág. 743).----------

----Mas no es ese el caso de autos. Aquí ni ha mediado una dificultad probatoria, pues hubiera alcanzado para demostrar el nexo causal con proponer al perito médico el punto de la determinación su existencia, ni la ausencia de esa probanza es posible suplirla mediante un razonamiento presuncional. Esto último por las dos siguientes razones que, aun operando con independencia entre sí, conducen a idéntica conclusión.----------

----La primera estriba en que para basar la hipotética presunción contamos con un único hecho indiciario: el tirón y dolor sentidos por la víctima tras cargar las bolsas de cemento. Es sabido que al margen los casos en que se está en presencia de un indicio *necesario* -esto es, aquel que supone indispensablemente el hecho indicado por corresponder a una causalidad física ineludible, de donde se sigue que ese único indicio alcanza para formar convencimiento-, cuando, por el contrario, se trata de indicios que

pertenecen a la clase de los denominados *contingentes* -es decir, los que únicamente dan ocasión a un inferencia de probabilidad- la pluralidad de ellos para basar la presunción resulta indispensable, a tenor de la norma del art. 163 inc. 5° párr. 2° C.P.C.C. Es que basándose este tipo de indicios en la manera ordinaria o corriente, pero no constante o ineludible, en que actúan los seres humanos, uno único representa apenas un argumento de probabilidad insuficiente por si solo para descartar el peligro del azar o la casualidad (confr.: Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 5ta. ed., II-616, n° 375 y págs. 651/652, "e"; mis votos en c. 19.745 S.D.L. 49/04, 19.782 S.D.L. 56/04, c. 20.388 S.D.L. 29/05, c. 22.704 S.D.L. 30/08).- ----------

----La segunda razón radica en que no es dable concluir que en el curso ordinario de las cosas la carga de bolsas de 50 kgrs. sobre el hombro lleve regularmente a producir fisuras en el manguito rotador y el tendón supraespinoso. No se registran casos de ello tan numerosos como para erigir esa consecuencia en regla general de la experiencia de la que el juez pueda hacer aplicación como integrante de las denominadas de la sana crítica (art. 386 C.P.C.C., su doc.). El hecho de que el dañado haya realizado la apuntada tarea permitirá en todo caso inducir que su resultante fuera una omalgia posesfuerzo generadora de una incapacidad temporaria, cual primariamente le diagnosticara al actor la Comisión Médica N° 19 (fs. 33 del expte. adm. N° 9545-2007 ya citado), mas no el desgarro de las indicadas piezas anatómicas. No niego que la *posibilidad* existiera, pero la misma no alcanza para concluir la existencia de vínculo causal; para ello sería menester algunos escalones más en la gradación cuantitativa y cualitativa de los valores lógicos para arribar a la *probabilidad*. Siguiendo la terminología de Calamandrei, no bastará lo meramente posible -aquello que *puede* ser verdadero- ni lo limitadamente verosímil -aquello que tiene *apariencia* de verdadero-; es al efecto requerible un plus, que razonablemente pueda entendérselo como verdadero, es decir, que haya argumentos que conduzcan a creer "prima facie" que la apariencia se corresponde con la realidad ("Verdad y verosimilitud en el proceso civil", en "Estudios sobre el proceso civil", trad. Sentís Melendo, EJEA 1962, III-325). ----------

----He tenido ocasión de declarar en algún precedente del cuerpo que no basta para concluir la existencia de causalidad jurídica con la mera posibilidad de que un hecho sea capaz de producir determinado resultado; si bien no es menester alcanzar la certeza absoluta, sí se requiere importante o calificada probabilidad, o sea que rebase la cota de lo puramente conjetural (c. 22.275 S.D.C. 3/08; confr.: Cám. C. y C. Quilmes, sala II, cit. en Revista de Derecho de Daños, n° 2003-2 ya ind., pág. 471). ----------

----Y en igual sentido se han expedido mis colegas de sala en el precedente jurisprudencial y trabajo doctrinario que el propio actor recordara al expresar agravios. En este aspecto, los argumentos expuestos por los Dres. Ferrari y López Mesa y traídos a colación por el recurrente vuélvense por la pasiva en contra de éste, en tanto también aquéllos destacaron lo forzoso de que el juicio de probabilidad sobre la causalidad se basara en una probabilidad seria, que supere el nivel de lo conjetural (c. 19.834 S.D.L.

42/08), apuntando en concreto el Dr. López Mesa en la obra de doctrina mentada por el recurrente que el magistrado no puede hacerlo “a ojo de buen cubero, o según su buen saber y entender”, que en materias complejas “es nulo o, al menos, profano y por tanto jurídicamente irrelevante” (“El mito de la causalidad adecuada”, L.L. 2008-B-869, pto. IV).- ----------

----Tales son las razones por las que coincido con el Señor Magistrado “a quo” en que el nexo causal entre el daño y el riesgo no puede en el caso tenerse por existente.- ------

----IV.- Desde que la existencia de relación de causalidad es requisito inexcusable para que la responsabilidad civil nazca, la falta de demostración de ella sella la adversa suerte del reclamo, tornándose inhacedero en consecuencia analizar las pruebas de relativas a rubros que no resultan indemnizables.- ----------

----V.- Con su ataque dirigido contra la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la ley 24.557 nos plantea el demandado una cuestión de índole metodológica, intrascendente en el caso. Si la demandada fundada en la responsabilidad civil en definitiva no prospera, no tiene caso decidir si el juzgador de la anterior instancia debió resolver en primer término la procedencia de la acción y sólo después acerca de la constitucionalidad de la norma legal que la vedaba o a la inversa. Rechazada la demanda, carece el demandado recurrente de interés en esa decisión que no le provoca agravio y, cual es bien sabido, la existencia de un interés legítimo es indefectible presupuesto subjetivo de la apelación, a la vez que requisito de toda especie de acto procesal; sin él no hay acción, pues el derecho mismo no es, según la feliz expresión de Ihering, sino el interés protegido por la ley y nada lleva a concluir que en la especie de las apelaciones se configure una excepción a tal primordial regla. Conviene en ello la doctrina toda, de antaño y de hogaño (confr.:Ibáñez Frocham, “Tratado de los recursos en el proceso civil”, 4ta. ed., pág. 167; Podetti, “Tratado de los recursos”, EDIAR 1958, pág. 123; Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., IV-191, n°3, “b”; Palacio, “Derecho procesal civil”, Abeledo-Perrot 1970, IV-31 n° 335 y V-47, n° 527 y págs. 85/86 n° 546; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., III-24, n° IV; Hitters, “Técnica de los recursos ordinarios”, L.E.P. 1985, págs. 42/47 nros. 14 y 15, pág. 336 n° 191 y pág. 347 n° 199; De Santo, “Tratado de los recursos”, 2da. ed., I-284 n° 43; Arazi-Rojas, “Código Procesal...”, Rubinzal-Culzoni 2001, I-777, n° 2; este tribunal, c. 21.633 S.D.C. 12/07, c. 22.648 S.D.C. 9/08,c. 22.920 S.D.C. 36/08, entre otras).- -------

----VI.- Diáfano surge del escrito liminar que en la especie el actor promovió “formal demanda de reparación integral de daños y perjuicios” fundando su derecho en el art. 1113 Cód. Civ. (fs. 2, pto. 1 y fs. 11 pto. 12), objetivo que patentizó aún más si cabe al impugnar de inconstitucional la norma del art. 39.1 de la ley 24.557 que le cerraba esa vía para la consecución de una indemnización plena sobre la base de lo dispuesto en la normativa civil común (fs. 2 vta./4, pto. 3). Nada reclamó el demandante acerca de posibles diferencias en la liquidación de la indemnización “a forfai” que con base de la mencionada ley ya había percibido de la aseguradora de riesgos del trabajo.----------

----Así pues, la sentencia que le reconoce el derecho a tal diferencia en la indemnización tarifada ha quebrantado gravemente el principio de congruencia consagrado en los arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 C.P.C.C. y 70 inc. 4 de la ley 69.- ----------

----Es derivación necesaria del sistema dispositivo al que los citados ordenamientos procesales adhieren firmemente “que los *límites de la decisión judicial* queden demarcados por las peticiones y pretensiones deducidas por las partes (*congruencia*)” (Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., I-574, “D”). Justamente el concepto de congruencia ha sido definido con entera precisión por Guasp como la adecuada relación entre dos términos: de un lado, la sentencia y, del otro, la pretensión deducida constitutiva del objeto del proceso -con más la oposición a ella en cuanto delimita o acota la anterior-, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto, esto es, amén de sujetos y “causa petendi”, la materia sobre la que pretensión recae (“Derecho procesal civil”, 3era. ed., I-517).- ----------

----Hace ya más de un siglo Rocco enseñaba que es regla que el juez debe pronunciarse sólo sobre lo que se le pide, de ordinario expresada por medio de la máxima “sententia debet esse conformis libello, ne eat iudex ultra petita partium”, por el cual está prohibido al magistrado fallar sobre cosa no demandada y adjudicar más de lo que fue pedido. “Esta regla -explicaba el profesor itálico- también se deriva del principio de que el ejercicio de la función jurisdiccional se hace depender por la ley de la voluntad del particular, lo cual implica no sólo la obligación del juez de fallar sobre el fondo, cuando se le pide, sino también de no fallar si no se le pide... El principio de la correlación entre acción y sentencia... se resuelve en el fondo, como se ha podido observar, en el principio de la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia”(Rocco, “La Sentencia Civil - Interpretación de las Leyes Procesales”, trad. Gómez Martínez, ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México 2002, págs. 178, n° 43 “c” y n° 44).- ----------

----Es así base legal, doctrinaria y firmemente consolidada en la jurisprudencia de nuestros tribunales la de que los términos en que quedó trabada la litis fijan la competencia del órgano judicial y el apartamiento de las mismas quebranta la garantía constitucional de la defensa en juicio. Sentenciar “extra petita”, decidir sobre lo que no está en juicio, contemplando el fallo algo distinto de lo que fue objeto de la pretensión, menoscaba el derecho de defensa del demandado, quien no pudo oponerse con alegaciones y pruebas a un reclamo no formulado, e importa olvidar que la demanda es condición y límite de la actuación judicial (confr.: por todos, C.S.N., Fallos 284:115).- ----

----No autorizaba al juez a exorbitar el “thema decidendum” el principio de economía procesal que él invocara, pues, cual correctamente señalara el demandado en su expresión de agravios, el tal principio es aplicable dentro de un proceso determinado y no para evitar la promoción de otro. Nótese en efecto que el precepto que lo consagra hace referencia a la vigilancia de la economía procesal “en la tramitación de la causa” -en singular- (art. 34 inc. 5° apdo. “e” C.P.C.C.). Por lo demás, dicho postulado no puede

ser extendido al extremo de considerarlo una suerte de licencia que permita al magistrado quebrantar los principios dispositivo, de contradicción o bilateralidad y de congruencia.- ----------

----Ni siquiera el art. 71 de la ley 69 despejaba ese sendero, porque tal norma faculta a los jueces laborales para fallar “ultra petita”, mas no “extra petita”; es decir, les permite condenar por un monto mayor al solicitado por un rubro determinado, pero no por uno no demandado (este cuerpo, c. 18.815 S.D.L. 35/03, c. 19.939 S.D.L. 63/04, c. 91/08 S.D.L. 82/08). ----------

----Así entonces, por no ajustarse a la pretensión del actor, debe dejarse sin efecto la condena a pagar diferencias insolutas en el monto de la indemnización tarifada de la ley 24.557 (confr.: C.S.N., L. L. 151-331).- ----------

----VII.- Ante la conclusión que vengo de exponer sobre la improcedencia de la condena a pagar diferencia alguna en el monto de la indemnización “a forfai”, vuélvense cuestiones abstractas, de aquellas que los jueces no deben decidir por falta de interés actual (art. 242 C.P.C.C., su doc.), las relativas al grado de incapacidad del trabajador y al “dies a quo” de los intereses moratorios sobre esa supuesta diferencia (agravios del actor “C” y “D” y agravio “4” del demandado).----------

----VIII.- Sí conserva actualidad la cuestión de la falta de legitimación pasiva de la aseguradora de riesgos del trabajo, si no en cuanto al fondo del debate - no habrá condena que le sea oponible-, al menos para decidir acerca de la suportación de las costas originadas por su intervención.- ----------

----Considero que “La S. A.R.T. S.A.” ha sido erróneamente citada por el demandado como tercera al proceso. Ambos estaban vinculados por un contrato de seguro de riesgos del trabajo y no por uno de responsabilidad civil, de modo que promovida una demanda invocando esta última, la controversia no era común a demandado y aseguradora, cual prevé el art. 94 C.P.C.C. para admitir la citación.- ----------

----IX.- En punto al agravio del actor respecto de la imposición de las costas, el íntegro rechazo de su demanda lo ha revestido de la calidad de vencido que debe soportar aquéllas por disposición de los arts. 68 C.P.C.C. y 59 de la ley 69.----------

----Corresponde sin embargo hacer excepción con las costas originadas por la intervención en autos de la tercera citada. Cual en alguna ocasión señaláramos, para los supuestos de intervención obligada de terceros no ha sentado nuestro legislador procesal reglas específicas, ni es posible fijar doctrinariamente pautas generales, sino que el asunto debe ser decidido según las circunstancias de cada caso y las actitudes asumidas en la litis por las partes y el tercero (confr.: Fenochietto - Arazi, “Código Procesal...”, 2da. ed., I-394; Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea 1998, pág. 206). En el caso sería improcedente cargar las costas de marras al actor, ya que él no fue quien convocó a juicio a la tercera, ni pretendió en su demanda litigar contra ella. Concluida la improcedencia de la citación, las costas devengadas por la participación de la tercera en el pleito han de quedar a cargo del demandado que

promovió la intervención estéril excediéndose en su defensa y con detrimento del derecho ajeno (confr.: C.N. Civ., Sala “D”, E.D. 98-691; ídem, Sala “F”, E.D. 110-241).- -

----X.- A consecuencia de todo lo hasta aquí manifestado, propongo revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de dejar sin efecto la condena a pagar una diferencia en la indemnización tarifada e imponer al demandado las costas devengadas por la intervención de la tercera citada, confirmándola en cambio en cuanto rechazara con costas al actor la demanda por responsabilidad civil.- ----------

----Triunfante el demandado en lo sustancial de sus agravios y desestimado el grueso de los traídos por el actor -sólo prospera la impugnación relativa a las costas originadas por la intervención de la tercera-, creo necesario distribuir las costas de segunda instancia imponiéndolas al demandante en un 95 % y al demandado en un 5 % (art. 71 C.P.C.C.).- ----------

----Atendiendo a la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas en la alzada, propicio regular los honorarios de los Dres. A. M. S., P. O. A. y N. O. M. en las sumas respectivas equivalentes al 7 %, al 2,80 % y al 1,40 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse, en la que al capital demandado se añadirán los intereses que el mismo habría devengado hasta la data de este decisorio calculados de acuerdo a la tasa utilizada por el B. C. S. A. en sus operaciones de descuento (arts. 6, 7, 19, 47, 61 del dec.-ley 2.200; esta sala, c. 18.739 S.D.C. 45/03 y muchas otras posteriores).- ----------

----Me expido aquí entonces PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.- ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- Corresponde en primer término expedirse sobre el agravio del actor vinculado con la relación causal, dado que lo que se resuelva sobre ese punto condiciona la respuesta a darse a los restantes aspectos que también fueran motivo de impugnación por el recurrente.----------

--- Antes de entrar de lleno al análisis causal creo menester hacer algunas aclaraciones, pues se ha citado en el recurso un voto de mi autoría, al igual que un trabajo doctrinario, cuya redacción compartiera con la Dra. C. P.. Y, por el sentido que pretende dar a mi doctrina el apelante, me da la impresión que hacen falta dichas aclaraciones liminares.-- ----------

--- En mi voto de la causa “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008), publicado en el-Dial en sentencia de esta Sala del 20/6/08 sostuve inicialmente que una vez elegida la vía civil, el accionante deja de disponer de las ventajas y tutelas especiales que a los obreros concede la legislación especial, al precio de reducir la indemnización que se les ofrece. No procede por tanto intentar una especie de conmixtión o conglobamiento, entre la falta de tope –o indemnización amplia del Código Civil- y las ventajas procesales, probatorias y de tratamiento de la legislación laboral. Ello no puede admitirse, puesto que las ventajas de

uno y otro régimen no son acumulables ni elegibles a designio por el reclamante.----------

--- De tal modo, como nos encontramos en el marco de una acción encuadrada bajo el régimen jurídico del Código Civil, para configurarse la responsabilidad del demandado, deben concurrir indispensablemente los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil (TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. II, p. 289; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso de derecho de las obligaciones, Editorial Depalma, Bs. As., 2001, T. III, pp. 70 y ss.).----------

--- Toda obligación indemnizatoria enmarcada dentro del ordenamiento de fondo que nos rige –el Código Civil-, cualquiera sea el supuesto de que se trate, -y el caso de autos no constituye una excepción a la regla- exige ineludiblemente la presencia de los siguientes presupuestos: 1) existencia y acreditación de un daño causado (art. 1067 C.C.); 2) antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión ilícita (arts. 1066 C.C. y 19 Const. Nac.); 3) existencia de un factor de atribución de responsabilidad (art. 1067 C.C.); y 4) un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado (arts. 901 y 906 C.C.). En este mismo sentido, se han pronunciado numerosos fallos; entre otros, CNCom., Sala B, 17/10/03, “Lotz, Alejandro c. Buzzer S.R.L.”, RCyS, 2004-II, 102; ídem, Sala A, 14/8/95, “Las Tres Cruces S. A. c. Bonanno S. A., Ricardo”, ED 169-162; ídem, Sala C, 15/2/00, “Uranga, Gabriel c. Sugmo S.R.L. y otros”, LL 2001-A, 503 y DJ 2001-1-655; Cám. CC Córdoba, 7ª Nom., 10/4/96, “Provincia de Córdoba c. B. M. T.”, LLC 1996-838; Cám. CC y Min. San Juan, Sala I, 13/5/99, “Pisano, Oscar G. c. Gómez, Pedro V.”, LL Gran Cuyo, 1999-912).----------

--- En esta litis el dictamen pericial médico de fs. 139/141 acredita la existencia de una incapacidad en el obrero accionante, la que finca en sendos desgarros del manguito rotador y del tendón supraespinoso, ambos del hombro derecho. ----------

--- Se encuentra también probado que el accionante, con fecha 30/11/05 cargaba sobre su hombro derecho bolsas de cemento, sintiendo en esa oportunidad un tirón en ese hombro, siendo presa al día siguiente de fuertes dolores. Esta lesión debe tenerse por acreditada debidamente, debiendo hacerse a un lado el desconocimiento de ella realizado por el accionado, dado que éste denunció a la aseguradora de riesgos del trabajo la lesión del operario, solicitando atención para él (cfr. fs. 5 del expediente administrativo N° 9545-2007, que se encuentra glosado a la documental reservada).-----

--- Tal denuncia del empleador a la aseguradora de riesgos constituye un acto propio que no puede luego fácilmente desconocerse, dado que se trata de una actuación deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz que resulta oponible al accionado.----------

--- La doctrina tradicional, en ocasiones excesivamente apegada a sofismas especiosos disfrazados de dogmas irreductibles, posiblemente se preguntaría si le es aplicable la doctrina de los actos propios a una situación como la de autos, en que un mismo sujeto

–la parte aquí demandada- hizo una manifestación respecto de la salud del aquí actor ante un tercero –la ART-. ----------

--- La doctrina tradicional venía expresando desde antiguo que para ser aplicable la doctrina de los actos propios a un caso se requiere, que los sujetos que intervienen y a quienes les afectan las dos conductas, como emisor o como receptor, sean los mismos (FUEYO LANERI, Fernando, “Instituciones de Derecho Civil Moderno”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990,, p. 314).----------

--- Por nuestra parte en diversas obras desde hace quince años vinimos aclarando que compartíamos en general esta idea, porque creemos que normalmente esta doctrina se aplicará a situaciones en las que ambos actos, la declaración de voluntad original –sea expresa o tácita- y el intento posterior de volver sobre ella, se habrán producido con la intervención de los mismos sujetos de la relación jurídica. Pero, luego de esta primera afirmación, aclarábamos que esta identidad no siempre es exigible; explicitando seguidamente que sí creemos que la identidad de sujeto debe darse inexorablemente en quien actúa en forma voluble, pretendiendo cambiar su accionar (LÓPEZ MESA, Marcelo – ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios”, Editorial Reus – Edit. B de F., Madrid - Montevideo, 2005,.p. 122; LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)”, en revista La Ley Patagonia, número de Diciembre de 2008, p. 528; ídem, “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios”, en revista La Ley Córdoba, número de Febrero de 2009, p. 17). ----------

--- Puesto en otras palabras, para que se aplique la doctrina de los actos propios debe existir un eje; ese eje es la persona que pretende cambiar de conducta. En cambio, no necesariamente el sujeto frente a quien pretende cambiar de actitud debe ser el mismo (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)”, en revista La Ley Patagonia, número de Diciembre de 2008, p. 528; ídem, “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios”, en revista La Ley Córdoba, número de Febrero de 2009, p. 17).----------

--- Si bien no es éste el supuesto más común, pensando un poco pueden visualizarse varios casos en que la doctrina puede aplicarse con un solo sujeto en común entre dos relaciones. Un ejemplo arquetípico de esta situación no corriente es el caso de autos.---

--- El demandado de autos, sujeto que primero extrajudicialmente reconoció ante la ART el accidente y pidió atención médica para su obrero y luego, en sede judicial, al contestar el reclamo que le dirigía el operario, pretendió negar el evento dañoso y la lesión incapacitante, con su actuación voluble calza arquetípicamente a la perfección en este molde, al ser su conducta el eje entre dos actuaciones relativas al mismo hecho dañoso, pero actuadas ante diferentes sujetos. En este caso, perfectamente puede funcionar la doctrina de los actos propios para impedir, a quien ha realizado dos

alegaciones incompatibles entre sí en dos sedes distintas, el ejercicio de derechos que contrarían su anterior conducta y alegaciones. ----------

--- La falta de identidad de los destinatarios de ambas conductas no puede impedir la aplicación de la doctrina, puesto que ello implicaría tanto como premiar la mala fe, suministrando a quien no obra de buena fe herramientas para engañar, manipular las formas republicanas, pudiendo esgrimir útilmente formalismos vanos para evitar que se le apliquen los remedios que el derecho ha estructurado para tratar casos como el suyo (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)”, en revista La Ley Patagonia, número de Diciembre de 2008, p. 528; ídem, “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios”, en revista La Ley Córdoba, número de Febrero de 2009, p. 17). ----------

--- Queda claro entonces que la doctrina resulta aplicable cuando tiene por eje la actuación voluble de una misma persona en dos relaciones jurídicas con distintos destinatarios (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)”, en revista La Ley Patagonia, número de Diciembre de 2008, p. 528; ídem, “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios”, en revista La Ley Córdoba, número de Febrero de 2009, p. 17). Dándose tal situación en el caso de autos, indudablemente debe hacerse a un lado la negativa ritual intentada por el accionado en autos, y hacerse valer su acto propio de reconocimiento del evento dañoso y la existencia de una lesión incapacitante sobre los hombros del operario, efectuado ante la aseguradora de riesgos del trabajo.----------

--- Y **¿cuál es el efecto de la aplicación de la doctrina de los actos propios?** La respuesta la ha dado mi distinguido colega de Sala -en esta litis Juez de primer voto -el Dr. Carlos A. Velázquez- en un voto suyo de antes de mi llegada a esa Sala, en el que con cita de los maestros MORELLO y STIGLITZ, dijo acertadamente que “una pretensión o una defensa formuladas dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente, toda vez que ello infringiría el fundamental principio de la buena fe ... Ya no se tratará de las razones que adunen la pretensión o la oposición a ella, sino de la lisa y llana improponibilidad de las mismas, bloqueadas por esta causa de inhabilidad intrínseca, obstativa a su atendibilidad sustancial” (Cám. Apels. Civ. y Com. de Trelew, Sala A, 10/10/06. "ASESORÍA CIVIL DE FAMILIA N° 1 c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ acción de amparo", causa 21.702, registrada al S.D.C. 48/06, con cita de MORELLO-STIGLITZ, "La doctrina del acto propio", L. L. 1984-A-865, cap. XVIII).----------

--- Otro fallo muy interesante en materia de actos propios lo ha dictado la prestigiosa magistratura colombiana; es la sentencia dictada por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón

Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, con fecha 4/5/99, y en la que fuera ponente el Juez citado en último término, la que se identifica normalmente como Sentencia T-295/99. Resolvió allí la Sala 7ª, entre otros interesantes tópicos, que "se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho" (Vid. http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-295-9.HTM).-

--- En cuanto a los efectos de la doctrina poco puede sumarse a lo dicho en ambos fallos. Queda claro de ambos que la aplicación a un caso de esa doctrina torna subjetivamente improponible la pretensión de un sujeto que contraríe su conducta anterior. Desde el hontanar procesal, así funciona la doctrina del venire contra factum proprium. ----------

--- Cabe aclarar que esta doctrina implica una restricción o imposibilidad de actuar, aunque de índole subjetiva; ontológicamente no es otra cosa que la veda o prohibición a un sujeto específico de invocar lo actuado por él en contradicción con actos o manifestaciones anteriores suyas. ----------

--- Traduciendo la formulación a nomenclatura civilista, los efectos de la doctrina de los actos propios consisten en una suerte de inoponibilidad al revés. En la inoponibilidad, un acto válido en general es, sin embargo, inoponible a determinada persona.----------

--- Aquí se da la contratara de la inoponibilidad, la improponibilidad: un acto o conducta que cualquier otra persona podría ejercitar, que es lìcito y admisible en general, sin embargo, no puede serle admitida su invocación a determinada persona, porque ésta carga con una inidoneidad funcional especial para realizarlo, a consecuencia de su conducta anterior, que se contrapone frontalmente al acto o conducta que ahora intenta.

--- No hay nada de malo o cuestionable en el acto en sí, porque éste es lícito –si no lo fuera, no haría falta acudir a la doctrina de los actos propios, pues bastaría con invocar normas expresas del ordenamiento, como el art. 953 C.C.- pero de la correlación del segundo acto o manifestación con la previa actuación surge una contradicción que el ordenamiento no desea favorecer y, entonces, pune. ----------

--- Si no lo hiciera y permitiera el ir y venir a su libre arbitrio de los sujetos por el proceso judicial y la vida de relación, debería desterrarse directamente del derecho toda idea de seguridad, buena fe, coherencia, previsibilidad del tráfico, etc. Y ello resulta inadmisible. La doctrina de los actos propios, entonces, es una concesión que la libertad de actuación de los sujetos debe hacer al interés general, colocado en la seguridad y honorabilidad del tráfico.----------

--- Visto lo anterior, debe tenerse por reconocido al accionado de autos tanto la existencia de un evento dañoso durante el transcurso del trabajo, así como la de una lesión incapacitante en el hombro del operario. Es decir que el primero de los elementos

o presupuestos de la responsabilidad civil –el daño causado- está presente en este caso.----------

--- Claro que, al encontrarnos dentro del continente de la responsabilidad civil ordinaria y no del proceso laboral, ello sólo no basta para entender procedente la concesión de un resarcimiento. Seguidamente veremos si se dan los restantes presupuestos para dar nacimiento a un supuesto de daño resarcible.----------

--- El siguiente paso a dar en esa indagación es determinar si existe en este caso un nexo o relación causal adecuada entre el daño ya tenido por acreditado y la actuación del dañador o responsable.----------

--- La existencia de relación causal adecuada entre el hecho (u omisión del demandado) y el daño causado es requisito imprescindible o insoslayable de la responsabilidad civil; así lo exige nuestro ordenamiento civil (arts. 901 y 906 C.C.), y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (cfr. mi voto y el del Dr. Carlos Dante Ferrari en sentencia de fecha 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008) y mi voto y el del Dr. Carlos A. Velázquez en sentencia del 18/12/08 in re “A., O. R. c/ A. C. A. C. y/u otro s/ daños y perjuicios” (Expte. Nº 22.842 - año: 2008).----------

--- También exige inexcusablemente tal requisito la doctrina más prestigiosa, tanto del país como del extranjero (LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Edit. Dalloz, París, 6ª edición, 2006, p. 453, Nº 1704; TERRÉ, François – SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, Droit civil. Les obligations, 6ª edición, Edit. Dalloz, Paris, 1996, p. 665; LÓPEZ MESA, Marcelo J. - PASARIN Carolina A., “El mito de la causalidad adecuada”, La Ley 2008-B-861 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T I, p. 579; RIZZARDO, Arnaldo, Responsabilidade civil, Editora Forense, Río de Janeiro, 2005, p. 71; TAMAYO LOMBANA, Alberto, “La responsabilidad civil extracontractual y la contractual”, Ediciones Doctrina y ley Ltda., Bogotá, 2005, p. 92; CASIELLO, Juan José, Existen en nuestro derecho las "presunciones de causalidad"?, LL 2006-A, 920; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad - "Théorie du cheminement ou de lempreinte continue du mal", LL 1991-E, 1378; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto - MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, “Responsabilidad civil extracontractual”, 11ª edición, Edit. Temis, Bogotá, 2003, p. 236; LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo”, coedición de la Pontificia Universidad Javeriana y Edit. Diké, Colección Internacional Nº 11, Bogotá, 2009, pp. 333/334 y extensas citas allí efectuadas).----------

--- Es más, la existencia de relación causal adecuada entre el daño y la actuación del dañador es uno de los “pilares” de la responsabilidad civil (FISCHER, Jérôme, “Causalité, imputation, imputabilité: Les liens de la responsabilité civile”, en «Libre droit.

Mélanges en l´honneur de Philippe le Tourneau», Editorial Dalloz, París, 2008, p. 383; PIZARRO, Ramón Daniel, “Causalidad adecuada y factores extraños”, en “Derecho de daños. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, 1ª parte, Edic. La Rocca, Bs. As., 1996, pp. 254/255).----------

--- Correctamente se ha juzgado que siempre será requisito ineludible la exigencia de relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concentrarse (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, sent. 2/10/95, ponente: Sr. Almagro Nosete, en Rep. La Ley España, 1995- 967).----------

--- Y en un caso nacional que merece citarse se rechazó la pretensión resarcitoria al no haber podido establecerse con certeza la presencia de una adecuada relación causal entre la sintomatología que dijo haber sufrido la accionante y el hecho al que asigna el origen de su sentir (CNCiv., sala H, 21/3/2007, “P., L. B. c. Cidal S.A.”, RCyS 2007-IV, 54).----------

--- Jurídicamente la relación de causalidad puede definirse como la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa (BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 267; GOLDENBERG, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 15 y 42/43; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, cit, T I, p. 580).----------

--- Queda claro, entonces, que la procedencia de todo reclamo indemnizatorio requiere inexcusablemente la acreditación de la existencia de una vinculación material, externa o física de naturaleza causal entre el daño causado y el evento o la intervención del pretenso responsable. Ello así, debe quedar claro también que si dicha vinculación o relación causal no queda debidamente acreditada en una litis, no cabe acoger la pretensión resarcitoria, dado que la prueba del nexo causal es uno de los requisitos inexorables o indeclinables de la responsabilidad civil.----------

--- Un paso más allá es dable puntualizar que este esquema funciona exactamente igual en el seno de la responsabilidad objetiva, pues también en este segmento la víctima debe acreditar que la fuente de los menoscabos está emplazada dentro de una órbita vinculada al responsable, prevista en cada caso por la ley, como bien afirma el Sr. Juez de primer voto.----------

--- En esta línea se ha expuesto que “la relación de causalidad es un elemento necesario, imprescindible en todos los casos de responsabilidad civil. Sin que queden excluidos aquellos que se fundamentan en la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En éstos se prescinde de la culpa pero no del vínculo de causalidad” (TAMAYO LOMBANA, Alberto, “La responsabilidad civil extracontractual y la contractual”, Ediciones Doctrina y ley Ltda., Bogotá, 2005, p. 92).----------

--- Siendo esto así, el reclamante de una indemnización tiene la carga de acreditar la existencia de nexo o relación causal entre el daño que él sufriera y una actuación u omisión atribuible al demandado o a un factor de atribución objetivo, que le sea atribuible a él.----------

--- En mi voto de la causa “A., O. R. c/ A. C. A. C. y/u otro s/ daños y perjuicios” (Expte. Nº 22.842 - año: 2008), en sentencia de esta Sala del 18/12/08, dejé sentado que el requisito legal (arts. 901 y 906 Cód. Civil) exige la prueba de la causalidad adecuada entre acción y daño, cualquiera sea el caso de que se trate, bien sea responsabilidad contractual o extracontractual, ya que el requisito de causalidad adecuada juega en ambos ámbitos.---------- En un voto mío que cita el recurrente recordé que prestigiosos tribunales han dejado sentado que “la acreditación de la relación causal entre el accidente padecido y el trabajo corresponde a la parte que la invoca y por ende, no se presume (SCBA, 20/2/96, “Tegazzi, Antonia c/ Consorcio de Propietarios Edificio Almirante Brown n° **** s/ Indemnización por accidente de trabajo”, en Juba sum. B43981). Y concluí luego que el actor debía acreditar la relación causal entre el trabajo que realizaba el trabajador y su dolencia (cfr. mi voto, en sentencia de fecha 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008).----------

--- En mi voto de la causa “A., O. R. c/ A. C. A. C. y/u otro s/ daños y perjuicios” (Expte. Nº 22.842 - año: 2008), en sentencia de esta Sala del 18/12/08, dejé sentado que las conjeturas o intuiciones de causalidad, constituyen severos yerros, al tratarse de supuestas indagaciones causales, que se contrapone a normas legales vigentes (arts. 901 y 906 C.C.) ---------- Y como sostuviera en mi voto de la causa “S., J. D. c/ A., C. W. y/u Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 22.717 - año: 2008, registrada bajo el Nº 19 de 2.008 – SDC), la conjetura de causalidad coincide muchas veces con la causalidad material, pero no satisface el requisito legal (arts. 901 y 906 Cód. Civil), que exige la prueba de la causalidad adecuada entre acción y daño.----------

--- De tal suerte, lo que se requiere es la prueba de la causalidad entre el daño y la actuación del dañador, que no es lo mismo a la conjetura, ni a la intuición ni a la inferencia de ese nexo de causalidad. La prueba de la causalidad, eso y solo es lo que permite una sentencia condenatoria a resarcir. ----------

--- Claro que hay diversos modos de probar el nexo causal. Pero siempre debe quedar adecuadamente probado, pues no alcanza para cumplir el recaudo legal (arts. 901 y 906 CC), con conjeturarlo o intuirlo.----------

--- Por ello resulta gravemente erróneo y contrario a la ley el proceder de quienes confunden causalidad material con causalidad jurídica; ello ocurre, paradigmáticamente, cuando en los supuestos de responsabilidad objetiva, algunos jueces presumen la existencia de responsabilidad civil del mero contacto con la cosa predeterminada como

riesgosa (Cfr. TERRÉ, François – SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, “Droit civil. Les obligations”, 6ª edición, Edit. Dalloz, París, 1996, pp. 665 y ss.).----------

--- El mero contacto marca una nexo material de causalidad; para que esa causalidad se transforme en jurídica, debe existir en el caso una adecuación del resultado a la incidencia causal de la cosa riesgosa interviniente. Si esa adecuación no es demostrada (no alcanza con presumirla), en los hechos se está confundiendo causalidad material con causalidad jurídica, pese a que se declame la distinción (vid. LÓPEZ MESA, Marcelo - PASARIN, Carolina A.. “El mito de la causalidad adecuada”, en La Ley 2008-B, pp. 863/864).----------

--- Se requiere, entonces, la prueba de la causalidad, no alcanzando con su conjetura. Ello pues, como bien dice la maestra Yvonne LAMBERT, en la prueba de la causalidad jurídica no puede llegarse por vía de la intuición a la arbitrariedad ... » (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, “De la poursuite à la contribution: quelques arcanes de la causalité”, Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 311).----------

--- En un excelente fallo del Tribunal Supremo de España se postuló que “…la causalidad adecuada exige… que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente, que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1902 y 1903 CC, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 29/4/94, ponente: Sr. González Poveda, LA LEY, (España) 1994-3, 693 (16200-R).----------

--- En un voto suyo el Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puso de resalto que “es descalificable como acto jurisdiccional, la sentencia que condenó solidariamente a una aseguradora de riesgos del trabajo a indemnizar a un trabajador con fundamento en el derecho civil, pues, al decidir que el incumplimiento de los deberes de control que le incumbían, es por sí solo suficiente para generar responsabilidad civil y dar por sentada la existencia de un nexo adecuado de causalidad, no realizó una interpretación legítima de la ley con arreglo a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ni es coherente con las demás reglas del

ordenamiento” (CSJN. 17/4/2007, “Busto, Juan A. c. QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, DJ revista del 13/6/2007, p. 473, voto en disidencia del doctor Lorenzetti).

--- Y agregó allí que “en el ejercicio de la acción civil resarcitoria de un infortunio laboral, el trabajador debe probar los presupuestos de ella, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación y el nexo de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien es susceptible de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de la ley” (CSJN. 17/4/2007, “Busto, Juan A. c. QBE Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, DJ revista del 13/6/2007, p. 473, voto en disidencia del doctor Lorenzetti).----------

--- En tal situación, las conjeturas o “intuiciones” de causalidad no conforman interpretación legítima de la ley con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina (LÓPEZ MESA, Marcelo - PASARIN, Carolina A., “El mito de la causalidad adecuada”, en La Ley 2008-B, p. 872).----------

--- Entonces, cerramos el círculo de la causalidad con un claro precipitado: se requiere una causalidad probada para acceder a un reclamo resarcitorio. La prueba de la causalidad más convincente será la prueba directa; normalmente ante asuntos de complejidad, se tratará de una pericia técnica en la materia de que se trate. Si no fuera ese el caso, podrá la causalidad surgir de prueba indirecta, pero en esa situación, debe tratarse de varios indicios, serios, graves y concordantes que satisfagan el requisito de causalidad probada y no meramente inferida o conjeturada.----------

--- Y ¿cómo deben replantearse sobre el terreno de autos estas conclusiones? Del siguiente modo: en autos no ha sido probada la existencia de relación causal entre el trabajo del obrero y la lesión que aduce haber sufrido en ocasión de él. Para probar tal relación hubiera bastado proponer al perito médico el punto entre los puntos de pericia, lo que no se hizo.----------

--- Tampoco cabe extraer una conjetura de causalidad del hecho de que el actor se quejó de un tirón en el hombro luego de cargar bolsas de cemento. Tener por probada tal relación de ese único hecho, significaría una conjetura de causalidad edificada sobre la proximidad temporal entre el evento dañoso y la queja de dolor del accionante; y ya he desarrollado largamente que ellas no llenan el requisito legal.----------

--- En un voto de mi autoría que el propio recurrente cita, dejé sentado que el mero contacto material o la coetaneidad temporal pueden hacer nacer una conjetura de causalidad; pero, para que esa causalidad se transforme en jurídica, debe existir en el caso una adecuación del resultado a la incidencia causal de la cosa riesgosa interviniente y a la mecánica de los sucesos descriptos. Si esa adecuación no es demostrada (no alcanza con presumirla), en los hechos se está confundiendo causalidad material con causalidad jurídica, pese a que se declame la distinción (cfr. mi voto, en sentencia de fecha 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008).----------

--- Dije luego en ese mismo voto que en el sistema de causalidad adecuada, que adopta nuestro Código Civil (art. 906), no requiere proximidad, temporal o espacial, entre la causa y el efecto. "La causalidad no requiere simultaneidad en el tiempo, contacto físico o mínima separación de la cosa dañada. Interesa si un hecho es generador de un resultado; así será si es apto para producir la consecuencia dañosa (Cám. 1ª Civ. Com. Córdoba, 26/8/96, "Marmora, José Antonio Santiago y otro c. Gazzone Omar Horacio y otros. Daños y perjuicios", LLC 1997-425). Por ello, invertir el esquema y deducir (o conjeturar) de la mera cercanía, proximidad o simultaneidad la existencia de relación causal implica un ejercicio de adivinación causal que no se corresponde con los textos legales vigentes y aplicables al caso (arts. 901 y 906 CC) (cfr. mi voto, en sentencia de fecha 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008).----------

--- En segundo lugar, siendo inexistente la acreditación médica, que en este caso sería la prueba requerida, no cabe sustituirla por evaluaciones causales *a ojo de buen cubero,* efectuadas por un profano –como el juez- en materias que no son la suya propia.---------

--- Para determinar la causa adecuada de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente –en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una condictio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, cit, T I, p. 610; SPOTA, Alberto G., “El nexo adecuado de causalidad del daño”, La Ley 1984-D-323; cfr. mi voto, en sentencia de fecha 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008); SCBA, 20/11/90, “Kieffer c/ Establecimiento Modelo Terrabusi”, DJBA 142-1271; ídem, 27/12/88, “Morales c/ El Hogar Obrero Coop. de Consumo Ltda.”, DJBA. 136-1441; etc).---------- Y llevando este esquema a la altura de los hechos de la causa, surge claro, indudable, que no es acorde al curso normal y ordinario de las cosas (art. 901 C.C.) que la carga de bolsas de 50 kgrs. sobre el hombro lleve regularmente a producir fisuras en el manguito rotador y el tendón supraespinoso, como bien afirma el Dr. Velázquez en su voto, a cuyo criterio adhiero.----------

--- No se ha probado en autos que sea corriente y ordinario este tipo de desenlaces a partir de tal esfuerzo y, personalmente, no dispongo de datos que así lo hagan tener por

cierto. Ergo, echar mano a la pauta del art. 901 C.C. y entender como corriente, lo que no se ha probado, constituiría no ya una conjetura de causalidad, sino algo peor, una causalidad arbitrariamente establecida, proceder que censurara duramente la maestra Yvonne Lambert en un artículo ya citado y que choca de frente contra el sistema que nuestro Código recepta.----------

--- Amén de ello, tampoco se ha probado en autos el carácter riesgoso de las bolsas de cemento que el actor levantara. Y tengo para mí que no procede tampoco que se conjeture tal carácter riesgoso a partir de un episodio. Ello, pues tener por probado el carácter riesgoso o vicioso de la cosa –bolsa de cemento- por el sólo hecho de que se alegó que el daño se produjo en el momento de levantarlas, equivaldría a pretender la interdefinibilidad de dos presupuestos de la responsabilidad que son distintos e independientes: el daño causado y el factor de atribución de responsabilidad.----------

--- La interdefinibilidad de los presupuestos de daño causado y factor de atribución –riesgo de la cosa- sobre la base del. pseudo razonamiento de que todo daño evidentemente debe estar en relación con un factor de atribución es falaz y constituye un exceso de generalización y –a la postre- un desatino que no puede aceptarse.---------

--- Cada uno de los presupuestos de responsabilidad debe ser probado per se y con independencia de los restantes. Y, si alguno de ellos falta, pues no se configura un caso de daño resarcible.----------

--- Y, como dije, en autos no se ha probado la existencia de relación causal entre el daño –que sí se probó- y el carácter riesgoso de la cosa que el empleado levantaba (bolsa de cemento), que no se probó-. En, tal situación, acceder a la pretensión resarcitoria del actor implicarían ya no una sino dos conjeturas: la conjetura de causalidad entre el daño probado y el factor de atribución conjetural alegado. Se tata de demasiadas conjeturas y acceder a ellas implicaría vulnerar los derechos constitucionales de los demandados, al violar el principio de legalidad, pues los requisitos del daño resarcible están establecidos legalmente y, en este caso, al menos falta probar dos de ellos. ----------

--- En tal situación, por estos fundamentos coincido con la conclusión extraída por el a quo sobre que el nexo causal entre el daño y el riesgo no puede tenerse por existente en este supuesto, con las consecuencias que de ello se derivan.----------

--- Dada la respuesta a la cuestión de la relación causal, por carácter transitivo, al ser el nexo causal requisito inexorable de la responsabilidad civil y no estar probado en autos, este reclamo queda privado de su base misma, lo que convierte en abstracto el análisis de los aspectos relativos a los ítems o rubros reclamados, que dada la falta de un requisito esencial para el nacimiento de la responsabilidad civil no resultan resarcibles.--

--- Carece interés el análisis de la cuestión metodológica planteada por el demandado sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la ley 24.557 –si el a quo debió resolver en primer término la procedencia de la acción de responsabilidad y

sólo después acerca de la constitucionalidad de la norma legal que la vedaba o a la inversa.----------

--- Participo de la opinión de que tal tópico carece de toda incidencia para la suerte de la litis y como tal no debe ser tratado, porque las litis no se vertebran en disquisiciones abstractas.----------

--- Rechazada que fue la demanda, no posee el demandado interés en plantear ese agravio, dado que no le causa el tópico discutido ningún perjuicio y habilitar su cuestionamiento sería tanto como admitir una impugnación de los considerandos del fallo, lo que resulta inaceptable, por ausencia de interés para recurrir. ----------

--- Esta Sala en dos decisorios, a través de mi voto, dejó sentado que no es siquiera concebible que una parte exponga agravios contra una porción del decisorio que no le ha cercenado derecho alguno, pues constituye presupuesto subjetivo de admisibilidad de la apelación la concurrencia de un gravamen concreto, fuente a su vez del interés personal sustento del recurso (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala del 26/3/09, in re “C. de W., D. E. c/ C. DE O. y M. T. o C. DE O. T. S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 30 - año: 2008) e ídem, 29/9/08, “S., M. c/ C., R. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de ley” (Expte. N° 22.915 - Año 2008, registrada bajo el Nº 61 de 2.008 – SDL).----------

--- Agregué allí que la existencia de dicho interés es, en verdad, requisito de toda especie de acto procesal, no existiendo apelación hábil de los considerandos de un fallo.----------

--- Sostuve allí, con cita del maestro Lino PALACIO, que “El agravio… debe encontrarse localizado en la parte dispositiva de la resolución, siendo inapelables, por lo tanto, los considerandos de aquélla ... No se trata, empero, de un principio inflexible, pues cede en aquellos caso en los cuales las proposiciones formuladas en los considerandos de la resolución constituyen directivas encaminadas a orientar su cumplimiento e integran implícitamente la parte dispositiva o gravitan en su interpretación…” (PALACIO, Lino E., “Derecho procesal civil”, cit, Tomo V, Nº 546).----------

--- En el presente caso, al igual que el precedente citado, los considerandos o la forma en que el Sr. Juez llegó a su criterio resulta inobjetable para el apelante, en tanto la resolución concreta adoptada por el magistrado de instancia no le cause al apelante un agravio real, tangible y efectivo, que trascienda la mera susceptibilidad o el excesivo celo argumental. Ello así, el agravio debe hacerse a un lado, por carecer el impugnante de interés actual para recurrir el punto.----------

--- Debe luego analizarse el agravio relativo a la existencia de violación del principio de congruencia en el fallo en crisis, en la medida que éste –se dice- ha concedido un reclamo no formulado por el actor.----------

--- Analizada la pieza liminar de autos surge indudable que el actor reclamó la "reparación integral de daños y perjuicios contra el Sr J. C. M." (cfr. Fs. 2, punto I, primer párrafo). En ningún párrafo de su demanda reclamó el accionante las posibles

diferencias en la liquidación de la indemnización tarifada que ya había percibido de la aseguradora de riesgos del trabajo (cfr. Fs. 2 a 12 de autos).----------

--- Ergo, el decisorio de grado que, luego de rechazar el reclamo resarcitorio de responsabilidad civil, le concede al actor el derecho a una diferencia en la indemnización tarifada ya percibida por el operario, que no fuera reclamado en la demanda, vulnera o quebranta gravemente el principio de congruencia, receptado por el legislador provincial en los arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 C.P.C.y C. y en el art. 70 inc. 4, Ley 69.----------

--- En un voto de mi autoría en sentencia anterior de esta Sala dejé sentado que el principio de congruencia está atado con una cadena de hierro al principio dispositivo; por lo que en aquellos procesos judiciales llevados adelante para dirimir derechos libremente disponibles por las partes, la voluntad de éstas encadena el pronunciamiento del juez (cfr. Mi voto en sentencia de esta Sala del 18/9/08, in re “S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización” – Expte. 22828 – Año 2008” (Expte. Nº 22.828 - año: 2008).----------

--- En otro voto de mi autoría expuse que el sistema dispositivo impone la regla de que son las partes exclusivamente quienes determinan el thema decidendum debiendo el juzgador limitar su pronunciamiento tan solo a lo que ha sido pedido por aquellas "incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones incluidas en las pretensiones del actor y en la oposición del demandado" (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 26/3/09, in re “C. de W., D. E. c/ C. DE O. y M. T. o C. DE O. T. S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 30 - año: 2008).----------

--- Creo que eso basta para darse cuenta de que el a quo ha exhorbitado su ámbito de competencia, fallando extra petita, acogiendo una pretensión no introducida por la actora al proceso y, por ende, vulnerando el principio de congruencia, al que estaba atado por una cadena de hierro en este caso.----------

--- El recurso al principio de economía procesal que el a quo intenta para justificar su particular decisión, no convalida este grave yerro suyo, pues el principio de economía procesal no puede aplicarse fuera de su ámbito legítimo, ni utilizarse para forzar las limitaciones del sistema procesal.----------

--- Y, ligado a ello, incurre en "extra petita" el juez que ante una acción determinada, tendiente a obtener determinada pretensión, se pronuncia acerca de un tema que no fue introducido por las partes oportunamente (C. Nac. Com., sala C, 22/4/97, “Syntex SA. v. Etcheverry Julio SA. s/ Sumario”, en AbeledoPerrot online).----------

--- No cabe soslayar que el Código Procesal en el art. 34, inc. 4) impone a los jueces el deber de respetar, en el pronunciamiento de sus sentencias "el principio de congruencia" y en el art. 163, inc. 6) establece que la sentencia definitiva debe contener "la decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio...". Dichas normas prohiben a los jueces otorgar algo que no haya sido

pedido (extra petita) (Lino Enrique Palacio, "Derecho Procesal Civil", T.I, pág. 259) (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 23/6/95, “TEZZA, Antonio y otros v. Estado Nacional/ Min. de Economía s/ juicios de conocimiento”, en AbeledoPerrot online).----------

--- La conclusión indudable de estas premisas es que la sentencia que concede algo fuera de lo pedido, lesiona las garantías constitucionales de los demandados de propiedad y defensa en juicio, pues desde que a las partes incumbe fijar el contenido y alcance de la tutela jurídica, incurre en flagrante incongruencia el juez que se aparte de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 14/5/98, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA /ARTEAR Canal 13 TV v. Secretaría de Comunicaciones /Dto. 92/97 R. 14/97 s/ amparo ley 16986. /Causa nº 2012/97”, en AbeledoPerrot online).----------

--- Ergo, el decisorio de grado, en lo que no se ajusta a un pretensión del accionante, debe ser dejado sin efecto, procediendo así la revocación de la condena establecida en el grado de pagar diferencias insolutas en el monto de la indemnización tarifada de la ley 24.557.----------

--- Se ha explicitado supra que resulta inacogible el reclamo de pago de diferencias respecto del monto de la indemnización tarifada, lo que torna abstracto analizar cuestiones tales como el grado de incapacidad del trabajador y el término de inicio del cómputo de intereses moratorios sobre esa supuesta diferencia; ergo, deben declararse abstractos los agravios C y D del actor apelante y Nº 4 del accionado recurrente.---------

--- Sabido es que los jueces no deben ingresar al tratamiento de cuestiones abstractas; ello pues las litis no se vertebran en cuestiones abstractas ni en disquisiciones académicos, sino en conflictos cuya resolución presenta un interés actual.----------

--- Normativamente los tribunales no están autorizados a pronunciarse en abstracto o respecto de cuestiones planteadas por quienes no ostentan una legitimación clara y suficiente.----------

--- Desde el siglo XIX y hasta nuestros días, se estableció normativamente que sin controversia no hay pronunciamiento judicial válido y cae de su peso que sin legitimación suficiente e idónea de una de las partes no hay controversia posible. Ya en el art. 2 de la llamada ley 27 (conforme la segunda numeración, desde la instalación del Congreso en Buenos Aires), Ley de Organización de la Justicia nacional (Anales T. 1 (1852/1880), pág. 354) se exigió claramente que los pronunciamientos judiciales se produjeran en casos contenciosos y no ante planteos o situaciones abstractas.----------

--- Jurisprudencialmente ha ocurrido lo mismo. La Excma. CSJN siempre ha requerido del caso concreto para la validez de un fallo, anulando los pronunciamientos teóricos o efectuados en litis sin un contradictor legitimado suficientemente. Efectuando un racconto, puede decirse que la primera vez que la Excma CSJN sostuvo que no cabía que los tribunales se pronunciaran en abstracto, esto es, sin que sus manifestaciones resultaran aplicables a un “caso”, se produjo in re “Varios comerciantes de Rosario pidiendo una declaratoria” (Fallos primera serie, tomo I, pág. 25). Esta línea se

mantiene y profundiza en el caso “Dr. D. José Roque Pérez” (Fallos serie 1º, Tomo 2, pág. 254), y todavía en forma más específica en la causa “Civil y Crim. C/ Don Félix Eusquiza y don Cipriano Ayala.----------

--- Para la Excma. CSJN, desde su instalación como Tribunal a mediados del siglo XIX, no resulta procedente que los jueces se pronuncien sobre supuestos abstractos, esto es, en un caso que no ostente claramente los perfiles y características de un “caso” judicial, criterio que se mantiene invariable al presente. Ergo, tales aspectos deben hacerse a un lado. ----------

--- En cambio, posee actualidad –y, por ende, debe ser tratada- la cuestión de la falta de legitimación pasiva de la aseguradora de riesgos del trabajo, en lo tocante a su condena en las costas derivadas de su intervención en esta litis.----------

--- Resulta claro de la lectura completa de la causa y documentación anexa que la aseguradora de riesgos del trabajo citada lo ha sido erróneamente por el demandado como tercera al proceso. No parece haber advertido quien la citara que asegurado y aseguradora de riesgos se hallaban vinculados por un contrato de seguro de riesgos del trabajo, pero no por uno de responsabilidad civil, lo que hacía que no fuera obligado al pago de la obligación reclamada en autos la aseguradora citada, con lo que su citación fue innecesaria.----------

--- Ergo, las costas originadas por la intervención en autos de la aseguradora citada como tercero, deberán ser afrontadas por quien la citara innecesariamente. ----------

--- Esta solución se halla contenida en un fallo de la CNTrab., Sala 3ª a cuyo criterio adhiero. En dicho fallo se decidió que la intervención que contempla el art. 94 , CPCCN. es admisible cuando la controversia es común, supuesto que se configura cuando una de las partes en caso de ser vencida se halla habilitada a ejercer una acción de regreso contra el tercero, o bien cuando existe conexidad entre la relación jurídica sobre la cual versa el proceso y el vínculo jurídico que existe entre el tercero y uno de los litigantes. En el momento de decidir sobre la integración del litigio no cabe exigir al peticionario las pruebas de la situación de hecho que invoca, pruebas éstas que han de producirse durante el proceso -precisamente con el control de la parte citada- y valorarse en la sentencia. En el momento inicial, lo único que cabe valorar es la viabilidad procesal del pedido de citación de tercero a la luz de los hechos invocados. Si el pedido es inadmisible debe ser desestimado in limine. Si no lo es, es preciso acogerlo; y, **si más tarde los hechos invocados no se acreditaren, el citante tendrá a su cargo las costas del tercero indebidamente citado** (C. Nac. Trab., sala 3ª, 23/11/07, “Bobinac Roxana Paola v. Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ despido”, en AbeledoPerrot online).----------

--- El principio es que la citación innecesaria de un tercero torna responsable al citante de las costas de la comparecencia de éste, porque constituiría una iniquidad y una injusticia que el citado innecesariamente cargue con sus costas, ya que nada justificaba

su citación y, tampoco puede cargarse en costas al actor por la citación de quien nada tenía que ver con el reclamo y a quien él no incluye entre los legitimados pasivos. --------

--- En cuanto al agravio del actor respecto de la imposición de las costas, y ya habiendo resuelto lo relativo a las costas de la citación de la aseguradora, el resto de las costas de grado habrán de ser soportadas por el actor, a mérito del principio rector de la derrota, que ha sido completa en autos, a tenor del íntegro rechazo de su demanda (arts. 68 C.P.C.C. y 59, Ley 69).- ----------

--- Quien ha visto rechazadas íntegramente sus pretensiones base de una litis no puede ser calificado en ella de otra manera que de vencido. Y el principio rector de nuestro ordenamiento es la imposición de costas al vencido, excepción hecha de supuestos excepcionalísimos y, por ende, de interpretación restrictiva, supuestos que no se configuran en el caso de autos.----------

--- Lo anteriormente expuesto, confirma la pertinencia de revocar la sentencia apelada exclusivamente en dos aspectos: el primero, en lo tocante a la condena al pago de una diferencia en la indemnización tarifada ya abonada por el demandado al actor; y el segundo, las costas devengadas por la intervención de la “La S. ART SA” citada como tercero, las que se imponen a quien la citara innecesariamente.----------

--- De seguido, resulta procedente la confirmación del decisorio apelado en los restantes aspectos motivo de recurso y agravios.----------

--- En cuanto a las costas de alzada, dada la victoria sustancial del demandado a quien se ha acogido un agravio relevante y desestimados la mayoría de los planteados por accionante –excepción hecha de las costas de la citación de la ART-, resulta pertinente la distribución de las costas de alzada, las que se impondrán al actor en un 95% y al accionado en el restante 5% (art. 71 C.P .C.C.).----------

--- Teniendo en mira la calidad, trascendencia, mérito y resultado de las labores curiales realizadas en esta instancia, procede la regulación de los respectivos emolumentos curiales en las siguientes alícuotas: para el Dr. A. M. S., el 7% del monto del proceso que se determine en etapa de ejecución; para el Dr. P. O. A., el 2,80 % de dicho monto de condena y para el Dr. N. 0. M., el 1,40 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en etapa de ejecución. Entiendo que dichas regulaciones se compadecen con la calidad, mérito y resultados de cada una de las participaciones profesionales (arts. 6, 7, 10, 14, 19, 47 y cctes., Ley 2.200).----------

--- Por las razones anteriormente expuestas, a la segunda cuestión, voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA TERCERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Visto el acuerdo que alcanzáramos al expedirnos sobre las anteriores cuestiones, corresponde: ----------

----A) Revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de dejar sin efecto la condena a pagar una diferencia en la indemnización tarifada e imponer al demandado las costas

devengadas por la intervención de la tercera citada, confirmándola en cambio en cuanto rechazara la demanda por responsabilidad civil con costas al actor.- ----------

----B) Imponer las costas de segunda instancia al actor en un 95 % y al demandado en un 5 %.- ----------

----C) Regular los honorarios de los Dres. A. M. S., P. O. A. y N. O. M., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 7 %, al 2,80 % y al 1,40 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse, en la que al capital demandado se añadirán los intereses que el mismo habría devengado hasta la data de este decisorio calculados de acuerdo a la tasa utilizada por el B. C. S. A. en sus operaciones de descuento.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

--- **A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión. ----------

---- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por excusación del Dr. Carlos Dante Ferrari (art. 8 de la ley 1130, textos ley 4550).----------

--- Trelew, de junio de 2.009.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

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

--- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de dejar sin efecto la condena a pagar una diferencia en la indemnización tarifada e imponer al demandado las costas devengadas por la intervención de la tercera citada, confirmándola en cambio en cuanto rechazara la demanda por responsabilidad civil con costas al actor.- ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia al actor en un 95 % y al demandado en un 5 %.- ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. A. M. S., P. O. A. y N. O. M., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 7 %, al 2,80 % y al 1,40 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse, en la que al capital demandado se añadirán los intereses que el mismo habría devengado hasta la data de este decisorio calculados de acuerdo a la tasa utilizada por el B. C. S. A. en sus operaciones de descuento.- ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDL.- Conste.-