En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil diez, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y presencia de la Sra. Juez Subrogante Dra. Etelvina PEREZ, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"O. A. A. c/ P. A. M. y otros s/ Daños y Perjuicios (Expte. Nº 24 año 2010 CAPM)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 137/2007), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones **PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

A LA PRIMERA CUESTIÓN:, el Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1. **La sentencia**

La sentencia de fs. 258/261 hizo lugar a la demanda incoada por A. A. O. contra J. C. P. y J. A. P. y condenó a abonar la suma de pesos diecisiete mil novecientos diecinueve con seis centavos ($ 17.919,06) en concepto de daño material y pesos cinco mil ($ 5.000) en concepto de daño moral con más intereses.

Hizo referencia la sentenciante a que el reclamo resarcitorio del actor giró en orden al lucro cesante, el daño psicológico y al daño moral.

Con relación al lucro cesante, consideró que se configura con la ganancia que la víctima hubiera dejado de percibir con motivo del evento dañoso.

Sostuvo que para que este rubro resulte indemnizable es menester acreditar tanto la actividad desempeñada por el que pretende la reparación como la existencia concreta de las pérdidas experimentadas. Entendió también que

por su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido cuando se acredita por prueba directa su existencia y cuantía, debiendo conducir a la certeza de la real producción del mismo.

La pieza decisoria estimó que el Sr. O. acreditó su trabajo en relación de dependencia con el Municipio de esta localidad, adjuntando recibos de sueldo incontrovertidos. De ellos surge –aseveró- que en su remuneración del mes de febrero, abril, julio, agosto y septiembre se le abonaron horas extras, y que el alta definitiva fue otorgada por la ART el 12 de enero de 2008 (fs. 214) donde se indica que regresó el actor al trabajo, y que lo hizo con una incapacidad laboral definitiva del 27,69 % (fs. 203).

Tuvo por cierto que durante el período de incapacidad temporaria O. se vio privado de obtener la remuneración que por horas extras percibía con cierta habitualidad.

Consideró, en consecuencia, que correspondía admitir el lucro cesante solicitado, para lo cual tuvo en cuenta el promedio de importes de tales horas de los seis meses anteriores al hecho (9 hs. extras mensuales a $14.74 la hora) y el período comprendido entre el accidente y la fecha de alta laboral (41 meses). Otorgó en ese concepto la suma de $ 5.439,06, con más intereses.

También admitió el daño Psicológico.

Refirió la sentenciante que nuestro ordenamiento no reconoce otro daño que el moral y patrimonial, por lo que no corresponde admitir este rubro de modo independiente sino que deben considerarse como parte de la reparación integral que se reconoce para el daño patrimonial, sin perjuicio de la repercusión que valorará luego al graduar el daño moral.

Merituó la pieza decisoria la pericia psicológica de autos, considerando que el accionante padecía perturbaciones sicológicas (no siquiátricas) que podían remitirse con apoyo psicoterapéutico.

En tal sentido, sostuvo que el tratamiento psicológico constituye un daño cierto e indemnizable , y que para evaluar su costo había de estarse al importe de $ 60, el que, a 208 sesiones (dos años con frecuencia bisemanal), totaliza el rubro la suma de $ 12.480 con más intereses.

Finalmente admitió el daño moral, sobre la base de los padecimientos físicos y espirituales sufridos por el actor.

Tuvo en cuenta para ello la pericia psicológica de fs. 223/225, otorgando por este ítem la suma de $ 5.000, con más intereses. Impuso costas a la demandada vencida.

2. **<u>Los agravios de la parte demandada</u>**

A fs. 281/283 se agravió la parte demandada en virtud de la errónea valoración de los medios de prueba colectados en estas actuaciones.

Se quejó por considerar que no se ha acreditado la cantidad de horas extras que realizaba mensualmente, ni cual era el "plus" económico promedio que la realización de las supuestas horas extras le implicaba.

Sostuvo que la sentenciante de grado, apreció erróneamente la documental aportada por la contraria, ya que el actor no percibía remuneración por horas extras con habitualidad.

Señaló que la actora sólo acompañó 12 recibos de sueldo; siete de ellos (febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre) corresponden a pagos de haberes previos al hecho objeto del presente proceso.

También se agravió esa parte por el exceso en que incurrió la sentenciante de grado al pronunciarse sobre el rubro "daño psicológico".

Se quejó por cuanto entendió que el reclamo de la parte actora no incluyó el de tratamiento psicológico, omitiendo considerar el informe que obra a fs. 155/216.

Finalmente fue objeto de agravio el favorable acogimiento del rubro daño moral, y eventualmente el excesivo monto indemnizatorio reconocido en ese concepto.

Sostuvo que no quedaron acreditadas las lesiones, sus secuelas, ni las condiciones personales de la víctima.

A fs. 284 se corrió traslado de la expresión de agravios a la parte actora, el que fue contestado a fs. 289/290.

3. <u>El lucro cesante</u>

Con respecto al agravio motivado por el lucro cesante, se ha sostenido que el mismo es la ganancia o utilidad de la que se ve efectivamente privado el damnificado a raíz de un ilícito o el incumplimiento de la obligación. Ello implica una falta de ganancia o de un acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia.

El lucro cesante se integra por rubros diversos, de no inexorable acaecimiento, pero sí de muy alta probabilidad.(cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J. "Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del Daño", Ed. La Ley, 2006, p. 77).

La Sra. Jueza de grado ha considerado, a los efectos de otorgar indemnización por lucro cesante, la remuneración de los meses de febrero, abril, julio, agosto y septiembre de 2005 que luce en los no controvertidos recibos de sueldo de autos.

Señala luego que, en los meses subsiguientes no se le abonaron tales conceptos. Concluye, teniendo por cierto que durante el período de incapacidad se vio privado de obtener tal remuneración.

Del análisis de la prueba documental acompañada, surge que al actor se le abonó tal concepto: en el mes de febrero de 2005 (ver fs. 36) por 19 horas

extras al 100% y 16 al 50%; en el mes de abril de ese año (ver fs. 35) percibió sólo un ajuste; en el mes de julio (ver fs. 32) por haber laborado 9 horas extras al 50%; en el mes de agosto (ver fs. 31), por trabajar 3 horas extras y en el mes de septiembre (ver fs. 30), por la cantidad de 4.5 horas extraordinarias.

El infortunio mencionado data del 19 de agosto de 2005. Todo ello permite deducir que el actor venía realizando horas extras y se le abonaron por períodos anteriores al mes de su liquidación, en forma ininterrumpida, durante tres meses consecutivos.

No obstante, la Sra. Jueza *a quo*, practica un cálculo aritmético de "promedio de los seis meses anteriores", llegando a un resultado con el cual me permito discrepar.

En efecto, para arribar a tal conclusión se vale de la "cierta habitualidad" con que el actor venía realizando horas extras, a la luz de haberlas percibido sobre tres períodos consecutivos.

El lucro cesante es una pérdida de ganancias cierta. Me adelanto a señalar que no advierto que tal ingreso percibido adicionalmente por el trabajador en forma sucesiva por el lapso de tres meses y discontinua en cuanto a la cantidad de horas laboradas, cumplan con ese recaudo de certeza.

"El concepto de lucro cesante es de estimación restrictiva puesto que las ganancias perdidas han de probarse con rigor, sin ser dudosas o no fundadas o fundadas sólo en esperanzas" (TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., op. cit. p. 82).

En efecto, el hecho que el actor acreditara que venía realizando horas extras por un breve tiempo, aunque inmediatamente antes al infortunio, y que lo hiciera de modo irregular en cuanto a la cantidad de horas que ocupaba en ellas, no alcanza para convencer al juzgador que esa realidad habría de proyectarse en el tiempo.

La orfandad que exhibe el plexo probatorio en este acápite no me permite coincidir con la sentencia puesta en crisis.

No basta, para tener por acreditado este rubro con arrimarle al juzgador meras imaginaciones; es necesario, por el contrario, que exista una cierta probabilidad objetiva que resulte del curso ordinario de los acontecimientos.

En todo caso el actor debió acreditar en qué utilizaba el tiempo para cubrir tales horas de trabajo.

Adviértase al respecto que se le han abonado algunos períodos al 50% y otros al 100%, lo que significa que en ocasiones habría laborado en días comunes, en tanto en otras lo habría hecho en días sábado después de las 13 hs., domingos o feriados (arg. art. 201, LCT). Nada de ello se probó.

Tampoco se denota de la prueba rendida que el empleador hubiese necesitado de las horas extras del trabajador para realizar tareas en ese lapso que padeció la incapacidad resultante del ilícito de autos.

En fin, la prueba de los recibos de sueldo acompañados no permiten deducir que, por haber percibido durante cuatro períodos sumas por horas extras (sólo tres de ellos en forma sucesiva), este extremo se prolongara en el tiempo. Menos aun que las horas extras habrían de ser laboradas durante todo el tiempo de la incapacidad.

De ello se infiere que tampoco debió computarse promedio alguno, tal como lo hiciera la Sra. Jueza de la instancia anterior, pues tal cálculo no se compadece con elementos objetivos que lo hagan conducente.

DE ÁNGEL YAGÜEZ señala que *"la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber sucedido"* (DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Comentario del Código Civil. Ed., Ministerio de Justicia. Madrid. T° II, p. 50).

De tal suerte, el actor debió arrimar a autos elementos que permitieran complementar los escasos existentes y así, cuantificar debidamente el rubro. En el caso, se trata de realizar investigaciones esencialmente prospectivas, ya que la ganancia estaba por venir.

Tal evaluación debe integrar hipótesis atinentes a la causalidad entre el hecho dañoso y la ganancia perdida (cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. op. cit., p. 83).

De tal modo el actor debió haber probado concretamente qué hubiera ocurrido, verosímilmente, si el evento no se hubiera producido. No se trata de adivinar el futuro, pues ello es imposible humanamente, pero sí de hacer aplicación del art. 901 del Cód. Civil, que consagra el principio de normalidad. Máxime en circunstancias como las del rubro, donde no se está reclamando por una remuneración mensual que es una imposición legal del empleador al trabajador, sino de horas que, como la palabra lo indica son "extraordinarias", y que según las reglas de la experiencia son facultativas del empleador, y por su naturaleza, la "habitualidad" a la que se refiere la sentencia de grado ha de ser acreditada tal como todos los demás aspectos puestos a juzgamiento, pues se trata de una cuestión de neto contenido fáctico. *"Son postulados propios de la teoría de la causa adecuada, que requiere un examen "a posteriori" de ocurridos los efectos, y según las circunstancias y factores de los cuales se originan. La habitualidad objetiva de su suceder implica su normalidad, y éste a la vez, su previsibilidad"* (Cám. Civ. y Com., San Nicolás 7350 RSD – 214-5 S 4-10-2005, in re : "Cheyllada, Raúl T. C/ Costadote, Andrés A. y otros s/ Ds. y Ps.").

El concepto de normalidad que encierra la causa adecuada (que Von KRIES denomina "coeficiente de universal experiencia") requiere que todos los eslabones que integran el proceso causal sean adecuados. La regularidad debe existir en cada etapa del iter causal. Es decir, para que se le atribuya un resultado determinado, es necesario que todas las circunstancias

intermedias hayan sucedido también de forma normal, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios (cfr. DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. “La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. p. 91/93).

En el derecho argentino y según la teoría causal que él recepta, causa es solamente la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado, debiendo regularmente producirlo.

Para determinar la causa de un daño se debe realizar ex post facto un juicio o cálculo de probabilidades, prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido.

Dicho juicio de probabilidad o de adecuación causal “es neutro, en el sentido de que resulta ajeno a toda valoración acerca de la justicia o injusticia de la situación generada y específicamente a la mayor o menor reprochabilidad subjetiva que de ella pueda emerger” (RINESSI, Antonio Juan, “La causalidad en el derecho positivo argentino, Comparaciones con otros ordenamientos”, en “Revista de Derecho de daños”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003, T. 2003-2, p. 124) .. (Cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala B, in re: “N. , Jorge Omar c/ L., César Juan y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 22.052 – año 2007)

Lo que se reprocha a la parte actora es el hecho de no haber acreditado esa cadena causal que permitiese tener por probado cabalmente que dichas horas extras habrían de sucederse en el tiempo con habitualidad, normalidad y regularidad, erigiéndose de ese modo en el lucro cesante peticionado. Es más, el propio actor, al absolver posiciones reconoció que pese al infortunio padecido mantuvo su nivel de ingresos (ver contestación a la posición 1°, de fs. 148), restando virtualidad al reclamo.

Adelanto que en este aspecto propondré al Acuerdo mi voto negativo.

4. <u>El daño psicológico</u>

Solicita la demanda la indemnización por daño psicológico, aduciendo que este rubro ha de ser resarcido como autónomo, o en todo caso, acrecentando el monto del daño moral.

La sentencia puesta en crisis hace referencia a que nuestro ordenamiento no reconoce otro daño que el moral o el patrimonial.

No obstante, reconoce luego que los sucesos de autos han desencadenado perturbaciones psicológicas, estableciendo como daño psicológico un monto equivalente al tratamiento de 208 sesiones (dos años, con frecuencia bisemanal) que ascienden a la suma de $ 12.480.-

Sin adentrarme en el análisis de lo adecuado o no de la cuantificación practicada por el decisorio de la otra instancia en este rubro, sostengo que el ordenamiento civil no admite más que dos parcelas del daño: el patrimonial y el moral.

Y ello es así, pues por imperio del art. 1068 del Cód. Civil el daño que se involucra reconoce sólo esa dualidad. Daño es lo que altera la integridad física hasta el menoscabo de la morada, pasando por el del prestigio, del crédito comercial o del derecho del nombre o la invasión a la esfera íntima y en todos los casos debe valorarse atendiendo a las circunstancias personales, socioeconómicas y culturales. Pero siempre, en función de esos dos anaqueles que nos autoriza la ley positiva.

No hay terceros géneros indemnizatorios. Y como tal, dicho daño debe ser computado, si resulta indemnizable, dentro del rubro daño moral o dentro del acápite patrimonial, o en ambos a la vez, según las particularidades del caso; pero en ningún caso cabe su resarcimiento autónomo (cfr. Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 18/11/99, in re " Del Valle Ferreira, Osvaldo c/ Estado Nacional – Ejército Argentino", J.A. 2000-IV-234). También lo ha señalado la Cámara Nacional en lo civil: *"El daño psicológico carece de autonomía, por cuanto se trata de un detrimento que puede tener proyecciones potenciales en el daño moral o en el material"*(LEVIN, Gregorio c/ M.C.B.A. s/ DAÑOS Y

PERJUICIOS CNCIV - Sala D - Nro. de Recurso: D039427 - 14-5-1997 - elDial - AE3CD). Calificada doctrina también ha puesto el acento en destacar ese postulado, señalándose al respecto que el daño psicológico no es un rubro resarcible por sí mismo, sino en cuanto causa daño patrimonial o moral (cfr. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. "Incapacidad sobreviniente y lesión estética". en LL 1989-C-521).

Así las cosas, debe entenderse que el daño psicológico como tal no ha de ser indemnizado como un tercer género, extremo que si bien condena la sentencia atacada al comenzar a tratar la cuestión, finalmente termina reconociendo.

También en este aspecto, adelanto que acogeré los agravios de la demandada.

5. **El daño moral**

Se agravia el apelante por cuanto se ha reconocido daño moral, pese a la orfandad probatoria de las lesiones; eventualmente lo hace por el monto excesivo otorgado por la sentenciante en la otra instancia.

Respecto del primer aspecto señalado, la Sra. Jueza de la otra instancia ha tenido en cuenta para otorgarlo, entre otras consideraciones, la pericia psicológica de fs. 223/225, lo que entiendo atinado a la luz de las aseveraciones predichas en cuanto a que el daño psicológico ha de quedar subsumido en el daño moral y/o en el patrimonial, pero nunca como rubro autónomo. Decidir en contrario, significa que el juzgador otorga una doble indemnización por el reclamo, lo cual es inaceptable.

Debo señalar que de las constancias de fs. 155/213, surge la existencia de las lesiones inferidas al actor y su correspondiente conexión causal –esto es, según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 901, 903,522 y cc. del Cód. Civil) -con el reclamo en análisis. Es más: A fs. 205/6 luce documental en copia que acredita que el actor percibió una suma indemnizatoria por la

incapacidad resultante del infortunio de autos, y que fuera abonado por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

La afectación padecida habilita la indemnización que se analiza. Así, se ha dicho que *"Siempre que se constate que una persona ha sufrido un dolor físico agudo o padecimientos físicos o morales de importancia, se está en presencia de un daño moral resarcible*" (Cám. Nac. Civ., Sala C, 20.09.99, LL 2000-C-94, J. Agrup. Caso 15.081, entre otras).

Con relación al segundo aspecto (esto es, al justiprecio del rubro), comparto el criterio sostenido por la Sra. Jueza de la otra instancia.

No obstante, ha de aclararse que la medida del dolor en términos pecuniarios es hasta cierto punto, inasible. Una vez sufrido, el daño moral es imborrable, de manera que la única reparación jurídicamente posible es la dineraria (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. "Resarcimiento de daños" 5ª. , Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, p. 62).

En este ámbito la doctrina es conteste en que se trata de un modo imperfecto de compensar el perjuicio, y que la determinación de la cuantía no depende mayormente de la sapiencia jurídica cuanto de un criterio de prudencia según la singularidad de cada caso y sus características, a fin de equilibrar el propósito legal –la compensación del daño sufrido- con el medio imperfecto con el que se cuenta –el dinero- procurando evitar el riesgo posible de un indebido enriquecimiento de la víctima. Se ha de acudir para ello a apreciar el perjuicio moral causado por el hecho que nos ocupa según el *standard* de "la intensidad del justo dolor del hombre medio" (MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Responsabilidad por daños", t. IV, Ed. Ediar, Bs.As., 1986, p. 67) (cfr. fallo y voto, Cámara de Apelaciones de Trelew citado).

Sí ha de tenerse particularmente en cuenta el carácter resarcitorio y no sancionatorio de este rubro. (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J.- TRIGO REPRESAS, Félix A, op. cit. p. 132/135). Ello, independientemente de

cualquier reparación de índole patrimonial que no tiene por qué guardar con ella ninguna clase de relación de equivalencia, ni norma alguna obliga a sopesarlo de ese modo. El dinero aquí no cumple una función valorativa exacta, sino de satisfacción frente al sufrimiento.

A su vez, el resarcimiento por este concepto es un medio compensatorio, no un equivalente. Nadie pretende .dar un equivalente, pues ya no es posible reparar en especie, es decir, reponer o lograr la reposición (arg. artículo 1083 del Código Civil). Dar medios de satisfacción frente al dolor no es lo mismo que tasarlo monetariamente. Decía IHERING que el dinero puede cumplir esa función de satisfacción, la cual no es igual que la equivalencia. Esto se hace en muchos órdenes de la vida y nadie se escandaliza: retribución por una labor intelectual, la del abogado, por ejemplo; la del médico, que salva la vida del paciente; la del artista que en la plástica, letras o música, lleva a cabo una obra con valores estéticos, y a quien se le viene a retribuir los derechos de autor. Es que en ninguno de estos casos es posible tasar o dar precio acumulativo y justo al intelecto, al talento, al arte o al espíritu, como, tampoco nadie pretende dar precio al dolor. Pero sí es posible compensar con el medio que se tiene como único y en la medida de las limitaciones humanas. (MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Estudios sobre Responsabilidad por daños – Fallos anotados y doctrina-", T° I , Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, 1979,p. 169/170).

Sin perjuicio de ello, es dable aclarar que me encuentro limitado al agravio para cualquier otra consideración sobre el monto del resarcimiento (cfr. art. 280, CPCC). Propondré confirmar el monto del resarcimiento dispuesto en la primera instancia.

6. **<u>Las costas</u>**

En este tópico cabe señalar que cuando se demandan varias pretensiones acumuladas, si alguna de ellas prosperan y otras son rechazadas deben

atenderse los vencimientos parciales y mutuos a fin de distribuir la imposición de costas en proporción razonable . El Máximo Tribunal de Justicia provincial ha sostenido que es correcta la aplicación del art. 71 del CPCC (hoy, 72) atendiendo al progreso parcial de la pretensión de la actora; "el reparto de las costas conforme lo informa la norma es proporcional y no aritmético, prudencial y acorde a las circunstancias de la causa", agregando asimismo que "el actor debe asumir las costas en la medida en que su pretensión se desestima, pues en dicha proporción reviste el carácter de vencido" (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. "El resarcimiento de daños", nº 3. El proceso de daños. Ed. Hammurabi, Bs.As, 1990, p. 389 y ss – STJ, causa nº 19607 –R-2004, 29.08.05, SD 09 S.R.O.E, voto del Dr. PASUTTI) (cfr. voto y fallo citados de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A).

Por las razones expuestas y tal como ha quedado resuelta la cuestión, propondré que las costas de primera instancia sean readecuadas (art. 282 del CPCC) y se impongan por su orden, sin modificar los honorarios profesionales, en virtud de la extensión, calidad y eficacia de las tareas que se han llevado a cabo (arg. art. 72 del CPCC)

Con respecto a las costas de esta instancia, y tal como ha quedado resuelta la cuestión en tratamiento, corresponde distribuirlas del siguiente modo: 70% a cargo de la actora y 30% a cargo de la demandada.

Por todo ello, voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A LA PRIMERA CUESTION: La Sra. Jueza subrogante Dra. Etelvina PEREZ dijo:

Mi colega de Sala se ha referido en forma por demás pormenorizada a los antecedentes fácticos de la causa, así como a las quejas del demandado apelante, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales

establecidas en los arts. 165, 166 del CPCC, de manera que abordaré directamente la cuestión traída a decisión a esta Alzada.

Cierto es que el rubro en cuestión comprende las ganancias dejadas de percibir como consecuencia directa del accidente, comprendiendo no sólo los ingresos laborales, sino toda otra actividad valiosa que pueda ser ejercida en la vida cotidiana. También queda claro el consenso jurisprudencial acerca de que el lucro cesante que se reclama debe ser probado y no puede presumirse (Conf. Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil Artículos 1066 a 1136 - Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasas – pags. 175 y jurisprudencia alli citada - Ed-Rubinzal Culzoni)

Analizada la prueba producida en autos desde tal perspectiva, coincido con el apelante en que es insuficiente para acreditar el lucro cesante pretendido.

No solo que con los escasos recibos salariales en los que constan montos percibidos por el rubro “horas extras” no ha logrado acreditarse la habitualidad en la percepción del rubro, sino que ha sido el propio actor mediante confesión expresa quien ha sostenido como cierto que a partir del hecho ocurrido el 19 de agosto de 2005 mantuvo su nivel de ingresos (ver respuesta a la posición primera a fs. 148.

Reiteradamente se ha dicho que la confesión expresa constituye "plena prueba" según el art. 423 C.P.C.C N-prueba tasada que escapa a la regla general de apreciación del art. 386 (conf. Morello y otros Códigos..." 1a. ed., V - 385 "a"), En idéntico sentido Arazi y Rojas “Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación , T. II art. 423 punto 2. Ed. Rubinzal Culzoni).

Por ello y sin más, corresponde hacer lugar al agravio para rechazar el rubro lucro cesante.

Al respecto, el Superior Tribunal Provincial ha expresado “...comparto la idea de aquellos que sostienen que “no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba

ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso" (v.gr., Sala 10ª en autos "L., L. s. c/ J. S.A. s/ Despido", del 17 de julio de 2001; y CNTrab., Sala X en autos " Barrios, Carlos Manuel c. Fortuna Seguridad S.R.L. s/ despido", 29/03/2005- E.D., 213-84). Concretamente, en igual línea de pensamiento, Perugini Eduardo R. en un trabajo doctrinario que tituló "Algo sobre las horas extras", sostuvo luego de afirmar que no existe ninguna norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en contrario-, que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, y que la posición restrictiva es incompatible con la realidad y la lógica, ya que exige un mayor rigor probatorio a un hecho que , cuando es real, es de difícil probanza por parte del trabajador afectado. Y destaca que los jueces deben resolver de este modo valorando los elementos de juicio obrantes en la causa a fin de determinar cuál es la verdad procesal sobre el tema, sin apelar a argumentos dogmáticos" (Conf. Revista Derecho del Trabajo, 1994-B, págs. 1370/1373)...."

"...En orden al silencio guardado por el actor durante la vigencia de la relación laboral, sin formular reclamo alguno, y el argumento defensivo de la empleadora de la teoría de los actos propios; también he de coincidir, con la fundamentación y conclusión al que arribó mi colega que me precede en la palabra...No es posible, interpretar jurídicamente, el silencio del actor, como una abdicación voluntaria a beneficios no disponibles que la misma normativa laboral le concede, en un todo de conformidad con el principio de irrenunciabilidad de los derechos contemplados por el art. 12 de la L.C.T. y la abundante doctrina que lo sustenta. ..." (conf. S.T.J.CH. "M., O.A. C/ S.N. S.A. S/ COBRO DE HAB. E INDEM. DE LEY (Expte. 21.147 – M- 2007 , 10/10/08 , 12/S.R.E.).

En cuanto al daño psicológico más allá de la conceptualización o no del mismo como autónomo, lo cierto es que la sentenciante de Ia. Instancia admite dentro de dicho capítulo un rubro no propuesto como lo es el costo de las sesiones psicológicas. Es desde tal aspecto que considero que corresponde hacer lugar al agravio.

Claramente desde la demanda se reclama bajo el título daño psicólgico sólo la perturbación espiritual sufrida, que claramente corresponde englobarse dentro del "daño moral". En cambio ni la más mínima referencia se efectúa al costo de un tratamiento psicológico.

Es que si bien es cierto que el juez puede omitir analizar los argumentos de las partes que a su juicio no sean decisivos, no puede otorgar más que lo que el actor pidió –ultra petitio- ni dar una cosa distinta de lo pedida, modificando las pretensiones formuladas por las partes –extra petita- (confr. Arazi – Rojas Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación , T. I comentario al art. 163 , pag. 546 y jurisprudencia alli citada).

Por lo expuesto, coincido con el voto del Dr. Vivas.

Con relación al daño moral, es la dimensión no económica del perjuicio padecido por la víctima y comprende no solo el dolor sufrido por el daño, las molestias del tratamiento médico y la disminución afectiva que el perjuicio proyecta hacia el resto de la vida del afectado.

En el sublite y partiendo de la base que el hecho en si se encuentra reconocido, así como el tratamiento médico al que el actor resultó sometido (ver informe de la aseguradora de riesgos del trabajo), cierto es que el actor ha padecido pena, incomodidad, desazón, sensación de disminución y frustraciones que es necesario indemnizar.

En cuanto al justiprecio de tal rubro efectuado por la Sra. Juez de Ia. Instancia, lo comparto totalmente, destacando que la cuantificación del daño judicialmente no puede ajustarse a criterios matemáticos ni

estadísticos, por lo que los jueces tienen amplias facultades para determinarlo.

En consecuencia, compartiré también en este aspecto la propuesta del vocal preopinante.

Finalmente y en cuanto a las costas comparto con el colega preopinante que la noción de vencido debe establecerse con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (conf. Arazi–Rojas "Código Procesal...", Rubinzal Culzoni Editores, 2001, T. 1 pág. 261), por lo que corresponde, de acuerdo al resultado del recurso, que las costas de Ia. Instancia sean readecuadoas (art. 282 ex 279 C.P.C.C) y se impongan por su orden sin modificar los honorarios profesionales, en virtud de la extensión calidad y eficacia de las tareas que se han llevado a cabo.

En cuanto a las generadas en esta Instancia, comparto con el colega preopinante en que corresponde distribuirlas del siguiente modo: un 70% a cargo de la parte actora y un 30% a cargo de la demandada.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse vacante una vocalía art.6° Ley V N° 17). Voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por la distinguida Sra. Jueza de Cámara subrogante, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente: **CONFIRMAR PARCIALMENTE** el decisorio de fs. 258/261 en lo relativo al rubro "daño moral", **REVOCÁNDOLA** en orden a los rubros reclamados "lucro cesante" y "daño psicológico".

READECUAR las costas de la primera instancia (art. 282 del CPCC), imponiéndolas en el orden causado.

IMPONER las costas de esta instancia en un 70% a la actora y en un 30% a la demandada (art. 72 del CPCC)

REGULAR los honorarios por la labor en la alzada de la Ab. M. L. P. y del Ab. C. A. V. en el 15%, a cada uno de ellos, de los que se regulen en la primera instancia; y los de la Ab. A. C. P. en el 25% de los que se regulen en primera instancia (arts. 5, 6, 13 y 46 , Ley XIII- N° 4 - antes Ley 2.200-).

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTION: La Sra. Jueza Subrogante Dra. Etelvina Perez dijo:

En vista del acuerdo alcanzado precedentemente, corresponderá pronunciarse en el modo en que lo hace el Sr. Presidente que me ha precedido en el voto.

Asi lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse vacante una vocalía (art.5° Ley N° 17).

Puerto Madryn, de septiembre de 2010.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) **CONFIRMAR PARCIALMENTE** el decisorio de fs. 258/261 en lo relativo al rubro "daño moral", **REVOCÁNDOLA** en orden a los rubros reclamados "lucro cesante" y "daño psicológico".

2) **READECUAR** las costas de la primera instancia (art. 282 del CPCC), imponiéndolas en el orden causado.

3) **IMPONER** las costas de esta instancia en un 70% a la actora y en un 30% a la demandada (art. 72 del CPCC)

4) **REGULAR** los honorarios por la labor en la alzada de la Ab. M. L. P. y del Ab. C. A. V. en el 15%, a cada uno de ellos, de los que se regulen en la primera instancia; y los de la Ab. A. C. P. en el 25% de los que se regulen en primera instancia (arts. 5, 6, 13 y 46 , Ley XIII- N° 4 - antes Ley 2.200-).

5) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE**

REGISTRADA BAJO EL NO. DE 2010. SDC.- CONSTE.