--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., G. F. c/ E. D. S. A. S.R.L. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. Nº 180 - Año 2011)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 172. ----------

---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Sr. Juez de Cámara, Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA, dijo: ----------

--- **I**. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 145/153 vta.) declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 6, 8, 9, 14, 15, 21, 22, 39 inc.1, y 40 de la ley 24557, rechazándola respecto de los artículos 46 inc. 1º, 49 cláusula adicional primera de la ley 24557 y 75 de la LCT e hizo lugar a la demanda por accidente de trabajo promovida por G. F. M., condenando a E. D. S. A. S.R.L. a abonar al actor la suma de $ 67.148,86, con más los intereses calculados a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento, desde la fecha del evento dañoso -09/12/2007- , hasta su efectivo pago, imponiendo las costas del juicio a la demandada vencida y procediendo a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.-

--- **II.** El fallo es apelado a fs. 156 por la Sra. P. A. F. en representación de la demandada E. D. S. A. S.R.L., siendo concedido el recurso a fs. 157, y fundado con la pieza procesal de fs. 166/169, que contiene, en síntesis, los siguientes motivos de agravio: En primer lugar se agravia por cuanto el juez de grado omitió considerar los argumentos vertidos por su representada, en cuanto a que si bien el actor en la instancia administrativa suscribió un acuerdo con la Aseguradora en relación al porcentaje de incapacidad asignado por esta última (11,35%), presentándose voluntariamente ante la Comisión Médica al sólo efecto de que se homologue dicho convenio, decidiendo ésta “motu propio” no homologar el referido acuerdo y otorgar al Sr. M. un porcentaje de incapacidad superior (17,67%), posteriormente procedió a cuestionar el porcentaje de incapacidad, previamente por él aceptado y consentido, y a tachar de inconstitucional el régimen reparatorio de la Ley de Riesgos del Trabajo, luego de haber percibido las prestaciones dinerarias por parte de la Aseguradora. Sostiene que el accionante, al suscribir el acuerdo que se presentó para su homologación, implicó un sometimiento absolutamente voluntario al Régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo, el que luego impugnó en sede judicial. Refiere que el sometimiento voluntario a un régimen jurídico obsta a su impugnación con base constitucional, como lo tiene dicho la C.S.J.N. en numerosos fallos, los que cita a continuación. Seguidamente se agravia, de que el *a quo*, actuando en forma arbitraria, omitió descontar del monto indemnizatorio correspondiente a la incapacidad parcial y permanente del actor, la suma ya percibida por éste ante la Aseguradora, la que

ascendía a $ 14.296,34, y en consecuencia hizo lugar al rubro por la suma de $ 37.148,86. Manifiesta que resultó evidente la arbitrariedad de la sentencia en este aspecto, ya que al omitir restar la indemnización ya cobrada por el demandante, consagró un sistema acumulativo de reparación (indemnización de la L.R.T. más indemnización del Código Civil), no previsto en norma jurídica alguna ni receptado jurisprudencialmente, y que tal arbitrariedad resultó manifiesta en tanto el pronunciamiento no contenía ningún argumento que justificase la metodología aplicada. Asimismo se agravia por cuanto el juez de grado al aplicar la fórmula del fallo "VUOTTO", que curiosamente denominó "fórmula de Hunicken-Vázquez Vialard", insertó entre las variables del cálculo "un total de 35 períodos contabilizados a partir de los Treinta y Cinco años de edad que tenía cuando sufrió el accidente". Remarca que en la demanda el actor tomó como guarismo de la misma variable el valor 30, añadiendo que eran los años que le restaban para acceder a la jubilación ordinaria y que pese a ello, el sentenciante de manera arbitraria, otorgando más de lo pretendido por el reclamante, aumentó sin ninguna explicación, los períodos a considerar para el cálculo de dicha indemnización. A renglón seguido se agravia de que el juzgador, en forma injustificada, hizo lugar al rubro "Pérdida de chance", configurando ello una doble indemnización por el mismo concepto, en virtud que la disminución en la capacidad laborativa del actor, es decir la merma en sus potencialidades laborales futuras, ya había sido indemnizada por el *a quo* en el rubro "Incapacidad laboral sobreviviente", el que tiende a reparar la incidencia que proyecta el menoscabo irrogado por el infortunio en las posibilidades económicas futuras de la víctima. Máxime aún, cuando no obraba elemento alguno, ni tan sólo indiciario, que permitiera suponer con el grado de certeza que requieren los daños indemnizables, alguna posibilidad concreta de frustración de proyectos económicos del accionante, ni que éste se viera impedido de continuar realizando el mismo trabajo que efectuaba antes del accidente, por lo que nada habilitaba a presumir que su remuneración podría ser inferior a la que venía percibiendo. Por último se agravia por cuanto el juzgador hizo lugar al rubro Daño Moral por la suma de $ 20.000, basado en que el actor a consecuencia del accidente de trabajo del que fue víctima, sufrió una lesión de cierta gravedad que le infligieron padecimientos de diversa índole como las incertidumbres y la posibilidad cierta de que dicha dolencia pudiera agravarse. Sostiene que, no se ha acreditado en autos ninguna posibilidad cierta de que la dolencia sufrida por éste, completamente consolidada poco tiempo después del accidente, pudiera agravarse en el futuro, por lo que debe entenderse que, bajo el rubro "Daño Moral" se indemnizó también la hipotética alteración emocional por una no probada posibilidad de agravamiento de la lesión. Concluye en definitiva, solicitando se revoque la sentencia recurrida en cuanto es

motivo de agravios, desestimando en todas sus partes la demanda entablada por el accionante, con expresa imposición de costas.----------

--- **IV.** Corrido traslado a la contraria del memorial de agravios mediante providencia de fs. 170, el mismo no es contestado.----------

--- Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a revisión de esta alzada, anticipo que el primer agravio no puede ser acogido, dado que afirma que la sentencia de grado ha omitido considerar aspectos oportunamente planteados, mencionado en este sentido al sometimiento voluntario a un régimen jurídico y a la doctrina de los actos propios. El problema es que, consultada la presentación efectuada por la accionada en la faz postulatoria del proceso, tales tópicos no fueron introducidos temporánea y suficientemente a la litis en tiempo propio, como surge claramente de la lectura del responde de fs. 27/30vta. donde no se menta directamente la doctrina de los actos propios ni la del sometimiento voluntario a un régimen jurídico, ni implícitamente tampoco se da pie con alguna alegación a considerarlas introducidas temporáneamente a la liza.----------

--- Tal proceder hace que a tenor de lo dispuesto por el art. 280 Ley XIII, Nro. 4, ex art. 277 CPCyC, tales argumentos resulten inaudibles en esta sede.----------

--- Es que la norma citada edicta: "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia".----------

--- La apelante parece haber obviado dicha norma, dado que pone a consideración de este Tribunal de alzada extremos de hecho que no fueron planteados a la consideración del Sr. Juez de grado, como surge de la rápida lectura de su responde, especialmente de fs. 27/30vta.----------

--- Esta Sala, con fecha 26/3/09, in re "C. de W., D. E. c/ C. D. O. y M. T. y otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nº 30 año: 2008) e in re "S., G. c/ I. D. O. y T. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte Nº 23- 2009 (C.A.N.E) y a través de sendos votos de mi autoría, dejó sentado que por aplicación de lo dispuesto en el art. 277 CPCyC resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de este tribunal hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso.----------

--- Se agregó en ellos y en fallos anteriores de la Sala que no es lícito a este cuerpo ocuparse de cuestiones no sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado, por impedírselo la expresa norma del art. 277 CPCyC. En nuestro sistema procesal, caracterizado por el escalonamiento de etapas preclusivas, la primera limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Juegan en ello principios liminares que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos; del otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, porque en el

sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporen de nuevas pretensiones y oposiciones. También en este grado rige el principio de congruencia, pauta general consagrada para todo el proceso, y, por lo tanto, las cuestiones que no han sido materia del litigio, porque en la demanda y su contestación no fueron introducidas, no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis (arts. 271 últ. párr., 277 CPCyC).----------

--- De tal modo, la expresión de agravios no es una pieza procesal que otorgue a una parte la ocasión de modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos no introducidos en la etapa postulatoria del proceso (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala, 31/07/2009, “N., K. M. c/ E. S.R.L. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley" (Expte. 349 - Año 2009 CANE).----------

--- Ello así, en caso de entrar a tratar el primer agravio de la accionada de fs. 166/169, esta alzada estaría violando abiertamente el ex art. 277 CPCyC y el sistema de asignación de jurisdicción y competencia en que reposa. Ello resulta inadmisible, por lo que el primer agravio debe ser desoido.----------

--- En lo tocante al segundo y tercer agravios, relativos a la impugnación del monto del capital de condena que determinara el a quo, efectivamente de la lectura de la sentencia y de las demás constancias de la causa, surge que tal cálculo del a quo es gravosamente erróneo, afectando el principio de congruencia (arts. 163 y 34 CPCC), al conceder a la actora incluso más de lo que ésta peticionara, lo que ocurre por una doble vía, por un lado al tomar el número 35 como índice de los años existentes entre la edad del accionante al momento del accidente y la edad de 70 años, cuando el propio actor a fs. 12 y 15vta. utilizó el índice 30 y especificó claramente que reclamaba resarcimiento hasta la jubilación ordinaria del actor, esto es, los 65 años. En segundo lugar, el actor reclamó la diferencia existente entre lo que según él se le adeudaba y lo ya cobrado ($ 14.296,84), suma que el a quo no restó del cálculo, yendo también en esto más allá de lo pedido y afectando el principio de congruencia.----------

--- Bien se ha decidido sobre el particular que una de las garantías del debido proceso consiste en el marco que tiene la judicatura para no introducir alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa; por ello la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. Superando este marco, se produce el quebrantamiento del principio de congruencia (arts. 34 inc. 4° y

163 inc. 6° CPCC) (C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 25/02/1999, “Banco Mayo Coop. v. Goren, David s/ Cobro ejecutivo”, en Juba sum. B101196).----------

--- Es deber de los jueces cuidar que las resoluciones judiciales se adecuen al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido de aquellas y el objeto de las peticiones -pretensiones y oposiciones- que delimitan el thema decidendum (Cám. Apels. de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 18/02/2004, “Lasa, Rubén F. c. Saldivia, Martín y otro”, LLLitoral 2004 (diciembre), p. 1190).----------

--- Sin desmedro de lo privativo del Juez en materia del encuadre jurídico de la cuestión litigiosa, ha menester que las circunstancias fácticas condicionantes son "inmodificables" para el juzgador (narra nihil factum, dabo tibi iud), y ello porque el principio de congruencia trasunte el marco de posibilidades decisorias del juez en lo que hace -para el caso- al alcance de las cosas pedidas conforme ha quedado trabada la litis, vedando por ende al órgano jurisdiccional reconocer a ninguna de las partes lo que "no ha sido solicitado" así como también algo más o distinto (Constitución Nacional, art. 18; Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 9; CPCC arts. 34 y 163) (C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 11/08/1992, “Segura, Vilma Estela y otro v. Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, en Juba sum. B150811).----------

--- En tal situación, la suma a concederse por incapacidad sobreviniente al actor es la de pesos veinte mil novecientos setenta y dos con setenta y nueve, que surge de aplicar la fórmula que aplicara el juez de grado, pero con un coeficiente de 30 años, lo que da la suma de $ 35.269,63, a la que debe restarse lo ya pagado en sede administrativa al actor ($ 14.296,84), lo que arroja la suma de $ 20.972,79, suma por la que prospera la demanda por este rubro.----------

--- En lo tocante a los rubros pérdida de chance y daño moral, hay que hacer algunas aclaraciones.----------

--- En autos no podía prosperar el reclamo por pérdida de chance, porque el rubro había sido solicitado de manera deficiente por el actor, ya que ni siquiera describió –ni que hablar de probarlo- en qué consistía esa pérdida de chance, fundando el reclamo en generalizaciones inadmisibles.----------

--- El a quo acogió el reclamo, concediendo por pérdida de chance una suma que no se sabe bien a qué obedece y que se aproxima notoriamente al concepto de la incapacidad sobreviniente, lo que implicaría una doble indemnización de un mismo daño, lo que manifiestamente no procede convalidar.----------

--- Es dable recordar que es doctrina legal vigente (cfr. mi voto en decisión de esta Sala del 29/07/2009, in re "P., R. E. y otra c/ Provincia del Chubut y otro s/ Daños y Perjuicios - sumario" (Expte. 28 - Año 2009 CANE), que la concesión de un resarcimiento por pérdida de chance exige la necesidad de realizar un juicio de probabilidad, para apreciar si el damnificado pudo verse privado de obtener una ganancia.----------

JOSE PABLO DECALZI
SECRETARIO DE CAMARA

--- Como brillantemente se dijera hace algunos años en palabras que merecen recordarse: "Cuando la posibilidad se vislumbra concreta hasta el grado de probabilidad, no es dudosa la procedencia de indemnización por su desbaratamiento. Queda claro que -por la vinculación de la exigencia de certidumbre a la realidad presente o futura del daño- el extremo básico es la inducción del grado suficiente de convencimiento sobre su producción, que deberá formarse en la apreciación de la prueba sobre la base de los elementos acreditados y al curso de sucesos dictado por la común experiencia. Este matiz decisivo no resulta tan evanescente como sugieren las palabras. Bastará partir del cuadro causal. El agente del daño interrumpió culpablemente el desarrollo de una cadena de hechos susceptible de provocar ganancias o evitar pérdidas al damnificado. Por esto la apreciación se asentará en la consumación del acontecimiento que sirve de inicio a la concatenación causal" (GARCÍA CÁFFARO, José L., Es indemnizable por pérdida de "chance" el extravío bancario de cheque rechazado", en LL 1981-C, 100).----------

--- En palabras de YZQUIERDO TOLSADA, en la pérdida de chance "hay incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre de posibilidad. Y si la víctima se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a convertir en hechos esas "chances", el juez debe valorarlo, como lo hace en Francia en los supuestos de pérdida de un litigio, investigando lo que valía el fondo del litigio, si la resolución impugnada habría podido ser reformada o casada, cómo habría juzgado otra jurisdicción superior, etc" (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", Edit. Reus, Madrid, 2000, p. 191).----------

--- En similar sentido dicen TERRÉ – SIMLER Y LEQUETTE que "es cierto, por definición, que la realización de una chance no es jamás cierta, no lo es menos que el perjuicio causado por la pérdida de una chance presenta un carácter directo y cierto cada vez que se constate la desaparición de la probabilidad de un elemento favorable" para que persona obtuviera una ganancia o ventaja" (TERRÉ, François – SIMLER, Philippe – LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", 6ª edc., Dalloz, París, 1996, p. 552).----------

--- Como bien se resolviera, la chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma aun con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad (CNCiv., Sala F, 4/7/03, "Gómez, Mario c. Ciudad de Buenos Aires", LL 2004-B, 686 y RCyS 2005-I, 114).----------

--- Cuando ello no es posible, la chance perdida no es indemnizable. El reconocimiento de un resarcimiento por chance perdida no puede implicar hacer tabla rasa con la exigencia de certeza del daño y con la limitación de imputación de las consecuencias

remotas, ambos parámetros vigentes en nuestro derecho, a tenor de los arts. 1067 y 906 CC (cfr. mi voto en decisión de esta Sala del 29/07/2009, in re "P., R. E. y otra c/ Provincia del Chubut y otro s/ Daños y Perjuicios - sumario" (Expte. 28 - Año 2009 CANE).----------

--- Como dije en un voto de mi autoría en sentencia de esta Sala, si hay una característica que una pérdida de chance no puede tener si pretende ser indemnizable es la de ser incierta, esto es, la absoluta falta de certeza, y aun de probabilidad de acaecer el suceso cuya chance se frustrara (cfr. mi voto, en sentencia de esta sala del 18/3/09, in re "G. D. A. y otra c/ T. G. y otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 185 - Año 2008 CANE).----------

--- Visto que en el caso de autos, el juez de grado no hizo juicio alguno de probabilidad, limitándose a conceder dogmáticamente un resarcimiento por una chance que ni siquiera fue debidamente explicitado en qué consistía en el escrito liminar del proceso, y no surgiendo de la prueba colectada en autos que tal chance de mejoramiento o ganancia fuera probable, el resarcimiento del rubro implica un enriquecimiento sin causa, lo que no puede convalidarse. Ello así, lo concedido por este rubro debe ser detraido del capital de condena, lo que así propongo al acuerdo.----------

--- En lo tocante al daño moral, el monto de $ 20.000 concedido en el grado vista la lesión padecida por el actor, las circunstancias descriptas en la demanda, las previsibles circunstancias y dolores sufridos por el actor, etc, que son las pautas para la cuantificación del daño moral, hacen que la suma concedida por el a quo aparezca crecida, en comparación a los montos que en otros casos, incluso más graves de lesiones y menoscabos físicos, ha acordado esta Cámara.----------

--- En tal situación, vistas las pautas subjetivas en juego, la edad, las secuelas que quedan al actor, el período en que ha estado afectado por el accidente, las cicatrices e imposibilidades que puedan quedarle, la visibilidad de la lesión y su ubicación y las pautas que habitualmente esta Cámara emplea en casos similares, surge que la suma que resulta prudencialmente resarcitoria para el caso, es la de pesos diez mil, en lugar de los veinte mil que se le concedieran en la instancia inferior.----------

--- En tal situación, propongo al acuerdo que se reduzca la indemnización por daño moral en el caso de autos a la suma de pesos diez mil, dado que lo originalmente dado es excesivo, vistos los dolores, sufrimientos, minusvalía, secuelas, y demás circunstancias del daño por el que se reclama.----------

--- Por ende, el capital de condena a abonarse al actor en las circunstancias y condiciones fijadas por la sentencia de grado debe ser reducido a la suma de pesos treinta mil novecientos setenta y dos, con setenta y nueve ($ 30.972,79).----------

--- Las modificaciones anteriormente dispuestas en el capital de condena y el rechazo de un rubro completo, obligan a adecuar la imposición de costas de grado, que fueron impuestas en su totalidad a la accionada, debiendo ajustarse esta asignación al nuevo resultado del pleito, ya que la demanda prosperó en definitiva solo parcialmente en

cuanto a la cuantía reclamada y fueron rechazadas totalmente pretensiones del actor, lo que torna cuando menos llamativa la imposición total de costas a la demandada de autos, ya que el rechazo de varias pretensiones en forma total o completa y la procedencia menguada en cuantía del reclamo, perfila desde un inicio normalmente un vencimiento parcial y mutuo.----------

--- No fue así como parece haber visto esta cuestión el a quo, lo que le llevó a imponer la totalidad de las costas a la parte demandada que no habían sido derrotadas completamente. No parece razonable. A juzgar por las constancias de autos, considero que no lo es.----------

--- Ha resuelto el Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia que en materia de costas, en los casos en que se rechazan rubros y se admiten otros, o aún en que se disminuye el resarcimiento pedido por el rubro que se admite, resulta válido ocurrir a la tesis que propugna la distribución proporcional que prevé que en casos de vencimientos parciales recíprocos -pretensión acogida con alcance limitado-, las costas deban distribuirse entre las partes atendiendo a la proporción de aquellos (Sup. Trib. Just. Chubut, 21/06/2000, “C., R. O. v. Municipalidad de Trelew”, en AP online).----------

--- En autos ha mediado un vencimiento parcial y mutuo, dado que las pretensiones que prosperaron son similares en cuantía con las que fueron rechazadas, aunque prosperaron más número de pretensiones de las que fueron rechazadas.----------

-- Es decir que debieron en el grado ser distribuidas las costas entre las partes, de acuerdo a las victorias y derrotas correspectivas, lo que mostraba ya una asignación de costas muy cuestionable, pero que ante la modificación del resultado del pleito dispuesto en esta sede, se vuelve intolerable, por lo que lleva aparejada la necesidad de modificar parcialmente la sentencia también en este aspecto.----------

--- Ahora bien, sentado que deben distribuirse las costas de grado ¿cuál es la medida de esa distribución?.----------

--- La respuesta la da por una parte el texto y el espíritu del art. 72, Ley XIII, Nro. 5 que edicta: “Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos”.----------

--- Como se dijera en un fallo interpretando esta norma, la utilización del término "prudencialmente" por el legislador descarta un criterio matemático en la distribución de las costas y señala que ha de atenderse de un modo global al éxito que obtiene cada parte de su postura (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 01/08/1991, “Vivas v. Ocupantes s/ Desalojo”, en Juba sum. B1700119).----------

--- Bajo esta luz, una distribución de costas en relación a los montos de lo peticionado y de lo que prosperó en definitiva no aparece como el proceder más conveniente, porque

además de los montos involucrados en la liza, debe atenderse a otros parámetros como el número de pretensiones que proceden y las que se rechazan, de modo que la distribución de las costas no sea antojadiza ni meramente material o física, sino que capte jurídicamente lo acontecido en la litis y su resultado.----------

--- Y en esta senda analizando las diversas pretensiones deducidas en la causa traída, encuentro que la distribución más prudente pasa por asignar un 33,33 % de las costas del pleito a la actora, mientras el 66.66 % restante de las costas debe ser adjudicado a la demandada. ----------

--- Entiendo que esa asignación de dos tercios de las costas a la demandada y un tercio de las mismas a la actora, se corresponde con el resultado de la litis en el grado y con la importancia relativa de cada una de las pretensiones deducidas por las partes, en las que han triunfado y perdido respectivamente las partes. Esta asignación se corresponde a mi juicio con la importancia jurídica y procesal de las pretensiones, plasmando lo que creo es una atribución equitativa y “prudencial” de las costas, en los términos de la norma citada.----------

--- Por lo anteriormente expuesto, propongo al acuerdo se disponga la confirmación del decisorio impugnado en lo principal, modificándolo parcialmente en lo tocante al capital de condena que se reduce a la suma de pesos treinta mil novecientos setenta y dos, con setenta y nueve ($ 30.972,79) y en cuanto a la imposición de costas en el grado, las que se imponen en un 33,33% a la actora y en un 66,66 % a la demandada.----------

--- Los estipendios de grado no sufrirán alteración, ya que habiéndose determinado en términos porcentuales, esa determinación no se ve afectada por la disminución del monto de condena, correspondiendo mantenerlos como fueron fijados en la anterior sede.----------

--- En cuanto a las costas de alzada, se mantendrá la proporción, solo que invertida, dado que la apelante ha triunfado en lo principal de su impugnación, siendo prudente por ende imponer las costas de alzada en el 66,66% a la actora y en un 33,33 % a la demandada.----------

--- En cuanto a la regulación de los estipendios profesionales de alzada correspondientes a los Dres. P. A. F. y E. O. M., letrados de la demandada, procede su fijación en el 32% del monto de los honorarios de grado de los letrados de la accionada; tales determinaciones arancelarias se corresponden con el mérito, calidad y resultado de sus intervenciones en esta sede (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----En acatamiento del principio procesal de celeridad, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y las impugnaciones vertidas por la recurrente realizara el Señor Magistrado ponente. ----------

JOSE PABLO DECALZI
SECRETARIO DE CAMARA

----Concuerda mi opinión con la del colega y para fundar mi voto individual, cual lo exige la manda del art. 169 de la Const. Prov., basta con formular las consideraciones siguientes. ----------

----I.- El convenio. ----------

----Cual señalara el colega preopinante, al contestar la demanda la empleadora no planteó la aplicabilidad al caso de la doctrina de los actos propios, ni la de su vinculada del sometimiento voluntario a un régimen jurídico tachado luego de inconstitucional, con fundamento en la suscripción por el actor del anterior convenio con la A.R.T., sino que únicamente citó ese pacto como demostración de que el damnificado aceptaba el grado de discapacidad que allí se había convenido sin reclamar por un porcentaje mayor.-------

----Mal puede hoy entonces esta sala dirimir esos capítulos no planteados en su ocasión (art. 280 C.P.C.C.). En nuestro sistema procesal, caracterizado por el escalonamiento de etapas preclusivas, la primer limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Juegan en ello liminares principios que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos, y, del otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, pues en el sistema escriturario la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite que las partes incorporen nuevas pretensiones, cuestiones y oposiciones. El cometido del órgano “ad quem” se limita a verificar, sobre el piso de marcha de la sentencia de mérito impugnada y siguiendo el hilo conductor de los agravios, el acierto o error en que haya incurrido el juzgador de la instancia de origen en ese acto procesal decisorio, mas, desde luego, sin incursionar en tópicos que el juzgador de origen no resolvió por la sencilla razón que no le fueron sometidos. Tal lo he señalado en mis votos desde antaño (c. 11.684 S.D.L. 119/95, c. 11.702 S.D.L. 115/95, c. 11.885 S.D.L. 53/96, c. 12.316 S.D.L. 53/97, etc.). ----------

----Así sea a mayor abundamiento destacaré la inaplicabilidad al caso de la doctrina jurisprudencial de los actos propios. Es que si en uso de su facultad legal y por no coincidir el grado de incapacidad estipulado con las previsiones del baremo nacional, la Comisión Médica le negó homologación al convenio de marras (art. 19 del Dec. 717/96), éste quedó privado de toda validez. Por ende, el haber el actor suscripto ese pacto no constituye un acto suyo sobre el que le esté vedado volver, porque, como es bien sabido y lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia española -mucho más precisa que la nuestra a la hora de perfilar los requisitos para la aplicación de esta doctrina, pues no se ha limitado a la estereotipada fórmula del “comportamiento deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”-, para la aplicabilidad del principio “venire contra factum proprium nemo potest” es preciso que el acto antecedente sea

jurídicamente válido y eficaz, idóneo para crear, modificar o extinguir algún derecho (Tribunal Supremo de España, Sala 1era., La Ley de España 1980-1-849, 283- R; ídem, íd., La Ley de España 1995-3-617; ídem, Sala 6ta., La Ley de España 1988-2-228; esta cámara y sala, c. 16.849 S.D.C. 13/01).----------

----Por tanto, este primer agravio debe ser desestimado.----------

----II.- La suma ya percibida por el actor.----------

----Asiste aquí razón a la apelante. La suma de $ 14.296,84 ya percibida por el damnificado de manos de la A.R.T. -hecho reconocido por el actor en su demanda- ha importado un pago parcial que debe ser descontado del capital de la condena (arts. 260 L.C.T., 742 Cód. Civ., su doc.). Es que los pagos recibidos sin disconformidad y sin vicio de la voluntad que los invalide, por tener consecuencias desvinculantes para el deudor, configuran un derecho adquirido de naturaleza patrimonial que goza del amparo que la Constitución Nacional brinda en su art. 17 al derecho de propiedad (art. 505, párr. 5° Cód. Civ.; confr.: C.N. Civ., Sala “A”, L.L. 1996-A-38). ----------

----III.- La cuantificación de la indemnización por incapacidad. ----------

----Para resarcir su incapacidad laboral sobreviniente reclamó el actor por los treinta años que le restaban al momento del hecho para acceder a la jubilación ordinaria (fs. 15, cap. VII, pto. “a”). Al calcular el sentenciante de origen la indemnización sobre la base de treinta y cinco años quebrantó pues el principio de congruencia incurriendo en “ultra petita” (arts. 34 inc. 4° y 165 inc. 6°, 333 inc. 3° C.P.C.C.).----------

----No se me escapa que el Señor Juez “a quo” unificó la reparación de este reclamo con el relativo a la incapacidad social, que fue relacionado con la minusvalía para llevar a cabo “algunos de los trabajos que normalmente cualquier hombre realiza en su hogar” (fs. 15 vta., pto. “b”), y por ello quizás haya elevado el número de períodos anuales a considerar. Por cierto que para indemnizar tal perjuicio, en tanto el daño le afectará a lo largo de toda su existencia y no sólo durante su desempeño laboral, ha de atenderse a la expectativa de vida total de la víctima, informada por los datos censales publicados por el I.N.D.E.C. (esta sala, c. 114/11 S.D.C. 15/11, entre otras). Pero en el caso no correspondía extender la cuantificación del resarcimiento hasta ese límite, porque no fueron identificadas en concreto las tareas domésticas para las que el actor habría quedado incapacitado, ni fue alegado, ni menos probado, un daño emergente futuro dado por la necesidad de acudir a la ayuda de personal contratado para suplir al actor en este ámbito de su incapacidad con los consecuentes desembolsos para remunerarlo, elemento esencial éste por cuanto se trata de un daño patrimonial, cuya significación debe ser económica. Por ende, la “taxatio” debió limitarse al daño representado por la incapacidad laboral.----------

----Reconstruidos los cálculos del juzgador del previo grado, pero teniendo en cuenta el guarismo treinta y cinco años como valor “n” de la fórmula aplicable, llegamos a un resarcimiento por este rubro de $ 35.269,63.----------

----IV.- La pérdida de chance.----------

----Argumentó el actor en su demanda que la minusvalía física le hizo perder la chance de realizar tareas complementarias. que le hubieren permitido crecer como dador de su fuerza laboral, progresando con ello espiritual y materialmente (fs. 15 vta., pto. “c”).-------

----Tal argución no se sostiene. De lado dejaré la frustración de la expectativa de progreso espiritual, porque ese perjuicio, de haberse configurado, resultaría resarcido con la indemnización del daño moral, pues esta última es su naturaleza por tratarse de una afectación extrapatrimonial. ----------

----Tocante a la privación de la posibilidad de obtener mejoras materiales al crecer como dador de fuerza laboral, no corresponde considerarla como la pérdida de una probabilidad seria de progreso. Si el propio actor alegó que, por sus limitaciones culturales, su fuerza laboral se halla reducida a la realización de tareas manuales, es decir al despliegue de esfuerzos físicos (fs. 15 vta., pto. “b”), es del todo evidente que no resulta lógico aguardar avances económicos en el futuro, sino, antes bien, retrocesos cuando por efecto de la mayor edad las fuerzas físicas del actor mengüen. Así entonces, especular con progresos patrimoniales futuros derivados de su labor física es mera conjetura, cuya frustración no es indemnizable por carencia de probabilidad seria, lo que la deja reducida a simple posibilidad lejana. Para que resulta resarcible a título de chance perdida es exigible algo más en la escala de los valores lógicos que lo meramente *posible*, debiendo aparecer en cambio la posibilidad lo bastante fundada como para que, transformándose ya en *probabilidad*, configure una chance indemnizable (mis votos en precedentes de esta Cámara y Sala, S.D.C. 4/92, 38/94, 6/95, 44/99, 37/09), postura esta con la que comulga prestigiosa doctrina (confr.: Orgaz, “El daño resarcible”, Ed. Córdoba 1980, págs. 74/75 y en “La vida humana como valor económico”, E.D. 51-851; Salas, “Código Civil anotado”, 2da. ed., I-529, nº 2, “B”; Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. ed., pág. 215).----------

----Consecuentemente, este ítem debe ser desagregado de la condena.----------

----V.- <u>El daño moral</u>.----------

----En cuanto al daño moral, dada la naturaleza reparadora que el rubro tiene la cuantía de la indemnización debe estar referida a la magnitud del daño espiritual sufrido, correspondiendo entonces para fijarlo atender al tipo de interés lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó y a la índole del hecho generador de la responsabilidad.----------

----Entiendo así que en el caso cabe tener en cuenta: ----------

----A) A propósito del interés herido, que se trata de un derecho de la personalidad, en concreto el derecho a la integridad física.----------

----B) Respecto de las consecuencias del hecho, que él provocó al actor los padeceres físicos e incomodidades propias de una grave herida con amputación de parte de un

miembro. A la par, las secuelas han importado una incapacidad parcial y permanente del 18,25 % de la total obrera.----------

----C) Atinente a la índole del ilícito, corresponde tener en cuenta que el factor de atribución de la responsabilidad fue el riesgo creado, fuente la más alejada de la intencionalidad dañosa y por ende, en principio, la menos mortificante para el ánimo de la víctima. Recordaré en este aspecto que para establecer el grado de los sufrimientos a compensar importa tener en cuenta la clase de acción ofensiva ejecutada, en tanto hiere más el espíritu del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad se presenta (este cuerpo c. 20.577 S.D.C. 34/07, c. 185/08 S.D.C. 17/09, c. 637/09 S.D.C. 8/10, c. 114/11 S.D.C. 15/11, entre muchas).----------

----Contemplando esos parámetros, considero que el monto de $ 10.000 en que el Señor Magistrado preopinante tasara el daño moral en ejercicio de la facultad judicial consagrada en el art. 167 C.P.C.C. resulta adecuado.----------

----VI.- La conclusión.----------

----De todo lo expuesto extraigo que el monto total de los daños llega a $ 45.269,63, Detraído de esa cantidad el importe ya percibido por el damnificado de la A.R.T., el capital de la condena debe ser reducido a la suma de $ 30.972,79.----------

----La desestimación de algunos rubros y la modificación de montos por este tribunal fuerza a adecuar la condena en costas pronunciada en la anterior instancia (art. 282 C.P.C.C.). A ese fin hemos de tener en cuenta que el actor reclamó en su demanda cuatro ítemes resarcitorios: incapacidad laboral, incapacidad social, pérdida de chance y daño moral. Han finalizado prosperando el primero y el último-aunque por montos inferiores a lo peticionados- y desestimados los dos restantes, bien que el actor triunfó también en las trascendentales cuestiones de la inconstitucionalidad de las normas que le vedaban el acceso a la justicia por esta vía de la acción civil y de la responsabilidad. Queda diagramado así un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas, imponiéndolas a la demandada en un 66,66 % y al actor en un 33,33 %, pues es ese aproximadamente el balance que arroja este pleito en punto al éxito y fracaso de las respectivas posturas (art. 72 C.P.C.C.). Recuérdese que en esta distribución prudencial de las costas no debe caerse en una apreciación puramente aritmética, sino que hemos de estar a un enfoque jurídico y global, no parcializado, de los reclamos y sus resultados.----------

----No será en cambio menester practicar adecuación al decisorio de cámara de los honorarios fijados para remunerar las tareas profesionales habidas en primera instancia, porque regulados esos emolumentos en términos porcentuales su ajuste al nuevo importe de la condena operará automático.----------

----Visto el resultado arrojado por esta revisión por la alzada, en la que prosperan los agravios más sustanciales de la apelante, siéndole por el contrario rechazados otros, también en este grado tiene lugar un vencimiento parcial y mutuo, aunque de signo opuesto al de la anterior instancia pues aquí la mayor porción de éxitos la cosecha la

demandada recurrente. Así pues, por aplicación de la ya citada norma del art. 72 C.P.C.C., las costas de segunda instancia corresponde imponerlas al actor en un 66,66 % y a la demandada en un 33,33 %.----------

----Ante la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales desplegadas en esta instancia, concuerdo con los honorarios que el colega ponente propusiera regular (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).----------

----A consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, me pronuncio en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

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

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente: ----------

--- 1) CONFIRMAR en lo principal el decisorio impugnado, modificándolo parcialmente en lo tocante al capital de condena que se reduce a la suma de pesos treinta mil novecientos setenta y dos, con setenta y nueve ($ 30.972,79) y en cuanto a la imposición de costas en el grado, las que se imponen en un 33,33% a la actora y en un 66,66 % a la demandada.----------

--- 2) IMPONER las costas de alzada en el 66,66% a la actora y en un 33,33 % a la demandada.----------

--- 3) REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes a los Dres. P. A. F. y E. O. M., letrados de la demandada, en el 32% del monto de los honorarios de grado de los letrados de la accionada.----------

--- 4) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.----------

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

--- **A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió: ----------

--- Visto el acuerdo antes alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por el Dr. López Mesa, fiel reflejo de aquél.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos Dante Ferrari al efectuarse el sorteo para el estudio de la causa (art. 7 Ley V - Nº 17).----------

--- Trelew, de octubre de 2011.----------

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

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

--- CONFIRMAR en lo principal el decisorio impugnado, modificándolo parcialmente en lo tocante al capital de condena que se reduce a la suma de pesos treinta mil

novecientos setenta y dos, con setenta y nueve ($ 30.972,79) y en cuanto a la imposición de costas en el grado, las que se imponen en un 33,33% a la actora y en un 66,66 % a la demandada.----------

--- IMPONER las costas de alzada en el 66,66% a la actora y en un 33,33 % a la demandada.----------

--- REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes a los Dres. P. A. F. y E. O. M., letrados de la demandada, en el 32% del monto de los honorarios de grado de los letrados de la accionada.----------

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

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELÁZQUEZ
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº __019__ DE 2.011 – SDC.- Conste.-

JOSE PABLO DECALZI
SECRETARIO DE CAMARA