--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., N. c/ A. C. S.A. s/ Accidente de Trabajo”** (Expte. Nº 420 – 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. 119.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación deducido por la parte actora (fs. 103) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 96/100) por el cual se desestima la demanda interpuesta por el Sr. N. R. en contra de la empresa demandada que gira en el comercio bajo la denominación de “A. C. S.A.”, con costas a su cargo.----------

----------El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 105/112 vta..----------Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 113), éste es evacuado por escrito obrante a fs. 114/115 vta..----------I.- El actor recurrente sostiene su impugnación afirmando que el juez de grado se apartó de las previsiones contenidas en el art. 54 de la Ley XIV N° 1. Expresa que el a quo soslayó tajantemente los efectos que la ley prevé para el caso de falta de contestación de la demanda, máxime cuando lo hizo sin siquiera intentar fundar tal apartamiento de la norma aplicable. Rememora que reclamó por el resarcimiento de los daños padecidos en el accidente sufrido el 31 de Julio de 2007 en ocasión de su desempeño laboral para la demandada con una máquina perteneciente a la empresa empleadora. Reseña porciones del escrito de demanda -a las que en toda su extensión remito por razones de brevedad-, en las cuales básicamente especifica que al momento del accidente se hallaba cumpliendo funciones para las que no fue contratado y que lo hizo por instrucciones de la empleadora sin que se le hubiere anoticiado de las medidas preventivas a observar en la manipulación de la máquina vibradora reformada por la empresa para moldear adoquines, de la que se le cortó el manillar colocado para facilitar su manipulación provocando su caída al suelo sufriendo por ello traumatismos en la rodilla izquierda y en la mano derecha que provocó que debiera intervenirse quirúrgicamente mediante una artroscopía en la rodilla izquierda con miniscectomía y reparación plástica de ligamento cruzado, con secuelas incapacitantes permanentes, amén del padecimiento espiritual que todo ello le provocara. Señala que en la primera providencia del 05 de agosto de 2009, el Juez de grado dispuso que el juicio tramitara bajo la regulación normativa de la ley 69 (actual Ley XIV N° 1). Dicha resolución, apunta, nunca fue cuestionada por ninguna de las partes por lo que quedó consentido y

firme. El artículo que cita, continúa diciendo, establece que se presumirán ciertos, salvo prueba en contrario, los hechos alegados por el actor. Habiendo aseverado en demanda que el siniestro fue ocasionado por el riesgo o vicio de la maquinaria que estaba manipulando y que es de propiedad de la accionada, ante la ausencia de responde quedó en cabeza de aquella la carga probatoria para desvirtuar sus afirmaciones. Indica que el enfoque dado por el Sr. Juez a quo a la cuestión demuestra que ha encarado el planteo de manera errónea, cuando inicia el tratamiento del aspecto central declarando que adelantaba opinión sobre la cuestión de fondo y que desestimaría el reclamo, pues tuvo por no acreditado los extremos que le habrían permitido a su parte obtener un resultado favorable. Insiste en que pasó por alto el sentenciante el citado art. 54 de la Ley XIV N° 1, que implica una inversión de la carga probatoria, postulando que ante la falta de contestación de la demanda nada debe probar su parte, sino que es el demandado el que debe enervar la presumida veracidad de los hechos alegados en demanda. Consecuentemente afirma que el razonamiento del Juez a quo ha sido desacertado desde el principio, lo que desmerece sus posteriores elucubraciones en cuanto a una supuesta falta de pruebas de los hechos alegados por el actor. Remarca que ninguna prueba se produjo en autos que tuviera entidad suficiente para desvirtuar la presunción legalmente instituida. En tal contexto, expresa, no cabía duda el carácter riesgoso de una máquina vibradora de tal porte que debía ser manipulada por los menos con dos personas, según refirieron los testigos. El propio peso del aparato es un factor de riesgo, pues el esfuerzo físico que requiere su traslado (es una máquina sin ruedas –reproduce una imagen de la misma-) es susceptible de provocar lesiones en el cuerpo humano, como sucedió en el caso con la caída causada por la rotura de una pieza del artefacto que no soportó la presión destinada a moverlo. Indica que si se ha considerado riesgosa una escalera que es una cosa inerte, con mayor razón cabe asignarle ése carácter a una máquina en movimiento. Efectúa cita doctrinal en relación al objeto de la prueba en el marco del art. 1.113 del Código Civil que es la prueba de la relación causal adecuada entre el daño producido y la cosa, descartando que fuera éste la demostración del carácter riesgoso de la cosa. De allí, dice, le resulta inexplicable que el a quo declare que no hay ilicitud, relación de causalidad, ni factor de atribución para endilgar a la demandada una responsabilidad patronal indemnizatoria en el marco de lo dispuesto en los arts. 1113 y 1109 del Código Civil. Se pregunta si acaso el daño sufrido en el accidente de marras debe reputarse lícito; o si no debe tenerse probada la relación de causalidad entre la rotura de la máquina y la caída que le provocara los daños cuando no obra siquiera un indicio de causa distinta del siniestro; o, no debe tenerse por acreditado que la demandada era la dueña del aparato cuando nadie lo ha negado; o, la falta de capacitación suficiente para operar la máquina productora del infortunio no configura culpa del empleador y creación de un ambiente riesgoso?. Postula que indudablemente

el juzgador al soslayar la aplicación del art. 54 de la Ley XIV N° 1, llegó a la conclusión equivocada, incompatible con la recta solución del caso. Efectúa citas jurisprudenciales de ambas salas de ésta Cámara de Apelaciones en apoyo de su posición a las que igualmente me remito. Entiende que resulta contradictorio que el juez de grado haya considerado aplicable a este juicio las normas de la Ley XIV N° 1 y, por otro lado, haya esquivado analizar las consecuencias de la incontestación de demanda previstas en el art. 54 de dicho cuerpo normativo que le da a esta circunstancia un efecto más tangible que el C.P.C.C., pasando a transcribir parcialmente un precedente jurisprudencial de la Sala A de esta Cámara de apelaciones a cuya lectura remito. Expresa que el Juez como director del proceso es quien determina cuál es la clase de procedimiento que regulará la tramitación de la contienda y tal decisión fue plasmada, reitera, en el proveído inicial y, luego, ratificada por providencias posteriores, las que cita. Va de suyo, indica, que tal decisión implica dar a conocer a las partes las reglas de juego en la dilucidación del litigio, porque mal podría el juzgador tramitar el proceso bajo ciertas reglas y resolver luego despreciándolas, toda vez que ello atenta contra la garantía constitucional del debido proceso. Acota que tales normas legales, declaradas aplicables por el a quo y después omitidas, fueron tenidas en cuenta por su parte para desistir de la prueba confesional oportunamente ofrecida por cuanto su producción en extraña jurisdicción hubiera dilatado aún más la duración del juicio y el silencio de la demandada, derivado de la incontestación, tornaba innecesaria la absolución inicialmente propuesta. Formula también agravio relativo a lo que denuncia como errónea valoración de la prueba. Refiere a la cita doctrinal realizada por el sentenciante y pasa a valorar los dichos del testigo E. L. C. Afirma que el acople de la máquina vibradora con una regla que originariamente no forma parte de la misma, constituye una reforma del aparato respecto de su diseño original y la accionada no probó que tal modificación fuera hecha respetando alguna norma técnica, y por ende, el juzgador debió tener por acreditado lo aseverado en la demanda, esto es, que el aparato *“fue reformado por la demandada en cuanto a su formato original, sin respetar ninguna norma técnica, y que al ser manipulado por el suscripto se rompió provocando la caída productora de las lesiones”* (Sic). Acerca de la actividad riesgosa que resulta de operar una máquina sin la debida y suficiente capacitación, refiere que dicho testigo al ser interrogado si su parte había recibido instrucciones por escrito sobre la forma de operar la máquina, éste señaló que no le constaba, precisando que sobre dicho punto nada aportó el testigo A., quien se limitó a manifestar que le daban charlas cuando entraban a trabajar y que no sabía cómo había sido con el actor. Asevera que el Sr. Juez a quo debió tener por acreditado que su parte fue contratado para realizar tareas de cañista, que es su profesión, pero que dos meses antes del accidente su empleadora le asignó tareas de albañil, dando por cierto los hechos afirmados en su demanda, en cuanto que las tareas que estaba realizando no eran aquellas para las que fue contratado y que no se le suministró capacitación suficiente para operar con la máquina que le ocasionó el

daño. Advierte que la actividad de la construcción ha sido calificada por la doctrina –que cita- como naturalmente riesgosa y si se le suma que no había sido suficientemente capacitado para manipular la máquina vibradora, amén que tal operatoria no se enmarcaba en las funciones específicas suyas, sin dudas que estamos –asegura- ante un riesgo creado por la demandada. Cita doctrina en apoyo de su posición a la cual remito por razones de brevedad. Añade, asimismo, que no corresponde encomendar a un trabajador la realización de tareas para las que no fue previamente capacitado, lo contrario configura un obrar culposo del comitente en los términos del art. 1.109 del C.C., si por tal circunstancia se produce un accidente dañoso. Efectúa cita doctrinal vinculada a la posibilidad de invocar simultáneamente la responsabilidad por culpa y por riesgo, a la cual remito. Sostiene que no cabe que se le endilge responsabilidad a su parte por el accidente sufrido alegando el uso inapropiado de la máquina si no se acreditó que se hubiera instruido al trabajador cómo utilizarla. Es más, continúa diciendo, no se arrimó a la causa el mínimo indicio de que se haya advertido a su parte que no debía tirar de la manguera para trasladar el artefacto y los compañeros de trabajo que depusieron como testigos presenciales ni siquiera insinuaron ese extremo. Expresa que las declaraciones testimoniales meritadas por el a quo en nada enervaron la presunción legal establecida en el art. 54 de la Ley XIV N° 1; por el contrario –valora- la reforzaron, lo cual demuestra la errónea valoración de la prueba en que ha incurrido el juzgador. Asegura que es falso que las declaraciones testimoniales de C. y A. resulten concluyentes en cuanto que la máquina vibro no fue modificada por la empresa; que la misma se encontraba en estado original, puesto que el testigo C. reconoció que la máquina en sí era original, pero estaba montada sobre una regla, lo que implica una modificación estructural para adaptarla a otro destino. Señala que tal conclusión se desprende también de la declaración del testigo A. cuando afirma que en el momento del accidente estaban llenando cordones cunetas cuando empujábamos una regla, tirando su parte de la manguera y cayendo, ya que la regla sobre la que estaba montado el aparato no constituye una parte de la máquina. Añade que este testigo manifestó que el tema es que el “coso” (sic) había que deslizarlo para lo cual se requería del esfuerzo de por lo menos dos personas cuando el trabajo para el cual la maquinaria fue fabricada puede ser efectuado por un solo trabajador porque se hace sobre la una base estable. Indica en relación a que los operarios recibían charlas vinculadas a seguridad e higiene como lo expresa el sentenciante, que nada dice sobre la capacitación específica que debió recibir para operar el aparato. Igualmente en cuanto a que todos los trabajadores eran dotados de los elementos de seguridad, expresa que nada dice sobre la instrucción concreta que debió recibir para evitar accidentes con la máquina que estaba manipulando cuando se produjo el siniestro. A continuación indica cuál es la solución que postula para el caso a cuya lectura me remito por razones de brevedad.----------II.- En los límites que han sido fijados

con los agravios precedentemente reseñados, informo “ab initio” que ingresaré a su tratamiento haciéndolo en conjunto, ello así merced a la estrecha vinculación existente entre todos ellos.----------Diré también inicialmente que, a mi juicio, el marco legal de aplicación al supuesto de autos no es ni el indicado por el actor, ni tampoco el indicado por el juzgador del anterior grado.----------Sin embargo ello no resulta óbice para que este Tribunal de alzada se pronuncie según las normas que considere de aplicación en la especie.----------Es que para sostener tal premisa bastará con poner de resalto que las partes se encuentran solo impuestas de alegar los hechos en los que fundan sus respectivas pretensiones activa y pasiva lo cual, ciertamente, ambas partes del presente litigio tuvieron la oportunidad de hacerlo, aunque sin que hubiera efectivizado la demandada el planteo de su posición en el conflicto en tanto incurrió en incontestación de la demanda. Nótese al respecto que habiéndose declarado su rebeldía por providencia obrante a fs. 35, la misma cesó con la presentación y planteo de nulidad de la notificación de la demanda que la accionada introdujera por escrito de fs. 45/49 vta., sin éxito (ver: providencia de fs. 50).----------Y, no obstante ello, consecuentemente con lo señalado “supra”, en virtud que la empleadora demandada “A. C. S.A.”, tuvo la oportunidad procesal para esgrimir su posición con la propia aportación de los hechos y de la prueba de la que se valdría para acreditarlos, sin haber cumplido con tal carga procesal -atendiendo a los hechos que fueron alegados en demanda y que no fueron contradichos-, el punto de vista jurídico –calificación- del marco fáctico así presentado en el proceso, es una cuestión que siempre y en todo caso le compete al juzgador independientemente de cuál hubiera sido la proyección jurídica que de tales hechos alegados hubiera realizado el actor en su demanda (“*da mihi factum et dabo tibi ius”*).----------Es que nuestro ordenamiento procesal se adscribe a la denominada teoría de la substanciación por la cual basta con la alegación de los hechos. La relación entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo se patentiza en el funcionamiento de la norma, más concretamente, en su aplicación. Y esta operación que se denomina “calificación jurídica” o “subsunción”, que consiste en determinar si los hechos del caso coinciden con los descriptos en el supuesto de hecho normativo es, evidentemente, la connatural e indelegable tarea del juzgador.----------Tengo dicho en un supuesto análogo al presente, que en tanto no se modifiquen los supuestos fácticos del caso traído al proceso por las partes en litigio, son los jueces quienes se encuentran bajo el poder-deber de calificarlos jurídicamente y elegir la norma que a su criterio es la que corresponde aplicar al caso puesto a su conocimiento y resolución, con prescindencia de los planteos que en relación a ellos hubieran o no hecho las partes. Esto es atinente, entonces, a la calificación jurídica –subsunción- que, en última instancia, es la que efectúa el juzgador para emitir su juicio (Conf. S.D.L., Sala B, N° 29/2009).----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

----------Pues bien, el derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente del "*iuria novit curia"* como una circunstancia que exime a las partes de alegar y probar el derecho del caso, por un lado; y, a la par, por el otro, que justifica que, inclusive, el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas que realicen aquellas. Respecto a esta última cuestión, la Corte federal ha repetido en numerosos precedentes que, con arreglo a esta regla, el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (Conf. S.C.J.N., Fallos: 296:633; 299:78/429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536, etc).----------Con tal alcance, también tengo dicho, antes de ahora, en supuestos análogos al presente caso, que la responsabilidad civil del empleador por el daño sufrido por el trabajador con motivo o en ocasión del trabajo es consecuencia de la ejecución de un contrato de trabajo existente entre ambos y ésta responsabilidad, entonces, sólo puede derivar de su deber de responder por el incumplimiento -doloso o culposo- de las obligaciones a su cargo. Dichas obligaciones le son impuestas por el mismo contrato de trabajo, convencionalmente o, supletoriamente, por la ley.----------De ello se sigue, pues, que descarto "prima facie" que la normativa civil que regula la responsabilidad por los actos ilícitos, que es citada por el actor en su demanda, sea aplicable a los accidentes de trabajo, salvo –claro está- que éstos hubieren configurado delitos (Conf. arts. 1107 y 1072 del Código Civil).----------
----Sabido es, por otro lado que, la responsabilidad contractual es aquella que deriva del incumplimiento de una obligación no solo impuesta por un contrato, sino también, de una manera más general, por la ley, como por ejemplo la que atribuye el Régimen Legal del Contrato de Trabajo al empleador en el art. 75 –deber de previsión y de seguridad que pesa sobre la patronal en vías de tutelar la indemnidad física de sus dependientes-.
----Tal responsabilidad contractual, la que deriva del incumplimiento a una obligación predeterminada y preexistente inclusive al contrato mismo, genera la consecuente obligación de responder por el daño ocasionado ante la omisión de hacer según el deber de diligencia, de cuidado y previsión que pesan sobre la patronal –adoptar todas la medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica del trabajador-, pasándose de tal manera, para el caso de incumplimiento, de un débito de prestación a un débito indemnizatorio (conf. art. 519 y sgtes. del Código Civil.----------
----Por supuesto que no omito considerar la nueva redacción dada al art. 75 de la L.C.T. por el art. 49 de la Ley 24.557 –en la que se eliminó el epígrafe "Deber de seguridad"-, lo cual dio lugar para plantear alguna duda acerca de la subsistencia de ese deber luego de la reforma. En efecto, una interpretación literal y aislada del mencionado

artículo 75 de la L.C.T. en su actual redacción llevaría a limitar el alcance del deber de seguridad a cargo del empleador a las siguientes prestaciones: a) observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo; b) hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. Empero soy de la opinión y así lo vengo expresando en precedentes similares al presente, que pese a la modificación introducida subsiste en toda su extensión el contenido de la obligación de seguridad del anterior texto legal.----------

----Y lo predico de tal modo por las siguientes razones: en primer lugar, la referida limitación del alcance de la obligación de seguridad no se compadece con los objetivos de la ley 24557, consistentes en reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo y de promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención (Arts. 1°, inc. 2°, aps. a y d; 42, inc. b, LRT); en segundo término, la ley 24557 no derogó ni modificó toda la normativa de la L.C.T., que tiende a asegurar la indemnidad del trabajador a través de la tutela de su vida, su salud y su integridad psicofísica (Conf. arts. 4°, 65°, 66°, 68°, 70°, 72°, 73° y 77° de la L.C.T.).----------

----La enumeración efectuada no pretende de modo alguno ser taxativa ni mucho menos, pero revela que de ningún modo puede ser interpretado que hubiera sido suprimido del ordenamiento protectorio laboral el deber de seguridad e indemnidad que debe proveer la patronal en tutela de la integridad personal y de los bienes del trabajador (arts. 75 en concordancia con el art. 77 de la L.C.T.).----------

----Es en tal contexto que, a mi juicio, la plena vigencia de los deberes de buena fe, diligencia e iniciativa a cargo del empleador, en el marco de un contrato que tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí, permite concluir que el contenido de la obligación de seguridad a cargo del empleador debe ser amplio y abarcativo de todas las contingencias sucedidas al trabajador con motivo o en ocasión del cumplimiento de la tareas encomendadas, pese a la reforma del art. 75 de la L.C.T. dispuesta por la L.R.T..----------

----Esta inteligencia, por otro lado, es compatible con la Ley de higiene y seguridad en el trabajo, a la cual reenvía el apartado 1° del citado art. 75 de la L.C.T. vigente. Y, por otro lado, antes de todo ello, constituye un principio general del derecho laboral (vide: arts. 4°, 5°, 8° de la ley 19.587)(Conf. Lombardi, Juan Carlos “Artículo 75 de la ley de contrato de trabajo “Deber de seguridad”. Reforma de la ley 24557 de riesgo del trabajo”, en D.T., 1996-A-1135/1158; id., Vázquez Vialard, Antonio, “Aspectos fundamentales de la ley de riesgos del trabajo –N° 24.557-“, en T. y S.S., 1995-741; id., Gaetán, Julio César “Ley de riesgos del trabajo. Análisis crítico”, D.T. 1997-B-1935/1989, en especial capítulo tercero, punto 1°, pág. 1981 y sgtes.; Conf. Fernández Madrid, Juan Carlos “Tratado teórico práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 3ª ed., año 2007, T. II, pág. 1283 y sgtes.; id. Peretti Griva, Ricardo D., “Sobre la garantía de incolumnidad del trabajador en el ambiente de trabajo”, D.T. 1947-257; Livellara,

Carlos A., en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dir. por Vázquez Vialard, Antonio; Ed. Astrea , ed. año 1982, T. III, pág. 715; Álvarez, Eduardo O., “El deber de seguridad y los infortunios laborales en la ley de contrato de trabajo”, en ”La responsabilidad”, obra colectiva publicada en homenaje a Isidoro H. Goldenberg, Dir. Alterini-Lopez Cabana, ed. Abeledo Perrot, ed. año 1995, pág. 843 y sgtes) (Conf: mi voto, Sala B, S.D.L. N° 16/2007 y S.D.L. N° 29/2009; CAT).----------

-----Y, en tal dirección, encuentro en extremo útil traer a colación al examen del presente caso, el análisis relativo a si cabe considerar a este crédito de indemnidad -del cual, he dicho ya, es titular el trabajador como contrapartida del débito de seguridad que recae sobre su empleador-, como una obligación de medios o de resultados. Es que ello implica diversos factores de atribución de responsabilidad a utilizar para atribuir las consecuencias derivadas de un daño sufrido por el dependiente en su lugar de trabajo, o bien, con motivo o en ocasión de ejecutar su prestación de tareas. Será la “culpa” en las obligaciones de medios y la responsabilidad objetiva en las obligaciones de fines. El distingo entre ambos tipos de obligaciones se encuentra ubicado en el alcance del cumplimiento (obtención del fin en los deberes de resultado y actuación diligente en los deberes de medios), circunstancia que, por consecuencia, permite concluir que, en las obligaciones de fines, el factor de atribución es objetivo; y, en las obligaciones de medios, es subjetivo.----------

----En tal sentido, pues, reitero la tesitura que vengo exponiendo desde antes y que la ratifico en la especie, en cuanto que, encuentro indudable para mí, que el deber de seguridad implicado en los contratos de naturaleza laboral da contenido a una obligación estricta de resultado, en la cual el factor de atribución es necesariamente objetivo, el que se encuentra fundado en la garantía o crédito a la seguridad especial que debe proveer la patronal a sus empleados, según sea la óptica desde la cual se lo mire.----------

----Es que no encuentro hacedero pensar que el fin perseguido con el deber de seguridad impuesto al empleador por la normativa laboral pueda considerarse contingente, y por ende, que le sea suficiente al empleador acreditar la mera observancia de una conducta prudente y diligente para eximirse del deber de responder por los daños sufridos por sus empleados en el cumplimiento de sus tareas.----------

----Y, posicionado en esta inteligencia la patronal demandada en autos debía invocar y acreditar la causa ajena (sea el hecho de la propia víctima, de un tercero por quien no debe responder o el *casus* del art. 514 del Cód Civil), no siéndole suficiente su “no culpa” o ausencia de culpa la cual, en la tesitura expuesta, deviene inocua en la especie (Conf. Bueres, Alberto J, “Responsabilidad contractual objetiva”, en J.A. 1989-II-964; id. Vázquez Ferreira, Roberto, “Responsabilidad contractual objetiva”, en L.L. 1988-B-998; ver: Zavala de González, Matilde, en ”Actuaciones por daños”, Ed. Hammurabi, ed. año 2004, págs. 226 y sgtes., & 125, 126 y 127) (Conf., Sala B, S.D.L., N° 16/2007; id.,

S.D.L., N° 29/2009; y más recientemente, S.D.L., N° 36/2011, CAT).----------
----Sólo a título de mayor abundamiento destaco que, aún cuando me posicionara en una interpretación que podría ser calificada como “clásica”, en nada alteraría el sentido que se perfila en mi voto.----------
----Es que, enfocado el caso bajo análisis desde la dicente postura tradicional, en la cual se exigiría que el actor en autos para poder obtener el resarcimiento por los daños sufridos debería haber demostrado el incumplimiento de una norma precisa de seguridad o, más genéricamente, la violación a un deber de previsión de su empleador, recordando que tal exigencia se compadece con la postura doctrinal que predica que el empleador solo está obligado a adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica de los trabajadores bajo su dependencia -lo cual traduce la conceptualización de una obligación de medios a su cargo-, el resultado del respectivo análisis que exige tal tesitura no altera el sentido que habría de emitirse en la especie.----------
----Es que, aún prescindiendo del plafón de partida que provee la presunción favorable a la verdad de los hechos alegados en demanda, el que emana en el particular caso de autos de la incontestación de la misma en la que incurriera la patronal demandada en éstos actuados (Conf. Art. 54 de la Ley XIV N° 1 –antes Ley 69-; en concordancia con el art. 360, inc. 1° del C.P.C.C.), basta con evaluar los testimonios de los Sres. E. L. C. (fs. 73 y vta.); y J. A. A. (fs. 76 y vta.), quienes no solo refirieron ser compañeros del actor sino que expresaron haber sido testigos presenciales del evento dañoso sucedido y del que resultara damnificado en su integridad física el actor Sr. R., por cuanto resultan trascendentes para corroborar los hechos alegados en la demanda.----------
----------En tal sentido, el testigo C., aludió a que R. *“…iba tirando de la manguera y cayó…”*; *“…En el momento del accidente estábamos haciendo los cordón cuneta en el barrio L. M. y había un máquina que teníamos que empujarla, un regla que era para darle forma a los cordones, y el tiró la manguera y cayó…”*; *“…la máquina en sí era original, pero estaba montada sobre una regla…”*; y, preguntado específicamente sobre si el actor había recibido o no instrucciones por escrito sobre la forma de operar esa máquina, qué elementos de seguridad le había provisto la empleadora al actor para realizar su trabajo y si el actor recibió algún tipo de capacitación sobre medidas preventivas para evitar accidentes en el ámbito laboral, éste testigo respondió a tales interrogantes respectivamente lo siguiente: *“No me consta que haya recibido…”*; *“…No recuerdo bien, supongo lo que nos dan a todos, rodilleras, cascos, botines, guantes, mameluco, faja…”*; *“…A él en particular no sé, a nosotros cuanto entramos, sí, nos dieron una charla…”* (Sic)(Vide: resp. a la 4ta.; 5ta.; 7ma.; 11ava.; 12ava. –fs. 73-).----------Asimismo, el testigo A., expresó haber estado presente cuando sucedió el accidente de marras, refiriendo que el actor estaba tirando de una manguera, se resbaló y se cayó precisando que *“…cuando empujábamos una regla, el tiró de la manguera y cayó…”*. Y, si bien aseguró que “todos” recibieron charlas de

seguridad y que le proveían “a todos” de casco, faja, rodillera, botines, mamelucos, gafas, guantes, preguntado específicamente respecto a si el actor recibió algún tipo de capacitación sobre medidas preventivas para evitar accidentes en el ámbito laboral, relativizó su respuesta anterior indicando textualmente, lo siguiente: *“…no sé como habrá sido con él,…”*; si bien, aclarando de continuo en la misma respuesta a la cual vengo refiriendo que cada tanto les dabas charlas sobre seguridad en las que sí o sí tenían que estar todos (Vide: resp. 2da.; 4ta.; 5ta.; 11ava; 12ava. y 13 ava. –fs. 76-).----------Del mérito de dichos testimonios, resulta incontrastable, a mi juicio, que lejos se encuentra la prueba testimonial producida de poder alterar en lo más mínimo la versión de los hechos dada por el actor en su demanda y, menos aún, de contra-restar la presunción de verdad que emana de la situación procesal derivada de la omisión de cumplir con la carga de contestar la demanda operativa en el caso (Conf. Arts. 390 y 460 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 44 y art. 54 de la Ley XIV N° 1).----------Por lo demás, reitero, aunque es obvio destacarlo, dichos testigos son en extremo relevantes para la elucidación del aspecto bajo puntual análisis, cual es, si existió o no una apartamiento del deber de diligencia y prevención de la patronal –incumplimiento a normas de seguridad-. Y cuando aludo a prevención quiero significar el conjunto de actuaciones que tratan de evitar o disminuir la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo en cualquiera de las fases de la actividad de la empresa. Y, evidentemente es la patronal quien debió velar para que el ámbito laboral no torne peligroso o, bien, para que no se acentúe su peligrosidad, en tanto éste se debe encontrar siempre bajo su control, puesto que reviste la calidad de garante de la indemnidad de la pluralidad de trabajadores a su servicio, cuya seguridad y salud depende de que cumpla con ese deber jurídico. Ello así, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de la ART (Conf. Art. 4 de la Ley 24.557).----------Esta versión de la modalidad con la que se cumplían las tareas aludidas (construcción del cordón cuneta con la utilización de la máquina vibro montada en una regla) y el estado de los medios utilizados para ello (la necesidad de empujarla manualmente con, cuanto menos dos personas), como asimismo, del suceso del que resultara damnificado el actor, fue corroborada, en general, con los dichos de los testigos ya citados.----------Por lo demás, ninguno de ellos fue concluyente en relación a que el actor hubiera tenido algún tipo de capacitación previa para la utilización de dicha maquinaria, ni sobre si participó de algún tipo de instrucción relativa a las medidas preventivas de seguridad que debía adoptar para el desempeño de las tareas que le encomendaron como ayudante de albañil, o simplemente que se le hubiere indicado al actor que la maniobra –empujar por la manguera la máquina vibro- desencadenante del suceso que resultara provocador de su caída y de los daños sufridos en su integridad física, no debía ser

realizada del modo en que lo hiciera.----------
----Observo en relación al tipo de tareas que desempeñaba el actor al tiempo de ocurrir el siniestro, que si bien éste afirmó en su demanda que había sido contratado como "cañista", aludiendo para ello lo consignado en los recibos de haberes que acompañó a fs. 12/15 del expediente administrativo Nro. 019 –L-00474/08 (Vide: relato de los hechos, punto IV, párrafo 2do., "in fine"; y, punto VIII, apart. A –fs. 07 vta./8 vta.-), debo tener por cierto tal aserto por vía de la presunción derivada de la incontestación de la demanda; y, añado, a tenor de la presunción de verdad de los hechos afirmados en demanda que se impone en el caso; y, también, conforme el marco valorativo provisto por la regla derivada del principio *in dubio pro operario* que establece el art. 9 de la L.C.T. –según texto agregado por Ley 26.428-.----------
----Si embargo, reitero, me parecen realmente elocuentes y concretos tales testimonios a los efectos de ponderar como suficientemente corroborado en autos la absoluta falta de previsión y diligencia de la patronal, al menos en relación al actor damnificado en ocasión de producirse el siniestro, la que lejos de adoptar las medidas de seguridad mínimas que, se inducen sin mayor esfuerzo del relato de los acontecimientos efectuado en demanda y corroborado por las citadas testimoniales, las omitió generando con ello las circunstancias propicias para que acaeciera el evento dañoso.---
----En esta inteligencia estimo que se encuentra plenamente adecuado al nexo de causalidad entre el incumplimiento (disconformidad con la conducta debida con la obrada –omisión de obrar con previsión y diligencia-) y el evento dañoso sucedido en su lugar de trabajo, en circunstancias de hallarse cumpliendo dichas tareas el trabajador accionante en autos que no fue motivo de controversia en autos; esto es, se requería en la ocasión que se cumplieran las mínimas medidas de seguridad preventivas o evitativas del resultado acaecido. Y, desde otra perspectiva, descarto que el actor hubiera sido instruido, capacitado o siquiera avisado de los riesgos de empujar la mentada máquina vibra por la manguera, tal como podría inferirse de los dichos expresados en términos genéricos cuando aludieron a que "todos" recibían charlas de seguridad, aunque relativizando dicha respuesta cuando fueron preguntados específicamente de si el actor las recibió, puesto que sus dichos se corroboran con la realidad de lo sucedido y que demuestra por sí mismo por el resultado dañoso acontecido en la humanidad del Sr. R., con motivo del siniestro laboral del que fuera víctima (Arts, 519 y sgtes. del Código Civil; arts. 390 y 460 del C.P.C.C.; y, art. 44 de la Ley XIV Nro. 1 –antes Ley 69)(Conf. De La Fuente, Horacio H., "Los accidentes de trabajo y la acción de derecho común", D.T. 1980-597; id, Llambías, Jorge J., "La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo", en L.L: 1979-C, 852; ídem, Calfonieri (H), Juan Ángel, "Anotaciones sobre el deber de seguridad en el trabajo y la responsabilidad contractual por accidente de trabajo", D.T., 1987-B, 1189).----------
----En síntesis y en tal tesitura, admitido que fuera la existencia del contrato laboral y el acaecimiento del siniestro en el ámbito donde se prestaban las tareas por el

dependiente reclamante de resarcimiento por daños en el presente proceso; como asimismo, probado que fue el daño y el vínculo de conexidad causal entre ambos y dado el factor de atribución objetivo que, sostengo, es el que opera en el supuesto, corresponderá admitir el reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios contractuales efectuado por el Sr. N. R. Así lo voto y dejo propuesto al acuerdo que se decida.----------

----------II.- Atento a lo expuesto, entonces, corresponde ingresar ahora al tratamiento concreto de los daños cuyo resarcimiento se reclamara en demanda. Al respecto, es necesario tener presente que la reparación de los daños resarcibles solo alcanzarán a los que sean una derivación inmediata y necesaria del accidente sufrido el 31 de Julio del 2007 (Doct. art. 520 del Código Civil).----------Habida cuenta de ello rememoro que del escrito de inicio surge que el actor reclama indemnización por los siguientes rubros, a saber: 1) <u>incapacidad laboral sobreviniente</u> derivada del la mengua de la plenitud física que padece y que fuera diagnosticada por la Comisión Médica N° 19 por dictamen fechado el 13 de agosto de 2008, que indicó una incapacidad laboral de carácter provisoria del 53% de la total obrera; 2) <u>pérdida de chance</u>: derivada de que fue privado de la posibilidad futura de ascender en su carrera; y, 3) <u>daño moral</u> (vide: punto VI del escrito de demanda –fs. 6 vta./7 vta.-).----------

----Ante lo cual, para propiciar un prolijo desarrollo del análisis que se deberá efectuar, lo emprenderé particularizando el análisis de cada uno de los rubros resarcitorios que se han enunciado.----------

----1).- **I<u>ncapacidad sobreviniente</u>**: ----------

----Al fin de cuantificar la incuestionable incapacidad laboral que padece el Sr. R., bien podemos servirnos de la conocida fórmula de matemática financiera desarrollada para el cálculo actuarial provisto por Moore y Bernasconi, método que lleva a establecer un capital que, invertido a interés según tasa compatible con una moneda de valor constante, permita retiros periódicos equivalentes a los ingresos frustrados, retiros estos que al estar integrados por los intereses producidos y por porciones de capital, irán amortizando al último hasta agotarlo al fin del período computable.----------

----Tal fórmula, sabido es, se explicita del siguiente modo: C = a.[1-1/(1+i) n].1/i; donde “C” es el capital a determinar, “a” el retiro periódico a realizar, “i” la tasa de interés propia de una moneda estable y “n” el número de períodos pendientes.----------

----El primer elemento a considerar son las sumas que el damnificado podía alentar la esperanza de recibir, es decir, sus ingresos predecibles en la actividad que desempeñaba para la patronal. En demanda el actor denuncia haberse desempeñado cumpliendo tareas como albañil (vide: escrito de demanda, punto IV –fs. 04 vta.-), lo cual es coincidente con los dichos vertidos por uno de los testigos quien manifestó cumplir idénticas tareas, aunque precisando revestir en la categoría de “ayudante de albañil” las que inclusive describió (Ver: respuesta 5ta. del testigo C. –fs. 73-).--------En

este sentido, observo que el actor no aportó en su demanda los datos necesarios a los efectos de cuantificar el presente nocimiento, sin embargo es factible extraer de elementos aportados al proceso algunos como, por ejemplo, su edad al momento de ocurrir el evento dañoso, como asimismo, es posible adoptar para el cálculo respectivo el salario de convenio correspondiente a la categoría ayudante de albañil.----------

----A la par, recuerdo, que corresponde tener por acreditado con el informe producido por el Cuerpo Médico Forense el daño físico sufrido por el actor, en tanto que se indicó una incapacidad laboral genérica, parcial y permanente de 19,5% de la total obrera (ver: fs. 143).----------

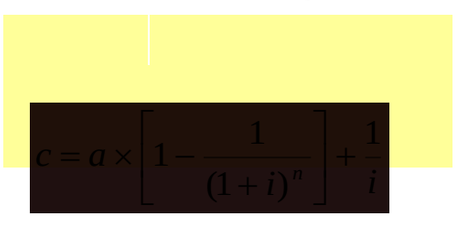
----De dicho informe surgen también algunos datos personales del actor que son de utilidad para dar contenido a los factores de la formula de matemática financiera “Moore Bernasconi” antes descripta y que -de común- es la utilizada para establecer el *quantum* indemnizatorio derivado de las incapacidades sobrevinientes, para el caso, su edad actual que permite inducir la que tenía al momento del siniestro -61 años-.----------

----Del importe salarial que surge del informe de Errepar correspondiente al acuerdo de recomposición salarial del C.C.T. Nro. 76/1975, homologado por Disposición 330/2011 de la Dirección Nacional de las Relaciones de Trabajo el que, a su vez, fuera aprobado por la Secretaría de Infraestructura, Planeamiento y Servicios Públicos de la provincia del Chubut por Resolución Nro. 193/11, se obtiene la base de la cual surgiría la renta proporcional a compensar con motivo de la minusvalía ponderada, como ya se estableciera precedentemente en un 19,5% de la capacidad total, porcentual que computa integralmente la minusvalía que padece R.; esto es, no solo la afección en lo laboral sino también en la influencia en lo personal y social de la víctima. De allí que computado el monto indicado de $ 2.585,6 -como salario mensual que surge de calcular un jornal diario de 129,28 (computando 8 horas al 16,16 del jornal de convenio aludido)- importe que multiplicado por 13 períodos mensuales en el año, arroja el valor de la renta bruta que debiera obtenerse del capital indemnizatorio a conceder por este rubro a partir de computar el porcentual de incapacidad dictaminado, esto es “a” debería ascender al importe de $ 33.612,60.----------

----Tocante al valor “i”, es el 6% anual, aceptando como tasa de interés “puro” propio de la moneda estable en nuestra jurisdicción (S.T.J.Ch., S.D., N° 7/91).----------

----En lo concerniente al valor “n”, contando al momento del accidente el trabajador con 61 años, el tiempo de vida útil o de actividad social y personal estimados hasta la edad de vida estadísticamente indicada para los hombres (74 años), corresponderá tomar el lapso temporal de 13 años. Tomaré pues para el cálculo como valor “n” el de 13 años.----

----Con tales datos es posible aplicar la fórmula antedicha, reemplazando ya por los valores los símbolos algebraicos, todo lo cual arroja el siguiente resultado, a saber: ------



JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

i	0,06
a	$ 33.612,60
N	13
C	$ 297.561,69

----A dicho importe, aplicado el porcentual de incapacidad del 19,5% a resarcir, arroja el monto por el cual en definitiva prosperará el presente rubro, esto es, por la suma de **Pesos Cincuenta y Ocho Mil Veinticuatro con Cincuenta y Tres Centavos ($ 58.024,53),** con más sus intereses que se indicará “infra” a computar desde la fecha de acaecimiento del evento dañoso (31/07/2007) y hasta el día de su efectivo pago. Así lo voto**.**----------

----2) **Pérdida de chance**: ----------

----Por pérdida de chance hay entender como aquella probabilidad de acaecimiento de un acontecimiento favorable para quien la reclama y que se denuncia como pérdida, la cual debe ser apreciada objetivamente.----------

----Es así que, como lo entiende destacada doctrina especializada en la materia, cuando indica que la expresión “pérdida de chance” comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitado una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso o la evitación de una pérdida se habría producido o no, coartando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (Conf.: Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., en “Tratado de la responsabilidad civil”, con cita de Vicente Domingo, Le Tourneau-Cadiet y Mayo, Ed. La Ley, T. I, pág. 465).----------

----En sentido similar la Corte Federal ha dicho en relación al concepto de “chance” que la misma se trata de “la frustración de una posibilidad futura, dentro del ámbito de las expectativas legítimas y verosímil según el curso ordinario de las cosas” (Conf. CSJN, 17-3-98, L.L. 2000-D-467).----------

----Es preciso recalcar que lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado.----------

----Así pues, en la “chance” concurre siempre una cuota de incertidumbre o conjetura. Pero, a la vez, hay en la “chance” otro elemento que es cierto: dicha oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la “carrera” de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esta posibilidad tenía un determinado valor, aunque difícil

de justipreciar, que debe ser reparado (Conf. Zavala de González, Matilde, en “Resarcimiento de daños. Daños a las personas –integridad psicofísica-“, Ed. Hammurabi, 2da. ed., 3ra. Reimpresión, año 1996, T. 2-a, pág. 343; id., Zannoni, Eduardo, en “Daños en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, ed. año 2005, pág. 107).----

----Este daño cierto en la especie se concretaría en la incapacidad parcial y permanente que se ha acreditado en autos que padece el Sr. R. con motivo del accidente de trabajo que sufriera en su lugar de trabajo, empero con una única pero trascendente salvedad que no puede ser soslayada en el particular supuesto bajo tratamiento, que es que el mismo ya contaba a la fecha del siniestro con 61 años por lo cual la “chance” a ponderar –pérdida de probabilidades futuras- para el caso es casi inexistente. Insisto, la incertidumbre reposa en evaluar cuál sería la consecuencia sobre sus posibilidades futuras –ganancias que se habría obtenido o la pérdida que se hubiera evitado de no haberle ocurrido el evento con consecuencias dañosas que generan la minusvalía-.------

----De allí que resulta “prima facie” inatendibles todas aquellas consideraciones que se remitan a argüir hipótesis de existencia de daño reparable a título de pérdida de chances, en la medida que no se compadezcan con las circunstancias de hecho acreditadas en la causa.----------

----Y, en tal dirección apunto que no basta con citar como lo hiciera el actor el fallo “Aquino” de la Corte Federal y, a la par, con aludir a la reparación plena del prejuicio sufrido para viabilizar la admisión de la denunciada pero no especificada pérdida de chance que, con motivo de el siniestro sufrido, padecería. Insisto, lo frustrado, es solo la pérdida de la probabilidad, de la posibilidad y no el beneficio esperado como tal, y como en la especie ni siquiera se sugirió cuál sería tal probabilidad o posibilidad frustrada huérfano se encuentra el órgano decisor para evaluarla siquiera (Conf.: Zavala de González, Matilde, en op. Cit., pág. 457 y Sgtes, & 117)(Conf.: CNCiv., sala G, 23-3-2001, L.L., 2001-E-144; id., CNCiv., sala M, 16-3-94, L.L. 1995-D-95; id., CNCiv., sala E, 26-12-91, L.L., 1993-A-63; id., CNCiv., sala H, 13-3-96, J.A., 1997-III-88; ídem,, ver: Tanzi, Silvia Y., Humphreis, Ethel y Papillú, Juan, M., en “La pérdida de chances según la jurisprudencia”, en J.A., 2004-III-1333).----------

----Por lo dicho, pues, propiciaré al acuerdo la desestimación del presente rubro. Así lo voto.----------

----3) **<u>Daño moral</u>**: Comienzo por establecer aquello que se considera que constituye daño moral, para lo cual es útil rememorar su conceptualización diciendo que el daño moral importa *“...una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial...una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”* (sic)(conf. Pizarro, Ramón D., “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, ed. año 1996, pág. 47).----------

----Esto es, el daño moral lesiona los valores más preciados del ser humano: los sentimientos, las emociones, la tranquilidad y el equilibrio anímico, entre otros valiosos bienes personales dañados por el padecimiento y secuela espiritual que provoca en el sujeto damnificado en su integridad física, conmoviendo su vida de relación y su proyecto existencial conforme al criterio hoy dominante en la materia.----------

----Y en tal conceptualización encuentro probado en autos que el Sr. R. a sufrido tal minoración de su subjetividad o bien, que se le ha menoscabo su modo de estar a partir de haber sufrido el accidente y todo el derrotero que debió afrontar con motivo de las consecuencias dañosas que le produjo en mismo en su integridad física. Basta con remitirse al dictamen del médico forense, el cual además de informar una minusvalía, observó estigmas compatibles con cirugía artroscópica en rodilla izquierda y un cicatriz quirúrgica de 8 centímetros en la cara interna de la rodilla homolateral y otra de 4 centímetros en la cara supero interna de la pierna del mismo lado e indicando diferencias entre los miembros inferiores derivados de la atrofia del que fuera afectado en el accidente el que padece una flexión permanente de 30º (ver: dictamen de fs. 143).----------

----En esta dirección y consecuentemente con la naturaleza exclusivamente reparadora que le asigno a esta especie del género indemnizatorio, sostengo que el “quantum” deberá estar referido solo a la dimensión del daño sufrido, correspondiendo entonces atender al tipo de interés lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó y la índole del hecho generador de la responsabilidad. Es en este último aspecto donde juega la relación entre la cuantía de la reparación y el factor de atribución de responsabilidad, porque para establecer el grado de sufrimientos a compensar importa tener en cuenta la clase de acción ofensiva ejecutada, en tanto cabe presumir que hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad del victimario se presenta.----------

----A este efecto, opino que corresponde 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 psicofísica; b) respecto de las consecuencias del hecho, que el mismo provocó al actor, amén de los padeceres físicos propios de la lesión, de su largo tratamiento, con operaciones quirúrgicas inclusive, la angustia de verse disminuido en sus potencialidades tanto en la órbita laboral como familiar y social; y c) en lo tocante a la índole del ilícito, que el factor de atribución de atribución de la responsabilidad objetivo (deber de seguridad o garantía de indemnidad que pesa sobre la patronal respecto de sus dependientes), fuente que se encuentra alejada de cualquier grado de intencionalidad dañosa por lo cual ha de ponderarse menos hiriente para el ánimo de la damnificada.----------

----Desde otra arista del análisis, justiprecio que no se intenta siquiera con el acogimiento de la pretensión indemnizatoria del daño moral sustituir el dolor del alma

por su precio en dinero dada la distinta naturaleza de ellos que los hace inequivalentes, aunque sí se busca dar a la víctima medios para paliar los efectos del dolor (Conf. Aguiar, “Hechos y actos jurídicos”, Ed. TEA, ed. año 1951, T. IV, págs. 201/203; ver: Iribarne, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”; id. Goldenberg, Isidoro H., “El daño moral en las relaciones de trabajo”, en Rev. Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, N° 6, págs. 185/215 y 261/267, respectivamente).----------

----Se trata de dotar al actor de un aporte económico que lo coadyuve a la posibilidad de acceder a algún deleite que mitigue la afección que lo embarga. Esta concepción de indemnización proveedora de medios con los que el damnificado pueda procurarse distracciones hábiles para apaciguar su pena –modo imperfecto de reparar, más el único posible-, nos suministra pauta cualitativa aproximada para la determinación cuantitativa del ítem.----------

----Para apreciar bajo ese parámetro la cuantía pretendida ($ 50.000)(ver: punto VII del escrito de demanda –fs. 07 vta.-), acudiré a la formula de matemática financiera que ya utilizara “supra”, bien que aplicándola en forma inversa para establecer, a partir del capital reclamado, la renta que él produciría, es decir: [a = C / 1-1/(1+i).1/i]. Tendremos de ese modo el siguiente resultado: ----------

c	$50.000,00
n	13
a	$5.648,01

----Esta renta anual de $ 5.648,01 dividida por los doce meses del año arrojan una mensualidad de $ 470,66 que, estimo, no se ajusta -por excesiva- a la entidad del daño moral comprobado, máxime cuando estamos refiriéndonos a un período comprendido por tal reparación mensual de 13 años computando la expectativa de vida restante del actor desde el momento de acaecer el evento dañoso que afectara su integridad psicofísica.----------

----Es por tal motivo que ponderando más ajustado a la entidad del daño extrapatrimonial que padece el Sr. R. propongo fijar la suma por daño moral en la suma de Pesos Siete Mil Quinientos ($ 10.000)(Art. 165 del C.P.C.C.).----------De dicho monto puede desagregarse para su ponderación que equivale a un monto mensual de $ 94,13 que, como renta que consumiendo el capital generador de la misma por un período de 13 años, compensa adecuadamente a mi ver, el perjuicio extrapatrimonial a indemnizar. Este importe parcial surge del siguiente cálculo, a saber:

c	$10.00,00
n	13
a	$1.129,60

----En consecuencia, propongo al acuerdo se fije en concepto de daño moral la suma de **Pesos Diez Mil ($ 10.000)**, a valores del presente pronunciamiento. Así lo voto.----------

----III.- Conclusión: ----------

----Por lo expuesto, procede revocar íntegramente el fallo apelado haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el Sr. N. R., condenando a la patronal "A. C. S.A.", a que en el plazo de diez (10) días de firme la presente, abone a la actora la suma total de **Pesos Sesenta y Ocho Mil Veinticuatro con Cincuenta y Tres Centavos ($ 68.024,53),** con más la tasa de interés activa que fija y cobra el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a 30 días a computar desde el 31 de julio de 2007 y hasta el día de su efectivo pago.----------

----------Es de resaltar, que la decisión alcanzada responde a la conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias obrantes en la causa. En efecto, la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su verdad objetiva. Al respecto la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, y esta facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad es indudable (CSJN, "Colalillo, Domingo c/ Cía de Seguros España y Río de la Plata", Fallos 238:550). Es que, la renuncia a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia; si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes -secundum allegata et probata partium- nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)-.F. 1045. XLI; RHE, "Figueroa, Juan Carlos y otros c/Municipalidad de La Banda", 17/10/2007, "Madariaga Anchorena, Carlos J. c/Estado Nacional y otros", 25/09/2007, Fallos 330:4216, "Costa Perktold, Ana María c/ Fernández, Robustiano y otros" 21/05/2002, T. 325, P. 1105).----------

----------En síntesis, el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad objetiva (CSJN, Fallos 238:550, 312:1656, 314:629, 315:1186 y 1203; 320:730 y 2209; 321:2106 y 322:179).-------Conforme lo expuesto, habiéndose revocado la demanda, corresponde adecuar la imposición de costas. Triunfante finalmente la parte actora, aunque parcialmente toda vez que la demandada resultó vencedora en el rubro pérdida de chance, las costas de ambas instancias deberán imponerse a la demandada vencida en un 80% y en un 20% a la actora (Arts. 57 de la Ley XIV Nº 1 y 282 del C.P.C.C.).----------

----------Por aplicación de la última norma citada, corresponderá asimismo adecuar a esta nueva decisión los honorarios regulados en el anterior grado.

Atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado arrojado por las labores profesionales de primera instancia, opino que deben fijarse los emolumentos de los Dr. E. O. R. y L. M. F., letrados apoderado y patrocinante del actor; en conjunto, y, a los Dres. C. M. Z. y P. D. P., letrados apoderados de la parte demandada, en conjunto, en las sumas equivalentes al 19,6% y al 14%, respectivamente, del monto final del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (Arts. 5, 6, 18, 36, 38, 46 y conc., de la Ley XIII Nº 4).----------Por aplicación de idénticas pautas apreciativas y de lo preceptuado por el art. 13 de la ley del arancel, entiendo que los honorarios de los Dres. L. M. F. y E. O. R.; y, los del Dres. C. M. Z. y P. D. P., por sus tareas de Alzada, deben fijarse en las sumas equivalentes 6,86%, en conjunto, a los primeros; y, la equivalente al 3,5%, también en conjunto, a los mencionados en segundo lugar. En ambos casos los emolumentos fijados en las alícuotas indicadas a computar sobre el aludido monto del pleito.----------

----Todos los honorarios antedichos deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente (Leyes 23.349 y 23.871).----------

----Por todo lo expuesto me expido en esta cuestión por la NEGATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 96/100 y los agravios que contra la misma expresara la actora a fs. 105/112 vta., me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad. A fin de un más ordenado análisis seguiré el orden propuesto por el Dr. Lucero, amén de que el mismo responde a reglas de lógica en el examen de los agravios expresados.----------

----I.- Sin perjuicio de lo anterior, es del caso aclarar que las quejas de la apelante se refieren al apartamiento del decisorio respecto a las previsiones del art. 54 de la ley XIV Nº 1 (ver fs. 105/109 vta., pto. II, A), así como a la errónea valoración de la prueba que se endilga al juzgador (ver fs. 109 vta./11 vta., pto. II, B), mas como bien lo apunta el colega preopinante, ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, ya que la valoración de la prueba va a depender, en cierta medida, de la aplicación de la normativa del art. 54 de la ley XIV Nº 1.----------

----1) Resulta conveniente comenzar por precisar que la actora fundó la responsabilidad enrostrada al empleador en la norma del art. 1113 del C. Civil, considerando que el daño experimentado fue consecuencia del riesgo de la cosa utilizada en el siniestro, existiendo un nexo causal adecuado entre ambos (ver demanda a fs. 05 vta./06), sin perjuicio de agregar que a igual resultado se arriba en caso de imputarse a la demandada un factor de atribución subjetivo como la culpa del art. 1109 del C. Civil, dado que la misma incumplió con los deberes de seguridad pertinentes establecidos por las normas respectivas (ver fs. 06/vta.). Bajo dicho marco normativo el juzgador de grado analizó los hechos, concluyendo en que no se acreditó el riesgo o vicio de la “cosa” -máquina- manipulada por el trabajador (ver sentencia a fs. 98/vta. y 99 vta., 2do. párrafo).----------

No obstante que tanto la actora como el sentenciante analizaron la cuestión a la luz de la responsabilidad aquiliana, es de señalar que nada impide a este tribunal hacerlo de acuerdo a otro marco normativo en virtud del principio “iura novit curia”. Es de señalar que podría cuestionarse aquí que existe un conflicto entre el citado principio y el de congruencia, si se considerara que éste se violentaría por examinar los hechos de acuerdo a un factor de atribución diverso al invocado por el accionante. Al respecto es de admitir que la cuestión no es pacífica y ya me he expedido al respecto en el antecedente de esta Sala “B”, SDL Nº 29/09 del 06/04/09. En un excelente artículo de doctrina de Andrea Meroi (conf. Meroi, Andrea A. : “Iura Novit Curia” y Garantías Procesales” en www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt021213.asp), la autora expresa que la “causa petendi” ha sido definida como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional y con cita de Alvarado Velloso adhiere a la teoría “dualista” o de la “individualización”, entendiendo que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: 1) los hechos invocados en la demanda y contestación y 2) la imputación jurídica que las partes efectúan con motivo de los hechos. Con todo esta autora admite que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias adscriben a la concepción unitaria o sustancialista de la “causa petendi”, según la cual el juez no está vinculado por la calificación jurídica del actor, pudiendo modificarla sin que la resolución pueda tacharse de incongruente con la condición, además de no alterar los hechos y respetar el principio de contradicción, de no modificar la “causa petendi”. Siempre según Meroi, la máxima “iura novit curia” no puede ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes; dicha máxima no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables, sino que significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. Agrega que el límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Y finaliza la autora citada diciendo que la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, ya que no debe prevalecer sobre el superior criterio de la defensa y seguridad jurídica.----------

----Dentro de la postura mayoritaria que critica la autora mentada, encuentro relevante destacar lo expuesto por Zavala de González, ya que se refiere en concreto a la aplicación del principio “iura novit curia” respecto del proceso de daños (conf. aut. cit., “Resarcimiento de Daños”, Tº 3, Ed. Hammurabi, 1997). Esta autora considera que el juez tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes, y si

bien el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto, ya que una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el principio de congruencia (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 240/241). Añade que el primer principio (iura novit curia) se emplaza en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero como no existe una separación tajante entre "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho", se presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 241). Así se ha entendido que *"Si bien el principio de congruencia veda al juzgador la posibilidad de introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa, ello no impide, sin embargo, la aplicación del derecho a los hechos acreditados"* (conf. SCBA, 4/4/89, ll, 1990-A-235).----------

----Con relación al juicio de daños -continúa diciendo Zavala de González-, puede señalarse que el principio de congruencia opera con mayor vigor en lo que atañe al objeto de la acción, mientras que son más amplias las atribuciones jurisdiccionales oficiosas en relación con la causa, título o razones que apoyan la petición. Y en el proceso de daños, la causa de la acción, entendida en sentido estricto, radica en el perjuicio injusto sufrido por el actor -en conexión con un hecho lesivo que debe ser su causa adecuada- (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 242). Y concretamente respecto a la cuestión aquí planteada, la autora citada considera que las conclusiones sobre la instrumentación del principio "iura novit curia" son aplicables al encuadramiento de la responsabilidad, como contractual o extracontractual, en cuanto la invocación por el actor de uno de esos títulos de responsabilidad, no justifica el rechazo de la pretensión, por la circunstancia de que el juez considere procedente el otro, y en tanto y en cuanto el sustento fáctico en que se apoye la sentencia sea el mismo que el esgrimido por el pretensor. Y si esto cabe decir respecto al ámbito de la responsabilidad endilgada, con mayor razón en cuanto al factor de atribución, en cuanto al libre encuadramiento del juez sobre el mismo (conf. aut. cit., ídem, págs. 245/246).----------

----En síntesis, y coincidiendo con el vocal prevotante, encuentro que de acuerdo al principio "iura novit curia", no existe óbice a que se confiera, en esta instancia, un marco normativo diverso al otorgado por las partes y el juez de grado, ya que la alzada puede pronunciarse de conformidad con el aforismo *iura novit curia*, es decir, dando distintos fundamentos de derecho que los invocados por las partes y el propio juez de primera instancia (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 959).----------

----2) Sentado lo anterior, coincido con el Dr. Lucero, en cuanto a que habiendo ocurrido el siniestro en el marco de la relación de empleo, la responsabilidad atribuida debe juzgarse en principio en el marco contractual, más aún cuando no se esgrime la

existencia de delito que permita, en virtud de lo dispuesto por el art. 1107 de C. Civil, el corrimiento a la órbita aquiliana. Ello sin perjuicio de que tampoco resulta prohibido el encuadre bajo la esfera extracontractual. Es que de acuerdo a la jurisprudencia sobre el tema, en vigencia de la ley 9688, la Cámara Nacional del Trabajo en pleno consideró aplicable el art. 1113 del C. Civil en el caso de haberse optado por la acción de derecho común a la que se refiere el art. 17 de la ley 9688 (conf. CNAT, en pleno, 26/10/71, Acuerdo Plenario Nº 169, in re: “Alegre, Cornelio c/ Manufactura Algodonera Argentina” cit. en Ackerman, op. cit., 116). Así también en algunas oportunidades se ha enmarcado la cuestión en el ámbito contractual (conf. CN. Com., Sala D, del 09/11/07, in re: “Samaniego, Nicolás c/ Copinco Invest S.A. s/ ordinario, elDial-AA44E5). Es más, la propia Corte Federal, en los antecedentes mentados, en “Gorosito” hizo referencia a las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521 del C. Civil), mientras que en “Aquino” se efectúa una referencia explícita a los arts. 1109 y 1113 del campo aquiliano. En resumen, sin perjuicio del primer análisis que efectuaré a la luz de la responsabilidad contractual, habré también de considerar el planteo de acuerdo a las normas que invocara el actor.----------

----En el marco de la responsabilidad contractual, el art. 75 de la LCT establece el deber de seguridad a cargo del empleador. Es cierto que en el actual texto de la norma, modificado por la ley 24557, se eliminó el epígrafe “Deber de seguridad” y la obligación del empleador de “adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la técnica y la experiencia sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores”, lo que ha llevado a la doctrina a replantearse sobre la subsistencia del deber de seguridad. Sin embargo existen diversas razones que conducen a afirmar la subsistencia de este deber. En el orden constitucional, el art. 14 de la Const. Nacional asegura al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor” y luego de la reforma de 1994, por el art. 75, inc. 22 se ha dado jerarquía constitucional a la protección a la vida, la salud y la integridad psicofísica y moral de los trabajadores. En el orden legal, la propia directiva del art. 75 de LCT sobre la observancia por parte del empleador de las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo remite al contenido obligacional de la ley 19587 que comprende “las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto” la protección de “la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores (art. 4, inc. b), e incluso estatuye expresamente que: “todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...” (art. 8). Finalmente existen motivos de índole contractual, por cuanto en todo contrato se considera ínsita la obligación de seguridad, como derivada de la buena fe contractual (art. 1198 del C. Civil), por lo que si esto se afirma en los contratos civiles y comerciales, con mayor razón cabe expresarlo dentro del ámbito del contrato de trabajo, donde el compromiso de la vida e integridad física del trabajador es mayor

(conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Ed. La Ley, 2007, Tº II, págs. 917/919).----------

----En cuanto a este deber u obligación de seguridad, se lo ha caracterizado como de naturaleza contractual, dado que está presente, en forma expresa o tácita, anexa o independiente, en todo contrato. Asimismo existe en todo tipo de contrato, con independencia de las características de la obligación principal. Y es siempre una obligación de resultado, cuya violación genera responsabilidad de naturaleza objetiva; ello por cuanto en todo negocio jurídico el deudor garantiza la indemnidad del accipiens en lo atinente a bienes diferentes al que constituye su objeto. Por lógica consecuencia, la sola circunstancia de que con motivo del desarrollo de la prestación principal, se produzca un daño adicional al accipiens, ello genera contra el deudor una presunción de adecuación causal, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo (conf. Agoglia-Boragina-Meza: “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Hammurabi, 1993, págs. 161/175). Este carácter objetivo de la responsabilidad generada por el incumplimiento de esta obligación, conlleva que, una vez acreditado el daño, el incumplimiento antijurídico, y dada la mentada obligación como factor de atribución -en verdad su violación-, el demandado podrá exonerarse mediante la demostración de la fractura del nexo causal, sea por caso fortuito, hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no deba responder (conf. Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., pág. 243).----------

----Sentado lo precedentemente expuesto es destacar, como lo señala la apelante en su primer agravio, que la accionada no contestó la demanda, por lo que resulta de aplicación el art. 54 de la ley XIV Nº 1 del que resulta la presunción como ciertos de los hechos alegados por el actor. Mas, sin perjuicio de ello, y esto se vincula al segundo agravio relativo a la ponderación de la prueba rendida, del análisis de la prueba testimonial, no se desprende de la misma que se contradiga la mentada presunción, como lo razona el juez de origen. De la declaración del testigo C. (ver fs. 73/vta.), se desprende que el mismo presenció el accidente que sufriera el actor (respuesta a razón de sus dichos), expresando que R. iba tirando de una manguera y cayó (respuesta cuarta), que estaban haciendo el cordón cuneta en el barrio L. M. y había una máquina que tenían que empujar y una regla que era para darle forma a los cordones (respuesta quinta), que la máquina era original pero estaba montada sobre una regla (respuesta séptima), que no le consta que la actora hubiera recibido instrucciones sobre cómo operar la máquina (respuesta undécima), que supone que le dieron los mismos elementos de seguridad que a todos los demás (respuesta duodécima), y que no sabe si a R. le dieron una charla sobre prevención de accidentes (respuestas décimo tercera). En cuanto al testigo A. (ver fs. 76/vta.), también presenció el accidente (respuestas segunda y a razón de sus dichos), señala que estaban llenando cordones cuneta cuando empujaban una regla y R. tiró de la manguera, se resbaló y cayó (respuestas tercera y cuarta), coincidiendo con el anterior testigo respecto a las charlas

y elementos de seguridad (respuestas undécima y duodécima), mas no sabe si el actor recibió las referidas charlas (respuesta décimo tercera). De lo anterior no se desprende que el actor hubiera recibido la debida preparación o instrucción para operar la máquina en cuestión, a lo que cabe añadir que del relato de los testigos surge que nadie previno a R. acerca del eventual peligro o -en todo caso- de la incorrección de la forma en que manipuló la máquina, lo cual es claro que era deber de la empleadora (conf. art. 8, incs. b y d de la ley 19587). Es así que, ante dicha obligación legal, deviene intrascendente lo manifestado por los testigos con relación a que la máquina funcionaba adecuadamente, o que la maniobra que hizo R. de la máquina no era la normal o habitual (ver fs. 73 vta., respuestas a repreguntas séptima y novena; y fs. 76, respuesta décimo séptima). A ello cabe agregar que, en virtud de la incontestación de la demanda, procede tener por cierto que el actor fue contratado para realizar tareas de cañista pero que se le asignaron tareas de albañil (ver demanda a fs. 04 vta., pto. IV, 2do. y 3er. párrafos), lo cual, por lo demás es corroborado con las constancias de los recibos de haberes obrantes a fs. 12/15 del expediente administrativo Nº 019-L-00474/08, que tengo a la vista. Esto último pone en evidencia que con mayor razón el actor debió haber recibido una instrucción más precisa sobre el uso y operación de la máquina. Y en todo caso, como bien lo destaca el Dr. Lucero, si se considerase que la prueba no es concluyente respecto a la atribución de responsabilidad de la empleadora, la norma del art. 9 de la LCT (conf. ley 26428) disipa la duda en favor del reclamo del trabajador.----------

----------De lo antedicho encuentro acreditados los presupuestos de la responsabilidad contractual por el incumplimiento del deber de seguridad, ya que estamos frente a un daño padecido por un trabajador en ocasión de la prestación de sus tareas a favor de la empleadora y que aconteciera en el lugar de trabajo en condiciones de seguridad que operaron como causantes del siniestro o al menos favorecedoras de su ocurrencia. Es así que encuentro que resulta acreditada la responsabilidad contractual de la demandada (conf. art. 519 y concs. del C. Civil). Agregaré que en la hipótesis de que se considere que el caso en examen debe enfocarse bajo la óptica de la responsabilidad extracontractual, también resulta acreditada la misma, ya que el daño experimentado aconteció en ocasión de la prestación de una actividad que, dadas las condiciones de instrucción que se exigía que recibiera el actor respecto a la manipulación de la máquina, era potencialmente riesgosa. Al respecto es de añadir que el art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil ha sido interpretado en cuanto a que no se limita al riesgo de una cosa, sino que es factible entender como factor de atribución al riesgo de una actividad, ya que es un principio vigente en la actualidad la proyección del riesgo, más allá de las cosas, a cualquier actividad humana peligrosa. Y en los daños que derivan de una actividad riesgosa, puede ocurrir que no intervengan cosas en el proceso perjudicial o que, aunque sí intervengan, el peligro no derive de éstas sino de la manera de emplearlas o de

controlarlas, en cuyo caso la creación del peligro es imputable al titular de la actividad riesgosa, en este caso la empleadora (conf. Zavala de González, Matilde: “Responsabilidad por riesgo”, Ed. Hammurabi, 1997, págs. 195/196 y 208; ver mi voto en CATrelew, Sala “B”, SDL Nº 08/12 del 18/04/12).----------

----En síntesis de lo argumentado en este considerando, habré de coincidir con el Dr. Lucero en cuanto a que resulta acreditada la responsabilidad enrostrada a la demandada.----------

----3) Resuelta la existencia de responsabilidad de la accionada corresponde examinar los rubros cuya indemnización solicita la actora. Al enunciar los reclamos indemnizatorios se solicita en primer lugar indemnización por incapacidad sobreviniente (ver fs. 06 vta./07, pto. VI, A). Cabe expresar en primer lugar que la integridad psicofísica carece de un valor económico “per se”, ya que como consecuencia de una lesión inferida a dicha integridad, sólo pueden derivarse dos tipos de daños: patrimonial y moral, es decir el que repercute disvaliosamente en el patrimonio -comúnmente englobado como incapacidad sobreviniente o lucro cesante-, y el que reside en las consecuencias espirituales o inmateriales de la lesión (ver cita de Pizarro y Zavala de González en Vázquez Ferreyra, Roberto: “Daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de la persona”, LL, 1991-D-146 y sigs.). En tal sentido se ha precisado que el daño a la vida de relación no importa un *“tertium genus”*, por lo que debe encuadrarse dentro de alguna de las categorías tradicionales de daño según las repercusiones se produzcan en el ámbito material o espiritual o ambas; de allí que el interés práctico de este daño radica en que el magistrado debe tenerlo en cuenta para justipreciar la indemnización, redimensionando el monto que habría acordado de prescindirse de la perturbación a la vida de relación (conf. Zavala de González: “Resarcimiento de daños”, Tº 2a, Ed. Hammurabi,1996, págs. 463/464). Otro tanto cabe manifestar con relación al daño de orden psíquico. Tampoco este daño es resarcible “per se”, sino que las lesiones psíquicas pueden tener proyecciones en los ámbitos patrimonial y espiritual (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, págs. 234 y 274). La proyección en la esfera extrapatrimonial queda evidenciada “re ipsa” por vía inferencia a partir de la propia constatación de la situación anímica patológica, en cambio la gravitación económica perjudicial debe ser objeto de prueba, si bien puede operar por vía presuncional (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, pág. 274).----------

----Aclarado el aspecto anteriormente tratado, cabe considerar que, de acuerdo a lo dictaminado en la pericia médica a fs. 143/vta., se concluyó que R. padece una incapacidad parcial y permanente del 19,5%, consecuencia del accidente que sufriera el 31/07/07 en su rodilla izquierda, tal como se narrara en la demanda. Desde el punto de vista patrimonial cabe considerar la existencia de incapacidad sobreviniente, para cuyo determinación coincido con el Dr. Lucero en la utilización de la fórmula matemático-financiera de acuerdo a la doctrina establecida por esta Alzada (conf. CANE, SDC 79/94). El esquema de la fórmula es el siguiente: ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

$$C = a \cdot \left(1 - \frac{1}{(1+i)^n}\right) \cdot \frac{1}{i}$$

----Explicitando la misma, “C” es el capital a determinar, “a” el valor de la renta a percibir -que en el caso se expresará sobre bases anuales-, “i” la tasa de interés puro que establecemos en un 6% y “n” el número de períodos computables que en la especie serán años. En consecuencia, dando contenido al esquema transcripto, “a” es la suma del ingreso mensual del actor. Al respecto, tal como lo señala el vocal prevotante, ante la ausencia de datos fehacientes y precisos que ilustren a cuánto ascendían los ingresos del actor, resulta apropiado atenerse al salario mensual que resulta de considerar el acuerdo de recomposición salarial del CCT 76/75, homologado por Disposición 330/2011 de la Dirección Nacional de las Relaciones de Trabajo, aprobado a su vez por la Secretaría de Infraestructura, Planeamiento y Servicios Públicos de la Pcia. del Chubut por Resolución Nro. 193/11. El mismo arroja el resultado indicado en el voto precedente de $ 2.585,60, siendo el valor anual de $ 33.612,60, que deviene así el guarismo correspondiente a la renta a percibir “a”. En cuanto al número de períodos computables, dado que el actor contaba con 61años al tiempo del evento, teniendo en cuenta la edad de 74 años como el de expectativa de vida probable, corresponde computar 13 períodos. Por lo tanto la fórmula queda configurada de la siguiente manera: ----------

$$C = 33.612,60 \cdot \left(1 - \frac{1}{(1+0,06)^{13}}\right) \cdot \left(\frac{1}{0,06}\right) = 297.561,69$$

----El monto antedicho debe reducirse al 19,5%, dado que ése fue el porcentaje de incapacidad determinado, por lo que corresponde hacer lugar a este rubro por la suma de **pesos cincuenta y ocho mil veinticuatro con cincuenta y tres centavos ($ 58.024,53).**----------

----En cuanto al ítem de pérdida de chance, se habla de chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida; la frustración de esa probabilidad, imputable a otro engendra un perjuicio resarcible. Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. De allí que en la “chance” concurre siempre una cuota de incertidumbre o conjetura; pero a la vez hay en la “chance” otro elemento cierto: dicha oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la “carrera” de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esta probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado. No obstante ello, para la

resarcibilidad de la “chance” perdida es menester algún contexto objetivo idóneo o favorable que confiriese oportunidad efectiva a lo esperado pero sin convicción de que se realizaría, incertidumbre que el hecho no permite ya despejar; es decir, se descarta la indemnización de las meras conjeturas, de débiles posibilidades que no son más que eso y no revisten una intensidad suficiente como para erigirse en probabilidad (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, págs. 441/443).----------

----En la especie, la actora ha sido muy escueta en cuanto a las razones por las que solicita este rubro, de hecho sólo cita el fallo “Aquino” de la Corte Federal respecto a la indemnización de pérdida de chance de ascender en la carrera, pero no lo relaciona en concreto con su situación y circunstancias personales. Y en mérito a esto último habré de concordar con el Dr. Lucero en cuanto a que, dada la edad del actor al tiempo del evento, y al no haberse precisado alguna circunstancia o hecho específico del que pueda derivarse la existencia de la probabilidad de ascenso en la vida laboral de R., no existen elementos fehacientes que permitan razonar la existencia de dicha probabilidad y que la misma se viera frustrada como consecuencia del accidente.---------

----En definitiva, por las razones esgrimidas es que habré de concluir en la desestimación del rubro requerido.----------

----Finalmente resta considerar la indemnización por daño moral. Es sabido que el daño moral ha sido reputado como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre, como ser la paz, la tranquilidad de espíritu, la integridad física, la libertad individual, el honor, los más sagrados afectos (conf. SCBA, ED, 14-14). Resulta obvio que dado el hecho de haber resultado lesionado, es dable inferir en el actor el daño extrapatrimonial. Ahora bien, para cuantificar este daño, que es el hecho que motiva el agravio, se ha interpretado que no tiene que haber vinculación porcentual con los daños materiales, y tampoco puede considerarse que sea un aspecto complementario y accesorio (CN. Civ., Sala C, ED, 61-520), habiéndose agregado en forma conteste que no existiendo ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral, la reparación de este daño debe determinarse ponderando esencialmente la índole de los sufrimientos y molestias experimentados por el damnificado y no mediante una proporción constante que vincule los daños cuya reparación se reclama, razón por la cual, en función de las particularidades del caso, dicha proporción puede variar (CN. Fed. Civ. y Com., Sala III, Rep. LL, 1983-A-I, pág. 642). Esta Cámara ha entendido, en la misma línea de pensamiento, que no cabe someter a proporcionalidad el resarcimiento del agravio moral por ostentar un carácter autónomo (conf. CANE, SDL, 194/94 del 12/12/94).----------

----En cuanto a la suma que se fija como resarcitoria del daño moral, queda librada a la interpretación que hace el sentenciante, a la luz de las constancias aportadas, tratando siempre de analizar en cada caso sus particularidades (CN. Esp. Civ. y Com., Sala IV, RED 13-298, s. 74). Es decir que resulta constante la jurisprudencia que establece que en la materia, la fijación del monto resarcitorio se encuentra librada al prudente arbitrio

de los jueces (conf. CN. Civ., Sala G, Doct. Judicial, 1986-2, p. 37, s. 125). Conocidas son las diez reglas sobre la cuantificación del daño moral debidamente enunciadas y explicadas por Mosset Iturraspe (conf. aut.cit.: “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, LL del 03/02/94). Entre ellas destaco la gravedad del daño (nº 6), las peculiaridades del caso y de la víctima (nº 7) y las posibilidades de pago dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida (nº 10). Es de tener en cuenta que las lesiones en cuanto a la incapacidad, si bien no resultaron en un porcentaje importante, tuvieron como consecuencia la necesidad de practicarle al actor una cirugía artroscópica en la rodilla izquierda, quedando secuelas visibles en cuanto a una cicatriz quirúrgica y una diferencia de cuatro centímetros entre la circunferencia de un muslo a otro (ver pericia de fs. 143/vta.). Si a ello se agrega lo expuesto por el Dr. Lucero en cuanto a la renta mensual que resultaría de concederse la suma reclamada de $ 50.000, coincido con él en que la misma deviene excesiva, considerando apropiada la suma propuesta de **diez mil ($ 10.000),** por la que se hace lugar al rubro aquí examinado.----------

----Es de agregar, en respuesta a lo expresado por la parte demandada en su presentación de fs. 147/149, que mediante la medida para mejor proveer de fs. 120, no se ha suplido la negligencia probatoria del actor, sino elucidar determinados aspectos consecuencia de los elementos de hecho acreditados en el expediente. Al respecto es de recordar lo sostenido por la Corte Federal en el antecedente “Colalillo, Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata”, Fallos: 238:550), en cuanto a que *“es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derecho. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia”.*----------

----II.- Por todo lo expuesto, corresponde revocar el fallo apelado para hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios deducida por N. R. contra A. C. S.A., condenando a esta última a que abone al actor, en el plazo de diez días de consentida la presente, la suma de **pesos sesenta y ocho veinticuatro con cincuenta y tres centavos ($ 68.024,53)**, monto que llevará los intereses a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días, desde la fecha del accidente -31 de julio de 2007- hasta la del efectivo pago.----------

----------Como consecuencia de lo anterior, y en virtud de que se revoca la sentencia, corresponde adecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 282 del CPCC -según remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1-. En cuanto a lo primero cabe señalar que, la circunstancia de haberse acogido la demanda por menor valor al reclamado carece de trascendencia a los efectos de la distribución de las costas. Es que debe recordarse

que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17-412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62;DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465). De lo expuesto hasta aquí entiendo que la disminución del monto acogido en la sentencia con relación al pretendido en demanda no resulta trascendente para concluir que existió un vencimiento parcial y mutuo. Ahora bien, en la especie se ha desestimado el rubro pérdida de chance, y en ese sentido sí existió un parcial vencimiento de la accionada. Así se sostuvo que la condenación de la demandada al pago de los gastos causídicos ha de ser proporcionada en general a la medida del progreso de la acción (conf. CN. Com., Sala A, 14/3/68, LL, 132-179 y 290; ídem, Sala D, 31/10/69, JA, 1970, v. 5, p. 276, L, 138-930, 23.590-S). No obstante ello, debe recordarse que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo titi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140. Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del

Chubut", SD 07/91 y "C. D. R. c/ C. C. y otro", SD 03/93). Tal es la postura de esta Sala (conf. CANE, sala "B", SDC Nº 01/2010 del 02/02/2010). Como resultado de todo lo argumentado, encuentro equitativo que las costas de la anterior instancia, así como los de esta sede, se distribuyan en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora, dada la incidencia del ítem desestimado en la pretensión general de la actora (conf. art. 72 del CPCC).----------En cuanto a la adecuación de los honorarios regulados en la instancia de origen, atento el resultado del pleito, extensión y mérito de las tareas desarrolladas, encuentro ajustado a derecho determinar los emolumentos de los letrados apoderado y patrocinante del actor, Dres. E. O. R. y L. M. F., en conjunto, en un 19,6%; y los de los letrados apoderado de la demandada, Dres. C. M. Z. y P. D. P., en conjunto, en un 14%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA (conf arts. 5, 6, 8, 18, 36, 38 y 46 de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------

---------En relación a los emolumentos por los trabajos ante la alzada, teniendo en cuenta los mismos criterios de estimación y lo dispuesto por el art. 14 del arancel, por las tareas desempeñadas ante esta sede, corresponde regular los de los Dres. L. M. F. y E. O. R., en conjunto, en un 6,86%; y los de los Dres. C. M. Z. y P. D. P., también en conjunto, en un 3,5%; ambos porcentuales a calcular sobre el monto total de condena, con más el IVA pertinente.------

----A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: **----------**

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada, condenando a "A. C. S.A." a que, en el plazo de diez días contados desde que quede firme la resolución que apruebe la liquidación final, abone al Sr. S. L. D., la suma de **Pesos Sesenta y Ocho Mil Veinticuatro con Cincuenta y Tres Centavos ($ 68.024,53)0** con más los accesorios indicados a computar desde la fecha del ocurrencia del accidente de trabajo (31/07/2007) y hasta la fecha de su efectivo pago.- 2) IMPONER las costas de ambas instancias en autos en un 80% a la parte demandada y un 20% a la parte actora.- 3) FIJAR por adecuación a la presente, los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia, del siguiente modo, a saber: al Dr. E. O. R. y L. M. F., letrados apoderado y patrocinante del actor, en conjunto, en la suma equivalente al 19,6% ; y a los Dres. C. M. Z. y P. D. P., en conjunto, en la suma equivalente al 14%; en ambos casos, del monto final del proceso que surja de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia.- 4) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes por ante esta Alzada, del siguiente modo, a saber: a los Dres. L. M. F. y E. O. R., en conjunto, en la suma equivalente al 6,86%; y, a los Dres. C. M. Z. y P. D. P., en conjunto, en la suma equivalente al 3,5%, ambos porcentuales a calcular sobre el aludido monto del pleito.-

5) DECLARAR que todos los emolumentos antedichos deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente.-----ASI LO VOTO.----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------

----Así lo voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

----VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada, condenando a “A. C. S.A.” a que, en el plazo de diez días contados desde que quede firme la resolución que apruebe la liquidación final, abone al Sr. S. L. D., la suma de **Pesos Sesenta y Ocho Mil Veinticuatro con Cincuenta y Tres Centavos ($ 68.024,53)0** con más los accesorios indicados a computar desde la fecha del ocurrencia del accidente de trabajo (31/07/2007) y hasta la fecha de su efectivo pago.-------IMPONER las costas de ambas instancias en autos en un 80% a la parte demandada y un 20% a la parte actora.----------

----------FIJAR por adecuación a la presente, los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia, del siguiente modo, a saber: al Dr. E. O. R. y L. M. F., letrados apoderado y patrocinante del actor, en conjunto, en la suma equivalente al 19,6% ; y a los Dres. C. M. Z. y P. D. P., en conjunto, en la suma equivalente al 14%; en ambos casos, del monto final del proceso que surja de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia.----------

----------REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes por ante esta Alzada, del siguiente modo, a saber: a los Dres. L. M. F. y E. O. R., en conjunto, en la suma equivalente al 6,86%; y, a los Dres. C. M. Z. y P. D. P., en conjunto, en la suma equivalente al 3,5%, ambos porcentuales a calcular sobre el aludido monto del pleito.----------

----DECLARAR que todos los emolumentos antedichos deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente.----------

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

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL N°____ DEL AÑO 2012 – SDL – CONSTE.-

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA