--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil doce, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., M. A. c/ M. C. S.A. s/ Accidente de trabajo”** (Expte. Nº 176 – año 2011 CAT), 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. 271.----------

--- **DIJO A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Carlos D. Ferrari: ----------

--- **I.** La sentencia de primera instancia (fs. 162/168) hizo lugar a la demanda entablada, condenando a M. C. S.A. a abonar al actor la suma de $ 86.357,39 en concepto indemnizatorio por la incapacidad laboral emergente de un accidente de trabajo, con más la de $ 25.000 en concepto de daño moral y sus intereses respectivos.---------- ---------- **II.** El fallo es apelado por la parte perdidosa a tenor de la pieza glosada a fs. 174/176 vta., la que es respondida por la parte actora y por la ART citada en garantía a fs. 178/180 vta. y 181/182, respectivamente.---------- **III.** Los motivos de agravio expresados por la apelante, son, sintéticamente, los siguientes: 1) la decisión de acoger el reclamo “por incapacidad social y pérdida de chance”, estimado en la suma de $ 15.000, es contraria a derecho, pues se trata de un rubro no existente en nuestro derecho positivo y carece de autonomía para ser indemnizado por sí solo, agregándolo a las demás indemnizaciones reconocidas. Además de no haber sido probada, la “incapacidad social” no existe como categoría indemnizatoria, por lo que debe revocarse el fallo en este aspecto. Lo mismo sucede –expresa– con la pérdida de “chance”, pues si bien se la ha reconocido como rubro indemnizable, en esta causa no ha sido probado en lo más mínimo la supuesta “chance” perdida por el actor y que merezca una supuesta indemnización. 2) Le causa gravamen asimismo la indemnización otorgado a título de “daño moral” por la suma de $ 25.000.- Afirma que el actor no ha hecho el menor esfuerzo para arrimar prueba alguna acerca de sus padecimientos. Amén de ello –agrega– el fallo también es contrario a derecho en este punto, por cuanto no establece ni siquiera en forma sumaria cuáles son los parámetros utilizados para fijar el quantum indemnizatorio, lo que constituye una clara arbitrariedad, al tratarse de una decisión absolutamente pretoriana, voluntarista y sin fundamento alguno. 3) Se agravia asimismo por la falta de extensión de la condena en contra de la aseguradora de riesgos del trabajo. Considera que el fundamento del *a quo* basado en que la misma fue traída al proceso como citada en garantía, por lo que no cabe hacerle extensiva la condena, es insostenible y contrario a derecho. Señala que la citación de una aseguradora de riesgo no se enmarca, en principio, en las disposiciones del art. 94 del CPCC, sino que está contemplada en la ley de seguros, de manera que con arreglo

en lo establecido en el art. 118 de la Ley 17.418, la sentencia que se pronuncie hace cosa juzgada contra la aseguradora y puede ser ejecutada a su respecto. Pide la revocación del fallo a fin de que se dicte pronunciamiento en tal sentido. 4) Por último denuncia un hecho nuevo, consistente en haber tomado noticia de que el actor se encuentra laborando en la firma C. S.A. y que del examen pre-ocupacional efectuado por C. SRL haría resultado que el Sr. M. aprobó el mismo como apto absoluto. Ofrece prueba al respecto y solicita que oportunamente se revoque la sentencia en todo lo que ha sido materia de apelación, con costas.---------- **IV.** A fs. 185 vta. la Sala declaró admisible el hecho nuevo denunciado y ordenó la apertura a prueba en esta instancia en relación al mismo, ordenando el libramiento de oficios a C. S.A. y a C. S.R.L. La firma C. S.A. respondió a fs. 196, informando que “actualmente” el Sr. M. no se encontraba trabajando en dicha empresa. Por su parte C. S.R.L. remitió copia del examen pre-ocupacional practicado al aquí actor el día 23/02/2011, del cual no se desprendía la existencia de alguna minusvalía laboral.---------- **V.** Frente a ello y en tanto se hallaba controvertida la existencia de la incapacidad alegada por el actor, a fs. 201 esta Sala dispuso como medida para mejor proveer la realización de nuevos estudios médicos con intervención del cuerpo médico forense (S.I.L. N° 23/11), a fin de esclarecer debidamente este tópico.---------- **VI.** En la secuencia posterior se practicaron los estudios y exámenes médicos pertinentes (ver fs. 248 y fs. 255), dando lugar a los dictámenes obrantes a fs. 258 y 262, que mereció las objeciones formuladas por la parte demandada y por su consultor técnico (escritos de fs. 266/vta. y 267/268, respectivamente), tras lo cual pasaron estos autos a despacho a fin de dictar sentencia.---------- **VII.** Hecha esta reseña preliminar, abordaré en primer término la cuestión relativa al estado de salud del demandante, a cuyo respecto la demandada adujo que, conforme a la información recabada, en la actualidad el señor M. carecía de minusvalías laborales.---------- El caso presenta aristas un tanto enmarañadas acerca de este punto, por cuanto puede observarse que: a) la parte actora estimó inicialmente la incapacidad laboral en el 25%, aunque sujeta a lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse en la causa (conf. demanda, fs. 5 vta.); b) la ART calculó la minusvalía parcial y permanente en un porcentaje final de 29% (ver fs. 141); c) el juez *a quo*, en una resolución francamente atípica y por providencia simple, adelantó juicio acerca de este tópico, “convalidando” el porcentaje estimado por la ART (29%) como incapacidad de tipo permanente parcial y definitivo” (ver fs. 150) y en consecuencia, al dictar el fallo definitivo la fijó en ese mismo porcentaje (sentencia, fs. 167); d) al plantear el hecho nuevo en esta instancia y como resultado de los oficios cursados, surgiría que en algún momento el actor obtuvo empleo en la empresa C. S.A., dado que la misma solicitó a C. SRL un examen de aptitud psicofísica que dio por resultado la aparente inexistencia de

incapacidad alguna (fs. 198/199), situación que en todo caso habría cesado a la época de la requisitoria judicial, por cuanto C. S.A. informó que “actualmente” el señor M. no se encontraba laborando para la citada empresa, sin otra aclaración o expresión de motivos (ver fs. 196); e) el dictamen practicado por el cuerpo médico forense en esta alzada indicaría un grado de incapacidad laboral actual de 40,3% (ver fs. 262/vta.).---------- De tal modo, más allá de la perplejidad inicial que provoca estas notables variaciones –al menos aparentes– en el cuadro de minusvalía laboral sufrido por el demandante, los elementos ya enunciados sellan la suerte adversa del agravio vertido. Ello así por cuanto, si la apelante adujo que el actor ya no sufría incapacidad laboral, dicha alegación se ve desmentida de modo contundente, en los hechos, por el conjunto de las probanzas incorporadas a este proceso. En particular, por el electromiograma practicado en esta instancia, que revela signos de “moderado compromiso neurógeno crónico sin actividad denervatoria actual y signos de deficiente compensación reinervatoria en territorio distal de nervios mediano y cubital izq. La velocidad de conducción se encuentra disminuida para mediano y cubital izq. Con signos de atrapamiento del mediano a nivel del carpo y del cubital al nivel del codo. Compatible con mononeuritis múltiple y atropamiento de mediano y cubital iz.” (textual, fs. 248). En este contexto, resulta irrelevante que el estudio de resonancia magnética realizado también en esta etapa indique la inexistencia de “alteraciones óseas ni condriales, músculo-tendinosas ni ligamentarias ni se visualice derrame intra-articular” (informe de fs. 255), por cuanto la incapacidad, según el electromiograma, no es a nivel óseo ni articular, sino por daño a nivel nervioso en el miembro superior izquierdo, cuyo resultado es una disfunción que afecta la movilidad del codo, muñeca y dedos de la mano (conf. dictamen médico forense). Por otra parte, aun si, teniendo en cuenta la resonancia magnética, se descartara el porcentaje de discapacidad atribuido por el perito a “lesiones músculo-tendinosas” (sección de flexores de antebrazo o muñeca), graduado en un 10%, y se lo detrajera del porcentaje de minusvalía total –estimado 40,3% (fs. 262/vta.)– restaría una incapacidad total tasada en el 30,3%, superior a la constatada y reconocida oportunamente por la ART (29%), que fue también la fijada por el sentenciante en el fallo bajo examen.---------- En síntesis, no puede acogerse la pretensión de la apelante de disminuir la indemnización en base a una incapacidad inferior a la tenida en cuenta en la anterior instancia, ya que ese hecho ha merecido prueba en contrario; así como tampoco sería posible aumentar, a tenor de esta nueva pericia, el resarcimiento ya fijado para compensar dicho rubro, en vista de que la parte actora no apeló la sentencia, por lo que ello implicaría una decisión incompatible con el principio conocido como *non reformatio in pejus*, de base constitucional (conf. arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 3° y 4°, 271, C.P.C.C.; art. 18, Const. Nacional; su doctrina – conf. esta Cámara, Exptes. 10468; 10894; 12561; 15870; 19103; 22322; entre muchos otros), que veda agravar la situación obtenida a su favor por la recurrente en la anterior instancia, por lo que habrá de

mantenerse lo decidido respecto del rubro acogido.---------- **VIII.** Abordaré ahora el agravio planteado respecto de las indemnizaciones concedidas a título de los rubros denominados “incapacidad social” y “pérdida de chance”. Según puede observarse, el sentenciante concedió la reparación solicitada por ambos conceptos en forma unificada, con el solo argumento de que “ninguna duda cabe que el mismo se encuentra comprendido dentro del concepto de reparación patrimonial genérica y que debe ser reconocido por estos rubros que el trabajador más allá de su incapacidad sufre una minusvalía que lo sitúa en desventaja a otras personas y trabajadores de su edad... (textual)” Por ello estimó que al monto fijado en concepto de indemnización por incapacidad laboral “...resulta razonable aditarle la cantidad de $ 15.000 calculado ala misma fecha –enero de 2010- siguiendo idéntica suerte en lo que hace al interés determinado anteriormente” (textual – fallo, fs. 167/vta.)---------- A simple lectura puede advertirse que este aspecto del decisorio ha sido resuelto –como objeta con toda razón la apelante– de un modo dogmático y voluntarista, sin cotejar debidamente la pretensión formulada con el plexo probatorio de la causa.---------- Para comenzar, la categoría de “daño por incapacidad social” que motivó el reclamo actoral (conf. demanda, fs. 6) alude en su planteo a conceptos abstractos tales como el “déficit de su potencialidad productiva o existencial genérica en la práctica”, “afectación de la integridad física de quien depende relevantemente de su fortaleza y plenitud física”, afirmando que “la incapacidad proyectada para la vida de relación, como consecuencia que incide también necesariamente en su desenvolvimiento diario, también debe ser resarcida”. Agrega asimismo que a raíz de la lesión en su brazo izquierdo el actor se verá impedido de “realizar las tareas normales que cualquier hombre realiza en su vida de relación social, o sea, no podrá cortar el césped, arreglar una canilla, podar una planta, etc., y si lo hace en alguna medida, lo realizará con suma dificultad, sin perjuicio de que, además, tampoco podrá desarrollar en plenitud actividades deportivas”.---------- Sin perjuicio de señalar en forma liminar que ninguna demostración se ha aportado al a la causa acerca de estos hipotéticos perjuicios – dado que no existen elementos probatorios en la causa que permitan siquiera suponer que el actor realizaba con anterioridad en su hogar tareas como las descriptas, ni tampoco alguna práctica deportiva– cabe recordar una vez más que nuestra legislación civil reconoce básicamente dos grandes géneros del daño resarcible: el patrimonial y el extrapatrimonial. Existe empero en la actualidad una tendencia acentuada a crear nuevos géneros conceptuales que en realidad no constituyen rubros autónomos o indemnizables en forma independiente, sino que, llegado el caso, en la medida en que se pueda comprobar su existencia y el consiguiente menoscabo a los legítimos intereses del demandante, deben ser tenidos en cuenta para la cuantificación del perjuicio y su reparación dentro de alguna de las dos categorías ya mencionadas (ver, en este mismo sentido, López Mesa, M.J.,

“Tratado de la Responsabilidad Civil”, t. II, pág. 88 y ss. - La Ley, 2da. edición, Buenos Aires, 2011; entre otros).---------- En sentido concordante, la doctrina ha sostenido que “Tampoco el juez puede asignar montos que no se compadezcan con el daño sufrido por el reclamante o que incrementen la indemnización acordada, por el procedimiento de contemplar dos veces un mismo daño, receptándolo en rubros diferentes. Ni menos, conjeturar daños, que no han sido eficientemente probados en el proceso.…Resulta esencial en esta materia, entonces, el abordaje de los rubros indemnizatorios admitidos por nuestro Código Civil. .. En el seno de nuestro Código Civil, de filiación clásica y receptor de las aguas francesas en materia de reparación del daño, existen sólo dos grandes anaqueles o categorías para encuadrar un daño resarcible: a) daño patrimonial; b) daño extrapatrimonial o moral. Fuera de ellas no existe nada, sólo opiniones doctrinales carentes de toda fuerza jurídica o sentencias arbitrarias. Es así que todo daño, para ser resarcible, debe poder ser encuadrado sin forzamientos o torsiones en uno de estos dos campos o categorías” (LÓPEZ MESA, Marcelo J. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño”, p. 50).---------- El concepto de “pérdida de la chance” no escapa a este regla hermenéutica. En el plano conceptual se la ha caracterizado como comprensiva de todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar 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 se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (cfr. López Mesa, Marcelo, en Trigo Represas – López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T I, p. 465; Mayo, Jorge, La pérdida de la "chance" como daño resarcible, en LL 1989-B-105; Cazeaux, Pedro N., Daño actual, daño futuro, daño eventual o hipotético. Pérdida de chance, en "Temas de responsabilidad civil. En honor del Dr. Augusto M. Morello", cit, p. 23, Nº 10 – conf. esta Sala, voto del Dr. López Mesa en Expte. 185/2008 - S.D.C. 17/2009; entre otras). Sin embargo, para la procedencia de este reclamo resulta esencial la concreta demostración de su existencia y su real repercusión dañosa sobre el postulante; no se pueden indemnizar chances conjeturales o inciertas; de otro modo ello implicaría conceder un resarcimiento de equidad, sin norma que lo establezca (fallo cit.). Y lo cierto es que en este caso, más allá de la pura formulación teórica, no se ha aportado al proceso ninguna probanza concreta que permita adquirir certeza acerca de la real existencia de ambos perjuicios, concedidos de modo benevolente y en bloque por el sentenciante *a quo* como una adición al daño por incapacidad laboral y estimándolos, sin especificar tampoco los parámetros consultados a tal efecto, en la suma de $ 15.000.---------- Por consiguiente opino que este agravio debe prosperar, proponiendo al acuerdo la revocación parcial del fallo en tal sentido, a fin de detraer dicha suma del monto

indemnizatorio; lo que así dejo votado.----------

--- **IX.** Acerca de la reparación del daño moral, advierto que asimismo el juzgador de primera instancia no hizo la menor consideración acerca de su existencia –que dio tácitamente por acreditada– ni de las pautas tenidas en cuenta para su cuantificación, concediendo a este título la suma de $ 25.000 por “estimarlo razonable” (sic – ver fallo, fs. 167 vta.).----------

--- Cierto es que en la responsabilidad extracontractual o aquiliana el daño moral suele manifestarse *in re ipsa*, esto es, por la propia índole del hecho generador y de las consecuencias dañosas emergentes del mismo, que permiten deducir que el afectado ha sufrido un impacto en la faz emocional o espiritual. Claro está que se trata de una presunción *juris tantum* que, por tanto, permite el aporte de prueba en contrario por parte del responsable civil (conf. López Mesa, M.J., ob. y tomo cit., p.209). En la especie, la disminución motriz de carácter parcial y permanente padecida por el actor debe provocarle, sin duda, una mortificación moral por las limitaciones que ello implica y que fueran genéricamente esbozadas al mentar la llamada “incapacidad social”, las que quedarían englobadas dentro de la categoría del daño extrapatrimonial. Además, esta inferencia no ha merecido ninguna prueba contraria por parte de la oponente, por lo que en principio concuerdo con el sentenciante acerca de la procedencia del reclamo.---------

--- Sin embargo, atendiendo a la queja de la apelante, advierto que la fijación del monto en la suma solicitada ($ 25.000) sin ninguna consideración acerca de los parámetros tenidos en cuenta para ello merece ser condignamente atendida. Cierto es que la determinación del *quantum* resarcitorio es una cuestión nada sencilla, que ha dado lugar a opiniones encontradas en la doctrina nacional y extranjera. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia actuales son contestes en que debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (CSJN, Fallos: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros). Por otra parte las ya tradicionales diez reglas esbozadas por el maestro Mosset Iturraspe (L.L.1994-A, 728) constituyen un aporte muy valioso para esta difícil misión judicial. Para el caso que nos ocupa, considero útil tener en cuenta particularmente las reglas enunciadas como números 6 (“diferenciación según la gravedad del daño”), 7 (“atención a las peculiaridades del caso”) y 8 (“armonización de las reparaciones en casos semejantes”). Así, como ha podido apreciarse, el actor tiene una moderada minusvalía en el miembro superior izquierdo, consistente en la disminución de su capacidad de tensión y flexión en codo, muñeca y dedos de la mano, con semi flexión permanente (posición fisiológica). No se refiere cuadros de dolor actual. El origen del daño fue un daño accidental, ocurrido por desperfecto mecánico en la amoladora que manipulaba el demandante prestando servicios como operario en la planta de la ex empleadora (conf. demanda, fs. 3). Por otra parte, la consulta a los fallos recaídos en casos análogos según el Banco de datos

(Quanterix) del Proyecto coparticipado Ministerio de Justicia - Cámara Nacional Civil, Oficina de Proyectos Informáticos (http://www.iijusticia.edu.ar/) permite constatar que el monto solicitado y acogido por este concepto ($ 25.000) resulta elevado, atendiendo a todas las circunstancias ya enunciadas, y en consecuencia debe ser prudentemente reducido, a tenor del agravio propuesto por la apelante.----------

--- A mérito de todo ello, propicio modificar el fallo en tal sentido, fijando la reparación por daño moral en la suma de $ 12.000.- con más los intereses ya establecidos en el fallo, lo que así dejo votado.----------

--- **X.** A mi criterio el agravio relativo a la extensión de la condena a la ART no tiene posibilidad de prosperar. Como puede apreciarse, la parte demandada (ver contest. a la demanda, fs. 20 vta.) solicitó que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo P. A. S.A. fue citada “en garantía o como tercero en su caso” (textual), frente a lo cual se dispuso su citación al proceso “en garantía” (conf. providencia de fs. 23). En esa calidad compareció al proceso dicha Aseguradora (ver fs. 43/50). De tal suerte, cuando las ART son traídas como terceros, mediante su citación en garantía por demanda civil de reparación integral en virtud de un accidente de trabajo, la eventual condena que pudiere recaer en el juicio solo es ejecutable respecto del empleador demandado, dado que el reclamante no ha entablado demanda contra dicha aseguradora. Lo contrario implicaría una transgresión al principio de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 165 –antes 163-, inc. 6°, CPCC), con inaceptable lesión al derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.; su doctrina). Esta citación no es asimilable a la prevista en el art. 118 de la Ley 17.418, ya que el régimen aplicable no es el de dicha norma, sino el establecido específicamente en la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557.----------

---Por lo expresado, opino que debe rechazarse este agravio, confirmando el fallo en dicho aspecto.----------

--- **XI. Conclusiones:** ----------

--- A mérito de todo lo expuesto, opino que deberá revocarse parcialmente el fallo en cuanto al monto de condena, que habrá de fijarse, en definitiva, en la suma total de $ 83.357,39, con más los intereses ya dispuestos en dicho decisorio.----------

--- De compartirse esta postura y atendiendo al modo en que se han resuelto las pretensiones acumuladas en autos, estimo prudente que las costas en ambas instancias sean soportadas en un 80% a cargo de la parte demandada y en el 20% restante por cuenta de la parte actora.----------

--- En cuanto a los honorarios de primera instancia, opino que no procederá adecuación alguna dado que los regulados se condicen con la extensión, calidad, eficacia de las tareas desplegadas y los resultados respectivamente obtenidos (arts. 5, 6, 7, 18, 46 y conc., Ley XIII Nros. 4 y 15).----------

--- Respecto de las tareas profesionales cumplidas en la alzada, a base de los mismos parámetros de valoración ya expresados, propongo fijarlos en los siguientes porcentajes a computar sobre los fijados en la instancia de origen, a saber: 1) para el Dr. E. A. F. L.,

en el 28%; 2) para el Dr. C. M., en el 25%; 3) para los Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en conjunto, en el 27% (arts. 6, 13, 18, 46 y conc., Ley XIII Nros. 4 y 15).---------- ---------- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

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

----El Señor Magistrado ponente ha realizado YA una adecuada síntesis que de la decisión impugnada y los agravios vertidos por la recurrente; a ella me remito en homenaje de la brevedad.----------

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

----I.- Claras resultan las circunstancias que en torno al grado de incapacidad permanente parcial del trabajador accidentado se presentan en esta instancia. El Señor Juez de Primera Instancia la fijó en un 29 % de la capacidad total obrera; el actor consintió esa decisión; la demandada la impugnó procurando que dicho grado sea disminuido; a partir de la pericia médica llevada a cabo en este grado como medida de mejor proveer puede determinarse, como acertadamente lo hiciera el prevotante, que actualmente dicha minusvalía alcanza el grado del 30,3 % de la total obrera.----------

----En tales condiciones resulta evidente que el agravio de la demandada no puede ser acogido, pues falló su presupuesto de hecho, esto es que en verdad el grado de discapacidad sea inferior al establecido por el “a quo”.----------

----Es igualmente claro que al tribunal no le es dado aumentar el monto de la condena sobre la base del algo mayor grado de incapacidad detectado en esta instancia, pues ello significaría incurrir en la denostada “reformatio in peius”,inaceptable en nuestro régimen jurídico (art. 18 Const. Nac.; doc. de los arts. 244, 268, 274 C.P.C.C.; confr.: C.S.N., L. L. 137-649; C.N. Civ., Sala “A”, L. L. 1983-C-223; esta sala c. 18.550 S.D.C. 14/05). Si bien el art. 68 de la Ley XIV n° 1 ha flexibilizado el principio de congruencia en el proceso laboral, esa disposición no es un texto legal aislado, sino que se halla incluida en un sistema jurídico completo con el contexto general del cual ha de ser armonizado y dentro de ese entorno se halla la prohibición de la reforma en perjuicio del apelante que, como manifestación de la garantía de la defensa en juicio, constriñe a la alzada impidiéndole empeorar la situación del recurrente en circunstancia que no ha mediado impugnación de su contrincante. La agravación del perjuicio al vencido por conducto del propio alzamiento -sin el cual el “ad quem” no habría conocido del proceso- lesionaría la equidad y la base en que se asienta el esquema de la doble instancia, cuya finalidad es enmendar los agravios causados al apelante por una sentencia errónea, mas no beneficiar a quien se manifestó conforme con ella al consentirla (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., III-109).----------

---II.- La sola descripción de las faenas para realizar las cuales el actor se verá impedido hecha en la demanda muestra que se trataría de tareas hogareñas,

obviamente no remuneradas (fs. 6, pto. “b”), lo que margina la posibilidad de catalogar tal hipotético daño como patrimonial. Los detrimentos de la personalidad que afecten el goce social, la vida de relación, sin tener repercusión patrimonial, no configuran mermas económicas, sino extrapatrimoniales, sufrimientos del espíritu, que no cabe resarcir por separado del daño moral. Limitada la vida de relación de un sujeto, la consecuencia disvaliosa recae sobre su espíritu, que sufrirá el indeseable límite, mas no sobre su patrimonio. Bien está que se le repare ese sufrimiento otorgándole medios con los que conseguir alguna delectación idónea para amenguar su dolor, pero esa es la finalidad precisamente de la suma concedida a título da daño moral, cual lo ha indicado la doctrina (confr.: Aguiar, “Hechos y actos jurídicos”, T.E.A. 1951, IV-232; Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, EDIAR 1985, IV-201/203, “d” y en “Diez reglas sobre la cuantificación del daño moral”, L. L. 1994-A-730) y he tenido de mi parte oportunidad de declararlo en algunos votos (c. 10.735 S.D.C. 49/94, c. 11.578 S.D.C. 24/95, c. 20.577 S.D.C. 34/07, c. 21.500 S.D.C. 55/06, entre otros posteriores), de forma que resarcir por separado del daño moral tal limitación, en tanto limitación que ella comporta a la vida de relación, significaría indemnizar doblemente un único perjuicio.----------

---III.- El reclamo por privación de chances lo fundó el actor en que su discapacidad le impedirá crecer como dador de fuerza laboral vedándole en el futuro obtener un trabajo mejor y progresar espiritualmente (fs. 6/vta., pto. “c”).----------

---Al margen hemos de dejar lo relativo al crecimiento espiritual pues ello no constituye tampoco un daño patrimonial, sino un factor a tener en cuenta en todo caso para la tasación del daño moral.----------

---Tocante a la frustración del progreso en materia laboral, no me parece que quepa avizorar mayores probabilidades de ascensos en ese campo para quien, cual él mismo manifestara, “cuenta solamente con instrucción primaria” y que “inserto en un contexto socio-económico donde incide relevantemente su condición física plena...su fuerza laboral se reduce a la realización de tareas manuales” (fs. 6, pto. “b”). En una época como la actual en que las labores van tecnificándose progresivamente, requiriéndose por tanto mayores especialización que el buen hacer manual -proceso que sin duda avanzará en el porvenir-, las expectativas de progreso para quien sólo posee esta última habilidad son harto escasas y puramente conjeturables. La supresión de tal posibilidad remota no puede así calificarse como “pérdida de chance” en el sentido jurídico con que empleamos la expresión en el campo del derecho de daños.----------

---Bien ha definido la pérdida de chance la Sala “C” de la Cámara Nacional en lo Civil como la privación de la oportunidad de participar, con un grado serio de probabilidad, en un evento de resultado incierto en el que se habría definido la obtención o no de un beneficio (L.L. 1986-C-39). En este supuesto coexisten un elemento de certeza y otro de incerteza. Certeza de que de no haber mediado el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener un beneficio económico; incertidumbre

acerca de si, de haberse mantenido la situación previa a ese hecho, el beneficio se habría en realidad obtenido (confr.: Tanzi, “La responsabilidad en la pérdida de la chance”, en “La responsabilidad. Homenaje al Profesos Doctor Isidoro H. Goldenberg”, Abeledo - Perrot 1995, págs. 331 y sgts.). Correctamente explicaba el maestro Pedro N. Cazeaux que “para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades “ (“Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance”, en “Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello”, Ed. Platense 1981, págs. 23 y sgts., n° 10).----------

----En la especie la frustración de la esperanza de obtener mejoras en la esfera laboral resulta cierta, pero por el contrario la probabilidad de que el demandante llegara en lo futuro lograrlas efectivamente aparece como vidriosa. La simple esperanza de conseguir en el porvenir algún progreso no puede contabilizársela como una chance si no se justifica que la víctima estaba en condiciones objetivas de lograr ese beneficio económicos, si no inmediatamente, al menos en un tiempo medianamente cercano, pues la posibilidad lejana es solamente posibilidad, es decir eventualidad e hipótesis; en fin, que es exigible algo más en la escala de los valores lógicos que lo meramente posible, debiendo aparecer en cambio la posibilidad lo bastante fundada como para que, transformándose ya en *probabilidad*, configure una chance indemnizable (este tribunal, c. 28/09 S.D.C. 37/09, entre otras), postura esta con la que comulga prestigiosa doctrina (confr.: Orgaz, “El daño resarcible”, Ed. Córdoba 1980, pág. 75; Salas, “Código Civil anotado”, 2da. ed., I-529, nº 2, “B”).----------

----IV.- Cual en tantos precedentes he destacado, dada la naturaleza reparadora que el rubro daño moral tiene, su “quantum” debe estar referido a la magnitud del daño sufrido, correspondiendo para fijarlo entonces atender al tipo de interés lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó y a la índole del hecho generador de la responsabilidad. Es en este último aspecto donde juega la relación entre la cuantía de la reparación y la gravedad del ilícito, porque para establecer el grado de los sufrimientos a compensar importa tener en cuenta la clase de acción ofensiva ejecutada, en tanto hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad se presenta (mis votos en c. 10.735 S.D.C. 49/94, c. 11.578 S.D.C. 24/95, 12.859 S.D.C. 25/98, entre muchas).----------

----En el caso hemos de atender entonces a los elementos de juicio que de inmediato indicaré.----------

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

----B) Respecto de las consecuencias del hecho, el mismo provocó al actor los padeceres físicos e incomodidades propias de una herida cortante grave. Además de

soportar las algias producto de esa lesión física y el someterse a un largo tratamiento médico, aquélla dejó secuela incapacitante de por vida.----------

---C) Atinente a la índole del ilícito, corresponde tener en cuenta que el factor de atribución de la responsabilidad fue el riesgo creado, fuente la más alejada de la intencionalidad dañosa y, por ende, la menos hiriente para el ánimo de la víctima.---------

---Para cuantificar la indemnización hemos de atender a estos parámetros y tener también en cuenta el valor relevante de los precedentes, porque permiten ellos trazar paralelos entre casos semejantes y reconocer montos resarcitorios que dejen a salvo los principios de justicia, igualdad y seguridad jurídica (confr.: Highton - Gregorio - Álvarez, “Cuantificación de daños personales...”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 21, Rubinzal-Culzoni 1999, págs. 127 y sgts. y en “Predictibilidad de las indemnizaciones...” en Revista de Derecho de Daños, n° 2004-3, Rubinzal-Culzoni 2004, págs. 9 y sgts.; esta alzada, c. 20.412 S.D.C. 41/05, c. 21.500 S.D.C. 55/06). Y hete aquí que en casos similares -teniendo en cuenta grado de incapacidad de la víctima , edad de ella, nivel social, ocupación- sobre los cuales ilustra el banco de datos “Quanterix” citado por el Señor Magistrado antes sufragante (www.iijusticia.edu.ar) el resarcimiento fue determinado en sumas bien inferiores a la establecida por el “a quo”, lo que me conduce a coincidir con el colega en que el monto del ítem ha de ser reducido a la suma de $ 12.000.----------

---V.- Atinente a la condena de P. A., el agravio de la demandada debe ser desechado. En rigor, no correspondió siquiera citar en garantía a dicha entidad, cual fue dispuesto a fs. 23, párr. 2°.----------

---No estamos aquí ante un seguro de responsabilidad civil, donde el asegurador ha de mantener indemne al asegurado por lo que éste deba a un tercero a consecuencia de un ilícito cometido por aquél (art. 109 de la Ley 17.418), supuesto en el que el primero puede ser destinatario de la citación en garantía (art. 118 ídem). En el novel tipo de seguro de riesgo del trabajo instaurado por la Ley 24.557,ante un accidente laboral, tratándose de una contingencia cubierta por la pautas de dicha ley y vigente el contrato de afiliación celebrado entre el empleador y la aseguradora, es ésta la única obligada al pago de las prestaciones (confr.: T.S.J. Córdoba, Sala Laboral, 6/11/07, “Peres vs. Nueva Obra Construcciones S.R.L.”, elDial AA4614) y ello de modo directo, no por mantener indemne al dador de trabajo eximido como queda el mismo de toda responsabilidad. Mas electa por el trabajador damnificado la vía de reclamación civil, en tanto, insisto, no es deber del asegurador mantener la indemnidad patrimonial del victimario asegurado, no cabía su citación en garantía ni, menos aún, su condena, pues el actor no tenía contra aquél esa acción directa no autónoma que constituye la naturaleza jurídica de la citación en garantía (este cuerpo, c. 15.732 S.D.L. 5/00, c. 17.129 S.D.C. 33/01, c. 21.796 S.D.C. 19/07, c. 325/11 S.D.C. 28/11; confr.: S.C.B.A., L. L. 1988-A-117/119).----------

----VI.- Tales las motivaciones por las que también de mi parte considero que el fallo atacado debe ser parcialmente revocado para reducir el monto total de la condena a la suma de $ 83.357,39, confirmándolo en lo demás que fuera materia de agravios.---------

----Promediando una vencimiento parcial y mutuo, las costas de ambas instancia han de distribuirse imponiéndolas en un 80 % a la demandada y en un 20 % al actor (arts. 72 y 282 C.P.C.C.).----------

----No será menester adecuar a la nueva decisión los honorarios fijados en la instancia precedente, toda vez que regulados allí en términos porcentuales su ajuste a la nueva suma de la condena operará automático.----------

----Vista la extensión, calidad y resultado de los trabajos cumplidos, concuerdo asimismo con el ponente en punto a los honorarios que propusiera regular por las labores profesionales cumplidas en los dos grados (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).----------

----Me expido en esta cuestión entonces PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado a fin de modificar el monto por el que prospera la demanda entablada, que habrá de fijarse, en definitiva, en la suma total de $ 83.357,39, con más los intereses ya dispuestos en dicho decisorio. II) Imponer las costas en ambas instancias en un 80% a cargo de la parte demandada y en el 20% restante por cuenta de la parte actora. III) Fijar los honorarios profesionales de los letrados actuantes en esta sede en los siguientes porcentajes a computar sobre los fijados en la instancia de origen, a saber: 1) para el Dr. E. A. F. L., en el 28%; 2) para el Dr. C. M., en el 25%; 3) para los Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en conjunto, en el 27%.---------- Así lo voto.----------

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

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por el Dr. Ferrari, fiel reflejo del acuerdo alcanzado al ocuparnos de la cuestión anterior.----------

--- 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).- ----------

--- Trelew, de diciembre de 2012.----------

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

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

---REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado a fin de modificar el monto por el que prospera la demanda entablada, que habrá de fijarse, en definitiva, en la suma total de $ 83.357,39, con más los intereses ya dispuestos en dicho decisorio.----------

--- Imponer las costas en ambas instancias en un 80% a cargo de la parte demandada y

en el 20% restante por cuenta de la parte actora.----------

--- Fijar los honorarios profesionales de los letrados actuantes en esta sede en los siguientes porcentajes a computar sobre los fijados en la instancia de origen, a saber: 1) para el Dr. E. A. F. L., en el 28%; 2) para el Dr. C. M., en el 25%; 3) para los Dres. R. J. L. y J. M. F. C., en conjunto, en el 27%.----------

---

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

CARLOS DANTE FERRARI
PRESIDENTE

CARLOS A. VELÁZQUEZ
JUEZ DE CÁMARA

---REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2012 – SDL - CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA