En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. M. L. c/ C. S.R.L Y OTRA s/ Accidente "(Expte. Nº 234 - Año 2012),** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte Nº 28/09), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿satisface los recaudos del art. 60 Ley XIV Nº 1 y 268 CPCC, el recurso de apelación de C. S.R.L. (fs 387) fundado a fs. 407/ 408?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?; **TERCERA CUESTION**: ¿se ajustan a derecho los honorarios de los letrados que intervinieron en representación de la actora? y **CUARTA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 440.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Previo a expedirme sobre las cuestiones propuestas al Acuerdo, razones de orden metodológico ameritan la reseña de los antecedentes de la sentencia y los agravios de las partes.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a C. S.R.L. y en forma solidaria a P. ART S.A. a abonar al Sr. L. M. M., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de Pesos trescientos veinte mil ($ 320.000) con más los intereses que determina. Impuso las costas a cargo de las demandadas, fijó los honorarios correspondientes al

perito médico, al consultor médico, al perito técnico y a la representación y dirección letrada, en forma conjunta, de las partes.

Para así resolver, la magistrada de grado trató en primer término las inconstitucionalidades planteadas por la parte actora, respecto de los arts. 21, 22, 39, 46 inc. 1 de la Ley 24.557.

Señaló al respecto los precedentes jurisprudenciales que han resuelto respecto del primero, la limitación legal que provoca a los derechos amparados por los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la C.N. así como disposiciones de diversos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional. Ese disímil tratamiento, dice la Jueza, resulta contrario al orden constitucional y, en el caso, es claro que el trabajador queda en una situación más desfavorable que cualquier otro afectado.

Dejó constancia que la posición de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión, resultó ratificada por la C.S.J.N. a partir del caso "Castillo c/ Cerámica Alberdi S.A.", citando el fallo del Alto Tribunal al declarar la inconstitucionalidad del art. 46 inc. 1 de la ley en tratamiento y culmina el punto, remarcando que la L.R.T. produjo dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional cuales son, la de impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia y la de desnaturalizar la del juez federal, al convertirlo en magistrado "de fuero común".

Por otra parte, dijo, que la CSJN en el caso "Llosco" fijó doctrina descartando que el tránsito previo por el andarivel del diseño sistémico, aún cuando hubiera finalizado satisfactoriamente el cobro de las prestaciones, suponga un acto propio que inhiba el planteo de inconstitucionalidad.

En segundo término desestimó la inconstitucionalidad planteada por los letrados de la parte actora respecto de la limitación de responsabilidad del condenado en costas previsto por el art. 505 Cód. Civil y ley 24.432 con base en antecedentes de la CSJN y de esta Cámara.

Ingresó luego al tratamiento de la cuestión de fondo para lo cual señaló que el accidente de trabajo del 18 de enero de 2008 fue reconocido por las codemandadas, en tanto C. SRL efectuó la denuncia a la ART codemandada y ésta brindó las prestaciones del caso, por lo que correspondía determinar si resultó acreditada la relación de causalidad pretendida al demandar.

Luego de señalar que si bien la prueba era escasa, beneficiaba a la actora pues pese a los defectos en la descripción, se había identificado claramente que la sierra utilizada por el actor para realizar el trabajo encomendado se encontraba" falto entre otras cosas de dientes". Los testigos V. y V. V. confirmaron la versión del actor y se expidió sobre la sierra en cuestión el perito técnico, quien además sostuvo que el estado de la herramienta es concurrente al accidente del actor, que la empresa debe proveer los elementos y maquinarias en buen estado de mantenimiento y conservación y señaló cuales eran la reglas que debían observarse para el tipo de trabajo que hacía el actor. Con esos antecedentes forma la magistrada su convicción, respecto de la relación de causalidad entre el accidente padecido por el actor y el vicio de la cosa que la demandada proveyera para que el actor efectuara las tareas encomendadas.

Señala que la coaccionada no acreditó haber tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el infortunio, que el trabajo en esas condiciones debe ser calificado de riesgoso y apto para provocar el hecho traumático, por lo que entiende que el accidente guarda relación de causalidad directa con el factor objetivo de imputabilidad atribuible a la demandada C. SRL, como lo es el riesgo generado por la cosa bajo su guarda y/o propiedad haciéndola responsable en el evento dañoso por aplicación del art. 1113 del CC debiendo reparar las consecuencias dañosas derivadas del infortunio.

Al expedirse sobre la responsabilidad endilgada a la P. ART, lo hizo desde la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Torrillo" donde la mayoría de

los miembros del Alto Tribunal estableció que no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquel, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales (considerando 8º) y que previamente había indicado.

Luego de ello aludió a la documentación que en copia simple adjuntó la ART, desconocida por la actora y sin actuación alguna de la oferente para su ratificación y que por ello, no existe en autos ni una sola constancia válida de visita a la planta por parte de la ART, o de capacitaciones realizadas, o siquiera de relevamientos de las tareas que se realizaban en la empresa codemandada, no existiendo con ello "compromiso asumido" alguno, por parte de la ART para con su asegurada, ni para con los trabajadores, de prevenir los riesgos anejos a la actividad ni de capacitar a los empleados de manera de lograr la minimización de los daños inherentes a las tareas prestadas.

En concreto, dijo la señora jueza, no se acreditó en el expediente que, dadas las características de las tareas realizadas por M., se hubieran indicado mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo sobre todo en cuanto a las medidas de seguridad y forma de evitar peligros innecesarios trabajando con sierras y/ o un concreto plan de mejoramiento de las condiciones evidentemente riesgosas en las que el actor cumplía su tarea -tan concretamente descriptos por el perito técnico- por lo que concluye responsabilizando a la ART en orden a la omisión y a lo normado en el art.1074 del C. Civil y que en definitiva, los incumplimientos anotados tuvieron directa vinculación con su producción, por lo que en virtud de la

doctrina de la C.S.J.N. ya referida, admitió la condena de la aseguradora de riesgos del trabajo.

Resuelta la cuestión de la responsabilidad de las codemandadas, ingresó al tratamiento de la incapacidad resultante en la actora.

Para ello asignó a la pericia médica de fs. 271/ 274 pleno valor probatorio en los términos de los arts. 390 y 481 del C.P.C.C, aún cuando rescata de la impugnación efectuada por la ART a fs. 276/7 el hecho que, es lógico pensar, que dentro del porcentaje de incapacidad que el baremo otorga por la amputación, se encuentra la incapacidad funcional que dicha amputación provoca. Agrega que las demás observaciones trasuntan una mera disconformidad con lo concluido por el perito, por lo que detrae el 10% de incapacidad funcional, dando a la incapacidad por ambos dedos involucrados en el accidente el 29%, al que corresponde adicionar el 5% por tratarse de la mano hábil, llegando al 30,45%. Sobre ella, aplica idénticos valores para los factores de ponderación que utilizó el perito, llegando a una incapacidad parcial y permanente del 41,58% que será la que tomará en cuenta.

Para fijar el quantum indemnizatorio toma como parámetros las fórmulas "Vuotto" "Méndez" de la CNAT y también el caso "Aquino" de la CSJN y sobre ellas considera, como pautas orientadoras, las consecuencias, tanto desde el punto de vista individual como social que produjo en Molina, su remuneración a la época de los hechos ($ 2.000 -conf. demanda), la disminución psicofísica ocasionada por el infortunio -41,58 %-, la edad de la víctima (27 años), su categoría profesional (categoría oficial carpintero especializado) y los obstáculos que la incapacidad que porta le ha de acarrear en el futuro ya que es lógico concluir que no va a poder desempeñarse de igual manera en la actividad que venía desarrollando, a lo que se agrega la indudable dificultad con que se enfrentará al momento de pretender integrarse a otro empleo. Por ello fijó como indemnización

comprensiva del daño material, lucro cesante y pérdida de chance, la suma de Pesos doscientos sesenta y cinco mil ($ 265.000) con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut para las operaciones de descuentos de documentos comerciales a partir de la fecha de consolidación del daño (25/02/06) y hasta el efectivo pago y la indemnización por daño moral en la suma de Pesos cincuenta y cinco mil ($ 55.000) con más intereses a idéntica tasa y desde la misma fecha.

Indicó la señora jueza de grado, que al tiempo de la liquidación, deberán descontarse los montos que se acredite haya abonado en forma efectiva y por tal concepto la ART.

La sentencia reseñada fue apelada a fs. 384 por P. ART S.A., los agravios se agregaron a fs. 391/ 397, la réplica de la actora se agregó a fs 409/ 417 vta.

Apeló a fs. 387 C. S.R.L., sus agravios obran a fs. 407/408 y la contestación de la actora se incorpora a fs. 419/422 vta.

La actora apela a fs.389 la sentencia, expresó agravios a fs. 399/406 vta, la réplica de P. ART S.A. se agregó a fs. 424/ 427 vta.

A fs. 388 los letrados de la parte actora V. F., G. L. y S. L F., apelan sus honorarios por bajos.

A fs. 441 se dictó medida para mejor proveer, disponiendo la intervención del Cuerpo Médico Forense a fin que se expida, sobre los puntos de pericia propuestos por la parte actora (fs. 26vta./27vta.), la codemandada P. ART S.A. (fs. 221 vta) y la codemandada C. S.R.L. (fs. 238), para lo cual debería tener presente lo resuelto por la magistrada de grado a fs. 244/245 de los autos. A fs. 449/452 se agregaron sendos informes periciales, cuyas conclusiones fueron notificadas a las partes.

A fs. 465 se agregó la respuesta del Dr. Naccarato al pedido de explicaciones formulado por la actora y a fs. 457/458 se agregó la impugnación formulada por la misma parte, la que a fs. 470 se tuvo presente.

2. <u>Los agravios.</u>

2.1. <u>Agravios del Sr. L. M. M.</u>

La representación letrada del actor cuestiona parcialmente la sentencia dictada sobre la base de cuatro agravios: a) la inconstitucionalidad del tope de honorarios; b) por el monto de condena respecto del daño material; c) por el punto de partida de los intereses determinados para las sumas de condena; d) la alteración del porcentaje de la pericia médica.

a) Sostiene en la primera queja, que lo agravia la desestimación del planteo de inconstitucionalidad de los art. 505 CC y 277 LCT respecto del tope del quantum para condenar a las demandadas, al pago de las costas reguladas en primera instancia, con el tope del 25 % del capital de condena, tope que en el caso concreto ahora se supera, conforme las regulaciones fijadas por la sentencia. Que manifestó la magistrada que no se había demostrado que la aplicación de los mismos lesionaran derechos y expresan que ello no guarda correspondencia con las constancias del expediente. Dice que mal podía su parte demostrar con porcentajes el conculcamiento de derechos y que ahora, al estar fijadas, pueden afirmar que han superado las regulaciones el 25% (3 %) por lo que la diferencia deberá distribuirse entre los profesionales a quien se le ha regulado honorarios pero en definitiva deberá abonarlo el actor, quien habiendo vencido, debe pagar las costas, afectando las sumas de condena, lesionando su derecho de propiedad.

b) El segundo agravio refiere que la condena por daño material es exigua. Señala que más allá de los precedentes que se mencionan, el monto es insuficiente dado el daño -hasta culposo- de las accionadas, quienes sin control alguno, menos aún de prevención, expusieron a M. desembocando en la noxa laboral del mismo. Dicen que al ser una suma estimada, se torna dificultosa la crítica minuciosa sin perjuicio de lo cual, en base a ciertos parámetros, pueden concluir que la suma es exigua: aluden a que la

primera disminución estará dado con la deducción a futuro de lo pagado a cuenta y que luego lo será por la reducción del porcentual de honorarios que deberá abonar frente a las costas en exceso del 25% regulado en la primera instancia, que dado los valores tampoco será menor. Luego y sobre la base de las fórmulas Vuotto II o Méndez y con el criterio que las mismas auxilian al juez, practica los cálculos llegando a la suma que señala, poniendo en evidencia -a su criterio-, lo exiguo del monto.

Acota que no se pretende un enriquecimiento ilícito sino una condena ejemplificadora por la permanente violación de las normas de seguridad e higiene en particular de las ART y la empleadora en el caso concreto, por la amputación padecida por M.

c) El tercer agravio es el punto de partida que toma la sentenciante para el cómputo de los intereses pues estando frente a una "acción común" y ante una responsabilidad civil, los intereses aplicables serán a la tasa activa desde la fecha del siniestro o accidente que se produjo.

d) El cuarto agravio considera que sin otro fundamento que su lógica, altera el porcentaje de incapacidad fijado en la pericial médica. Indica que la ART cerró el camino al impugnar las conclusiones periciales, sin formular un pedido de explicaciones; agrega que al no contar con la opinión del perito médico designado en autos no se puede estar a la interesada opinión de la ART para reducir el porcentual fijado por el perito oficial y deducido sin fundamento por la señora jueza. Alude también que, en la Tabla de Rubinstein, cuando la norma ha querido decir que en las incapacidades está incluida la repercusión funcional, lo ha dicho.

Los agravios de la actora fueron respondidos por P. ART S.A. en el mismo orden que fueron planteados y por sus argumentos, sostienen lo resuelto en la instancia de grado respecto de la inconstitucionalidad del art. 505 del CC. Luego y como preliminar destacan que el actor carece de interés para recurrir el monto indemnizatorio, pues se les ha otorgado casi el doble de la

suma reclamada, agregan en el punto que no hay crítica concreta y razonada del fallo en ese aspecto; sostienen que lo resuelto en la sentencia de grado respecto de los intereses es correcto como que es ajustado el apartamiento de la magistrada a las conclusiones de la pericia médica, toda vez que resulta obvio considerar que el porcentaje de incapacidad que corresponde por la amputación es comprensiva e la limitación funcional.

2.2. <u>Los agravios de C. S.R.L.:</u>

El primer agravio es la aplicación del art. 1113 del Código Civil. Dice en la queja que, dejando de lado el planteo de inconstitucionalidad, ninguna relación tiene la referida norma con lo debatido en autos.

Transcribe la norma diciendo luego que ésta distingue entre las cosas que tienen vicios o riesgos derivados de su propia naturaleza y las que no lo tienen y que en el caso de autos se trata de un accidente ocasionado por una sierra en mal estado y sufrido por un oficial carpintero especializado y que por la categoría del actor, ya se desprende que tuvo culpa en el accidente por lo que no se puede imputar a su representada la responsabilidad del art. 1113 CC, acotando que no está demás señalar que en ningún momento se le hizo saber a la empresa cuál era el estado de la sierra ni mucho menos se pidió que se cambie. Luego de ello, señala que la sentencia es arbitraria al no considerar o al no atribuirle al actor ninguna responsabilidad por su culpa y hacer que la condena recaiga sólo sobre su representada.

El segundo agravio se enuncia como la falta de sana crítica al analizar la prueba esencial rendida en autos, valorándola en forma aislada y no en su conjunto y que si la hubiera analizado correctamente se podría concluir que hubo culpa del actor, pues si el técnico expresó que ninguna hoja de sierra puede ser utilizada cuando aparecen defectos notables como dientes desprendidos y se tiene en cuenta la categoría laboral del actor se deducirá

que éste ha obrado negligentemente pues era él y no la empleadora quien conocía el estado deficiente de la sierra.

La actora respondió los agravios señalando en primer término que el recurso no supera los recaudos técnicos del art. 268 CPCC, solicitando la deserción del recurso (art. 269 CPCC). Alude luego a la aplicación del art. 1113 del CC y que no se acreditó ni la culpa de la víctima ni puede subsumirse el caso de autos como culpa concurrente. En cuanto al segundo agravio, sostiene que la prueba ha sido evaluada correctamente por la magistrada de grado.

2.3 <u>Los agravios de P. ART S.A</u>.

Se agravian de los siguientes puntos: a) en cuanto sostiene que se acreditó el nexo de causalidad entre incumplimientos de su representada y el daño sufrido por el actor; b) la atribución de responsabilidad solidaria; c) el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente; d) el monto de condena por daño moral; e) en cuanto otorga indemnización por lucro cesante y d) en cuanto otorga indemnización por pérdida de chance.

En la primera queja sostienen que es desafortunado indicar en la sentencia a "los planes de mejoramiento" toda vez que los empleadores de la industria de la construcción no están legitimados para celebrarlos por así disponerlo la resolución SRT 32/97.

Dice que quien debe cumplir con las normas de seguridad e higiene es el empleador y no la ART y que debe analizarse la situación por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada (art. 901 del CC); que con arreglo a ella, el demandante no demostró ni fue considerado por la jueza, si las omisiones que menciona en la sentencia, pusieron una causa adecuada para el resultado o se trató de una simple condición. Agrega que no advierte como la supuesta falta de indicaciones respecto de la sierra puede considerarse como causa adecuada para el resultado dañoso sufrido por el

actor; que la LRT pone en cabeza del empleado la obligación de previsión y la de informar al empleador los hechos que conozca relacionados con los riesgos del trabajo y además es el trabajador, quien debe denunciar ante el empleador y la ART y SRT las violaciones a las normas de seguridad en el trabajo que se produzcan en el establecimiento.

Concluye en que la falta de indicación de medidas de seguridad concretamente sobre la sierra, no acarrea de ordinario y normalmente el resultado dañoso sufrido por M.; que se aplica una responsabilidad de tipo objetivo derivado de una inexistente obligación de seguridad y sostienen que, la actora, en su generalización, no ha demostrado el nexo causal entre las funciones de la ART, a su juicio incumplidas y el daño corporal del operario.

El segundo agravio se circunscribe al hecho de haber atribuido a su mandante responsabilidad solidaria con el empleador. Siguiendo doctrina judicial, alude que la solidaridad de las obligaciones es excepcional y que la misma no puede reconocer como origen una sentencia, luego señala las disposiciones de la LRT para ambos sujetos, excluyendo a la solidaridad y que la aseguradora responderá por las prestaciones del sistema.

El tercer agravio refiere al monto de condena por daño material, lucro cesante y pérdida de chance.

Dice que el monto de condena responde sólo a la voluntad de la magistrada y no a pautas objetivas, que otorga mucho más de lo pretendido por el actor en el escrito de demanda y que si bien es cierto que la misma estaba sujeto a prueba, el monto resulta injustificado.

Alude a un precedente de esta Cámara y que el monto aquí otorgado debe acotarse conforme las pautas dadas en ese expediente, considerando que tampoco se ha pedido el lucro cesante y no se ha acreditado ninguna pérdida de chance, debiendo descontarse de la suma de condena las ya percibidas por el actor.

En el cuarto agravio, se queja del monto indemnizatorio para el daño moral, señalando que el actor requirió para el rubro la suma de $ 12.000.

Dice que frente a la dificultad de cuantificar este daño, no puede confundirse discrecionalidad con arbitrariedad. Cita posiciones en doctrina y que en base al antecedente de esta Cámara y no obstante la presunta importancia de la lesión, la suma resulta harto excesiva, solicitando la reducción prudencial del monto hasta el límite de lo solicitado por la parte.

Para el quinto agravio, argumenta que el monto por daño material es comprensivo del lucro cesante, el que no fue ni peticionado ni demostrado por la actora y que los jueces no están autorizados a fallar "extra petita", por lo que solicita se revoque el fallo en ese sentido.

El sexto agravio se sostiene en el reconocimiento, dentro del daño material, de la pérdida de chance cuando la parte se limitó a exponer que el actor perdía la posibilidad de ascender en la empresa y conseguir trabajo en el futuro, extremos que no demostró ni intentó demostrar. Agrega que aún cuando no se lo haya cuantificado en forma separada, es obvio que contribuyó a incrementar el monto.

En la réplica de estos agravios, propugna la actora la deserción del recurso por ausencia de crítica razonada y concreta a la sentencia. Sin perjuicio de ello, justifica que en autos se acreditó la relación causal; sostiene la solidaridad dispuesta por la jueza de grado y aún cuando señala apeló el monto indemnizatorio acordado en la sentencia para el daño material, dice que en el antecedente que cita la parte, los supuestos fácticos son diferentes y, por otro lado, que las sumas estimadas en la demanda estaban sujetas a prueba. Ratifica la justeza del daño moral otorgado y se expide respecto del lucro cesante y pérdida de chance que integraron la condena.

3.

<u>El recurso de apelación de C. S.A.</u>

Ingreso al tratamiento de la primera cuestión propuesta al Acuerdo memorando que este Tribunal siempre se ha guiado con un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por los arts. 60 Ley XIV Nº 1 y el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que esa amplitud de criterio es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la norma legal antes citada, con la garantía de la defensa en juicio de raigambre constitucional (art. 18 CN).

De allí, entonces, que el criterio de apreciación a este respecto debe ser necesariamente amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren fórmulas estrictas, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen, en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error que se atribuye a la sentencia y al mismo tiempo se refuten las consideraciones o fundamentos en que aquella fue sustentada para descalificarla como acto jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, también hemos señalado que existe un mínimo por debajo del cual, las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como "agravios" en el sentido que exige la ley de forma, tal como ocurre en el caso, en donde la apelante no plantea otra cosa que una mera disconformidad con lo decidido en la anterior instancia.

Si la parte cuestiona el criterio judicial que da sustento a la sentencia, debe necesariamente apoyarse en una base jurídica idónea, lo que no logra, menos aún cuando cuestiona la valoración de la prueba sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados con virtualidad en el proceso para destruir los argumentos desarrollados por el juzgador (CNCiv, Sala C, 11.07.67, La Ley, 128, pág. 447).

Analizados los agravios, no puedo menos que advertir que para el primero de ellos no explica por qué resulta inaplicable a las acciones extrasistémicas derivadas de un accidente de trabajo, como en el caso, la norma del art. 1113 del CC. . Por otro lado, no alcanza para refutar los argumentos de la sentencia de grado aludir a la categoría laboral del actor para sostener, la ruptura del nexo causal. Debió en su crítica con sustento fáctico y jurídico adecuado, poner en evidencia el yerro de la magistrada al resolver la materia, discurriendo en esta etapa recursiva por cuestiones que no fueron alegadas al contestar la demanda. (art. 280 CPCC)

En cuanto al segundo agravio, tampoco tendrá andamiento.

Sabido es que rige en nuestro sistema procesal la valoración de la prueba conforme las reglas de la sana crítica (art. 390 CPCC). Como señala Couture, las reglas de la sana crítica son *"las reglas del correcto entendimiento humano". La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"*. ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma 3era edición póstuma págs.270/271).-

Ya hemos señalado que la tarea del juez en torno al material probatorio es de un examen crítico de todos los elementos de prueba legalmente introducidos al proceso, que determina la convicción, positiva o negativa del Juez, respecto de los hechos en que se fundan las afirmaciones, pretensiones o resistencias hechas valer en juicio. En ese camino, "*El Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible*

incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad". (CAPM entre otras SDL Nº 28/10, SDL Nº 32/10).

Luego de lo expuesto, no logro advertir cual es la falla en la valoración de la prueba pericial técnica que se achaca a la jueza o lo que agrava la posición del recurrente, cuales serían las otras "pruebas producidas en forma aislada y no en su conjunto" que hubieran modificado el resultado del pleito.

Concluyo en definitiva que el contenido de los agravios individualizados, cotejados con los aspectos medulares del fallo, allí se mantienen, sin lograr poner en evidencia los desaciertos en los que articula la queja para descalificar la fundamentación de la sentencia, sin cumplir en consecuencia con los requisitos de procedencia formal del art. 60 Ley XIV Nº 1 y art. 268 del CPCC. .

Por lo que aún cuando hago propio, que en la sustanciación del recurso de apelación debe ponderarse el cumplimiento de los requisitos con tolerancia, mediante una interpretación amplia que tienda a la garantía de la defensa en juicio, *"Frente a una expresión de agravios insuficiente, el tribunal debe declarar desierto el recurso, pues no se trata de un obrar que quede al capricho o discreción del órgano jurisdiccional, sino del acatamiento de expresas normas"* (SCBA 12/8/97) he de proponer al Acuerdo la deserción del recurso de apelación de C. S.R.L (art. 269 del CPCC), con costas al apelante (art. 69 CPCC).

Las costas de esta Instancia se imponen a la demandada apelante (art. 69, del CPCC).

Conforme es criterio de esta Cámara, no corresponde regular honorarios cuando el recurso es declarado desierto. (CAPM entre otras SDL Nº 06/10). Respecto de los honorarios de los letrados V. A. F. y S. F. se estipulan en el 13,5% para cada uno de los que resulten determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 ley arancelaria) con más el IVA si correspondiere.

Voto a la primera cuestión por la **NEGATIVA.**

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

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por la Dra. de Villafañe..

2.1

Se agravia en primer término la demandada C. SRL por considerar que el decisorio estimó la aplicación de la norma del art. 1113, Cód. Civil, ya que dicho precepto legal resulta inaplicable al caso de autos, entendiendo que el actor fue responsable del accidente ventilado en autos, y a todo evento, ha existido culpa concurrente de la víctima en el acaecimiento del hecho.

Tal como lo señala el voto que precede, la crítica que articula el apelante no es, ni razonada, ni concreta. Es decir, no brinda fundamento jurídico alguno en abono de su postura, a fin de demostrar que la norma del art. 1113, Cód. Civil no guarda vinculación con el caso de autos y menos refiere las razones por la cuales esta Alzada debiera considerar la exclusiva culpa de la víctima en el acaecimiento del hecho, o la interrupción parcial del nexo causal. Se limita a hacer hincapié en la categoría profesional del actor, y, a partir de tal aserto pretende revertir el resultado adverso de la decisión judicial anterior, como si los jueces de la Alzada debieran suponer lo que ni siquiera el apelante expresa.

Además de lo expuesto por la Dra. de Villafañe, tengo para mí que esta parcela de la queja resulta una mera discrepancia, que como tal, torna insuficiente el recurso en los términos del art. 268, del CPCC.

2.2.

En cuanto al segundo agravio, el apelante sostiene que la pieza decisoria en crisis no ha evaluado correctamente la prueba producida. En tal sentido, expresa que la sentencia tuvo por acreditado que la sierra utilizada no tenía dientes, cuando el perito técnico informó que irregularidades en la herramienta como la constatada, imponen la abstención de su uso. Asimismo, consideró que el decisorio incurre en yerro al atribuir la responsabilidad a su parte, sobre la base del factor de atribución riesgo creado, analizando la prueba en forma aislada, alejada de la sana crítica.

Con relación a ello, afirma que el decisorio no tuvo en cuenta que un oficial carpintero especializado conocedor de las deficiencias de la herramienta, debió abstenerse de hacer uso de la mencionada sierra, y que hacer uso de ella, implicó una conducta negligente.

En el mismo sentido que lo dicho por la Sra. Jueza preopinante, no se advierte (pues no lo señala) cuál ha sido la prueba valorada en forma aislada que derivara en un resultado sentencial injusto.

La queja guarda llamativo silencio sobre la afirmación del pronunciamiento en el sentido que la empleadora debe proveer los elementos y maquinarias de trabajo en buen estado de mantenimiento y conservación.

Tampoco objeta las expresiones de la pieza decisoria sobre la necesidad que la empresa demandada adopte las medidas de seguridad necesarias para evitar esta clase de infortunios, extremo que no acreditó haber cumplido. Ese silencio ha provocado que el decisorio quedara firme a su respecto, razón por la cual su queja se convierte en una crítica sin fundamento fáctico ni jurídico alguno.

La crítica deviene irrazonada, pues mientras endilga al trabajador haber utilizado una herramienta no apta para cumplir con su cometido, nada

señala respecto de la obligación incumplida que le reprocha el decisorio en cuanto al buen estado de mantenimiento y conservación de las herramientas de trabajo y en cuanto a la adopción de las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente. De tal suerte que la crítica, tampoco en este aspecto, supera el requisito técnico exigido por el art. 60, ley XIV N° 1 y art. 268, del CPCC.

2.3.

En atención a lo expuesto, las costas de Alzada deben serle impuestas a la demandada apelante (art. 69, CPCC). Asimismo, resulta inadmisible la regulación de honorarios a favor del letrado de la demandada recurrente por la inoficiosidad de sus tareas (cfr. esta Cámara 03/10 SDL, 06/10 SDL), regulándose los de los Dres. V. A. F. y S. L. F. en el 13,5% para cada uno de ellos, de lo que les correspondiere en la Instancia anterior, con más IVA, si correspondiere (arts. 5 y 13, ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Tratamiento de los agravios de la actora y codemandada P. ART S.A.

Los agravios de las partes me imponen tratar en primer lugar, los de la codemandada P. ART S.A., relativas a la atribución de responsabilidad y extensión de la condena, después de ello me ocuparé del agravio de la actora respecto de la alteración del porcentaje de incapacidad otorgado en la pericia médica para luego ingresar a las quejas referidas al monto reconocido para el resarcimiento que cuestionan actora y codemandada P.

ART S.A., seguiré con la queja atinente al punto de partida de los intereses, para finalmente abordar la cuestión de la inconstitucionalidad del art. 505 CC. sendos planteos efectuados por la parte actora.

Entiendo que de esa manera se respeta un orden expositivo en relación a las cuestiones propuestas, evitando reiteraciones innecesarias, frente a fundamentos que, aunque diversos conforme la posición que se sostenga, atacan la sentencia.

2

Los agravios de la A. de R. del T. P. ART S.A. en cuanto a la atribución de la responsabilidad civil; en su caso la extensión de la obligación de condena.

a) La sentencia en crisis tomó en cuenta para responsabilizar a la ART, la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Torrillo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" en la sentencia del 31/03/2009, donde por mayoría se estableció que no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil por los daños a la persona del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquel, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales.

Luego de ello, la Magistrada señaló cuales fueron, a su criterio, los incumplimientos que tuvo por acreditados, el daño causado y la relación de causalidad, dando respuesta así a los argumentos expuestos por la codemandada en su contestación de demanda. Por su parte, P. ART sostuvo la ausencia de prueba en lo relativo a la relación de causalidad que se le reprocha.

Ha dicho el Superior Tribunal de Justicia del Chubut que si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho común los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la medida que le sea imputable, al menos, a título de culpa (art.s 512, 902, 1109 y 1074 del Cód. Civil; cfr. voto del Dr. Pasutti, en autos "C., C. A. c/ K. K. S.A. y otros s/ Accidente", STJCh 11/SER/12).

De la prueba testimonial rendida en autos surge que la aseguradora no llevó a cabo cursos de capacitación para la prevención de riesgos, tal cual lo manda el art. 4 de la LRT, pese a la actividad riesgosa que realizaba el actor, en particular en el manejo de herramientas propias de su actividad. Por su parte, la ART no informó sobre sanciones aplicadas a la empresa demandada ni sobre constancias de visitas a ésta tendientes a prevenir riesgos, pese a encontrarse en mejores condiciones fácticas y técnicas de aportar constancias documentales de su actividad preventiva (del voto del Dr. Pasutti, fallo citado).

Tales conductas resultan suficientes para producir el daño, ya que no sólo no ha logrado demostrar un comportamiento genérico a sus deberes, sino que tampoco logró demostrar una conducta diligente frente a cuestiones específicas que el actor le imputó en la demanda.

Entonces, tal como lo sostiene el fallo citado, debo concluir (pese a mi opinión en sentencia anterior a dicho fallo, y por razones de economía procesal y lo dispuesto en el art. 291, inc. a) del CPCC) que si la ART hubiera cumplido con sus obligaciones, muy probablemente, casi en grado de certeza, el accidente no se hubiera producido, o hubiera sido menor.

Por tal razón, corresponde desestimar la queja de la aseguradora en este aspecto.

b) Se agravia la ART en tanto se les ha impuesto una obligación solidaria, aludiendo a que la LRT establece obligaciones individuales e independientes de ambos sujetos involucrados y que la aseguradora responderá por las prestaciones del sistema.

Ingreso a la cuestión, señalando que en autos, las obligaciones de resarcir que pesan sobre ambos sujetos son de aquellas denominadas "concurrentes"; en efecto, encontramos que surgen frente a la víctima dos relaciones jurídicas obligatorias y diferentes, aunque conexas y vinculadas. Ambas prestaciones tienen punto de contacto, como lo son la identidad de acreedor y el objeto, aunque difieren sustancialmente en cuanto a los sujetos pasivos y a la causa generadora de la obligación de resarcir. *"… la responsabilidad civil que le cabe a la ART, es concurrente con la de la empleadora, ya que ambas son deudoras, en forma yuxtapuesta, en funciones de responsabilidad y de garantía, o sea el autor del daño y quien debió controlar. Pero se trata aquí de obligaciones que tienen diferente causa- fuente: a) La de la empleadora proviene por ser propietaria de la cosa productora del daño (art. 1113 Cód. Civil) o bien de la responsabilidad subjetiva del artículo 1109 del Código Civil. b) La ART tiene responsabilidad por las omisiones legales en las que incurre y que son las productoras del daño que sufre la víctima (art. 1074, Cód. Civil)"* Schick "Riesgos del Trabajo" T 1 pág.307 Ed. David Grinberg. Libros Jurídicos, Bs.As. 2011). (CAPM entre otras "T., B. C/ A. D. S. y otra S/ Accidente" Expte. Nº 59/12, SDL Nº 44/12)

Por ello soy del criterio, que debe modificarse la sentencia de grado, en el sentido que, la condena impuesta a C. S.R.L. y a P. ART S.A. es concurrente.

3.

<u>El agravio de la actora respecto de la alteración del porcentaje de la pericia médica</u>.

La lectura el agravio exige como primera reflexión, que las cuestiones procesales que introduce la parte en esta instancia, son inaudibles en esta instancia.

Señaló la señora jueza de grado sobre la incapacidad del actor: *"En consonancia con lo antes expuesto el perito médico (fs. 271/4) dictaminó que el accionante presenta amputación a nivel de la articulación interfalángica del dedo pulgar, con una cicatriz deprimida en el muñón… disminución de la sensibilidad en el muñón del pulgar la articulación metacarpofalángica se encuentra tumefacta y no hay una extensión completa. En el dedo índice a nivel de la articulación interfalángica proximal y en casi todo su perímetro, presenta una cicatriz en espiral de 6 cm. de longitud, que comienza en la porción distal de la primera falange y dando la vuelta, llega hasta el dorso de la articulación interfalángica proximal. La segunda falange del dedo índice presenta una desviación hacia afuera de 20°. Tiene disminución de sensibilidad en la segunda y tercera falanges, las cuales se encuentran anquilosadas, por lo que no puede hacer la pinza digital. --Luego de los detalles que brinda fijó la incapacidad parcial y permanente en el 55,23% de la total obrera. Asigno a la pericia reseñada pleno valor probatorio en los términos de los arts. 390 y 481 del C.P.C.C, aunque rescato de la impugnación efectuada por la ART a fs. 276/7 el hecho de que es lógico pensar que dentro del porcentaje de incapacidad que el baremo otorga por la amputación se encuentra la incapacidad funcional que dicha amputación provoca. En lo demás, las observaciones efectuadas trasuntan una mera disconformidad con lo concluido, detrayendo el 10% de incapacidad funcional, tenemos una incapacidad por ambos dedos involucrados en el accidente del 29%, al que corresponde adicionar el 5% por tratarse de la mano hábil, se llega a 30,45%. Aplicando sobre dicha incapacidad idénticos valores para los factores de ponderación, que aplicó el perito se llega a una incapacidad parcial y permanente del 41,58% que será la tomaré en cuenta*".

Como tuve oportunidad de expedirme en autos "P., M. D. c/ B. M. S.A. y otros s/ ACCIDENTE "(Expte. Nº 169/ 2012) (SDL Nº 70/12) " *Para*

apartarse de la valoración del perito médico, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre de derecho, y aunque no son los peritos médicos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su informe resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar (CNAT, Sala II, 30/8/96, "Protta, Fernando c/ Banco Hipotecario Nacional s/ accidente - acción civil").

La Sra. Jueza de grado dejó de lado la valoración del perito médico, admitiendo la impugnación que en tal sentido formuló la ART.

En orden al esclarecimiento del punto e involucrada la cuestión en el agravio de la parte actora, este Cuerpo dispuso como medida para mejor proveer una nueva pericia médica a realizar por el Cuerpo Médico Forense de esta Circunscripción Judicial, recayendo en el Dr. Leonardo Naccarato la referida encomienda.

Así, se incorporó el informe a fs. 449/452 y la respuesta al pedido de explicaciones a fs. 465. El porcentaje de incapacidad portante del Sr. M. M. a criterio del Dr. Naccarato es del 38, 72%.

Para dar respuesta a las impugnaciones formuladas por la parte actora, que las hace en función a que no se incorporó en el porcentual referido el dolor y la lesión estética del actor, bastará señalar que expresamente la parte al peticionar la indemnización por daño moral dijo *"Desde luego nuestro poderdante peticiona también el daño moral dada la situación que ha sobrellevado luego de accidente sufrido y oportuno es de destacar aún padece, traducido en los padecimientos y dolores soportados y que soporta aún hoy a raíz de la lesión generada por el accidente… . Se tendrá presente asimismo el aspecto estético de la lesión padecida por el actor. …"*, por lo que las impugnaciones deben desestimarse.

Luego de ello, la incapacidad portante del actor que debe reconocerse es la del 38,72 %.

De lo expuesto, se deriva que el tratamiento del agravio de la actora referido a la alteración del porcentaje de incapacidad deviene en abstracto a esta altura de los acontecimientos. Así lo declaro.

4.

La cuantificación de los daños.

Acreditada la existencia del daño, se agravian la actora y la ART codemandada respecto de los montos de condena, la primera por resultar exiguo el daño material y P. ART S.A. por resultar un monto arbitrario.

4.1.

La actora cuestiona los montos fijados para resarcir la incapacidad sobreviniente del Sr. M. M.

Comenzaré señalando que el planteo recursivo no supera la suficiencia técnica del recurso cual exige a la parte el art. 60 de la Ley XIV Nº 1 y 268 del CPCC.

Es sabido que la expresión de agravios debe ser un acto de impugnación destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el Tribunal de Apelación. En esta orientación, la citada norma del ordenamiento ritual ha recibido la paciente y fecunda jurisprudencia de nuestros tribunales, los que realizaron una eficiente aplicación de la preceptiva legal en cuanto ordena que el memorial de agravios "deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Ello hace que el contenido de la impugnación se deba relacionar con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión

del recurso (v. Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, T. 1, págs. 939 y ss.).-

Para habilitar la instancia recursiva debe el apelante exponer un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada, a fin de demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. *"Para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenticen, analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Por cierto, ello no significa ingresar en un ámbito de pétrea conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estimen configurados según el análisis -que debe hacerse- de la sentencia apelada"*.("Britos Remigio Ramón c/Autopistas del Sol S.A. y otro s/Daños y perjuicios" - CNCIV - SALA H - 28/06/2001).

La parte actora, debió y no lo hace atacar puntualmente las circunstancias tomadas en consideración por la señora jueza para determinar el monto para resarcir la incapacidad, por el contrario luego de señalar que no resulta desacertado excluir la utilización de cálculos matemáticos para determinarlo, se basa en ellos para demostrar qué la suma es insuficiente, lo que resulta -al menos- contradictorio.

Por otro lado el argumento que el monto se reducirá cuando se detraigan las sumas que abonó la ART, no altera la reparación integral reconocida y ello en tanto *"Si el actor, con motivo del infortunio padecido, recibió una suma de dinero, en el marco de la LRT, por incapacidad permanente y temporaria, dicha suma debe ser deducida del monto total de la indemnización integral que correspondería reconocer en base al derecho común porque de lo contrario, se produciría una doble reparación por la misma causa y un consiguiente enriquecimiento indebido del acreedor (arg. Arts. 499 y 1071 del C. Civil). El pago efectuado en el marco del sistema previsto por la LRT tuvo efecto extintivo de la*

obligación de reparar el daño a cargo del empleador en medida equivalente al importe abonado (arg. Art. 727 del C. Civil), por lo que dicha obligación debe considerarse subsistente únicamente por la suma que exceda de la ya percibida. (CNAT Sala II Expte N° 1596/00 sent. 94182 27/4/06 "Alvez Pereyra, Ramón c/ Servicios Forestales El Bosque SRL s/ accidente").

Luego de lo expuesto y en el marco del agravio, no ha resultado viable el cuestionamiento al criterio judicial utilizado, pues la crítica no se apoyó en basamento idóneo y no se advierten razones de hecho ni de derecho que permitan atribuir al monto acordado el carácter de exiguo, esto es que el mismo no se adecuó al principio de reparación integral que propicia la indemnización del daño de acuerdo a su índole particular y real. "*Que, como muchas veces se ha dicho, disentir con la interpretación judicial, sin suministrar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios, pues como bien lo destaca Hitters, ella no es una simple fórmula, sino un análisis razonado de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos que tiene el quejoso para considerar que ella es errónea."*("B. del S en" B. del S. S.A. c/ C. e H" s/ Sustitución de embargo" -Fallo: 96190238 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1996/04/21 Base elDial - MC2357).

Por lo que he de proponer al Acuerdo, la deserción en este punto del recurso (art 269 CPCC)

4.2

La codemandada P. ART S.A., por su lado cuestiona la determinación del monto indemnizatorio. Tres agravios ha individualizado: a) la falta de pautas objetivas para la determinación del daño material; b) la indemnización otorgada por lucro cesante; c) la indemnización otorgada por pérdida de chance y d) el monto reconocido para el daño moral.

Se admitirá parcialmente la queja.

Respecto del monto reconocido para el daño material es claro que para justipreciar el daño indemnizable, deben tenerse en cuenta las circunstancias fácticas reunidas en las presentes actuaciones y con una comprensión plena del ser humano y su integridad física y psíquica, conforme los lineamientos asentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tal sentido, cabe memorar su doctrina constitucional que -en lo que aquí interesa- tiene dicho y reiterado que "el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales", ya que no se trata "*de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres*" ("Aquino" votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y "Díaz", voto de la Jueza Argibay, Fallos 329:473, 479/480, y sus citas).

Ampliando tales conceptos, agregó el Superior que " *el Tribunal también ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados, al igual que los citados anteriormente, con infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del Código Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que, por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de (la) actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable" no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual*

como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos: 310:1826, 1828/1829).

De tal suerte, la determinación de la cuantía de este tipo de reparaciones resulta una tarea harto difícil, máxime por cuanto reviste para los magistrados un acto discrecional y prudencial, sustentado en la valoración de los datos que arroja la causa y no una misión objetiva susceptible de ser llevada a cabo a través de la directa aplicación de parámetros o cánones prefijados.

Desde esta perspectiva de enfoque, la señora jueza ha dado cuenta dentro de los parámetros a considerar la edad del actor al momento del accidente (27 años), el alcance de los daños causados (incapacidad del 41,58 %), el salario a la fecha del accidente ($ 2.000), categoría profesional, la repercusión de la incapacidad en la vida de relación así como los obstáculos que se generan al no poder continuar en la actividad productiva que tenía y la consecuente dificultad para reinsertarse en el mercado laboral.

Aún cuando se acepte el valor de los precedentes para la estimación del rubro, en el caso, debo señalar que en los autos citados por el recurrente, esta Cámara no tuvo oportunidad de expedirse sobre la justeza o no del reclamo, desde que el recurso no superó, en el punto, la suficiencia técnica del art. 268 CPCC.

Ahora bien, se admitirá parcialmente la queja, en tanto y en cuanto el monto reconocido para el daño material incorpora el reconocimiento de la pérdida de chance y no así lo señalado para el lucro cesante.

Me explico.

Respecto del reconocimiento del lucro cesante, tal como se ha señalado en antecedentes de esta Cámara *"… el rubro resarcible en este supuesto de pérdida permanente -sea total o parcial - de la aptitud para el trabajo con incidencia sobre el resto de las actividades del damnificado, es el lucro cesante, o sea la "ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito", que con el daño emergente, o sea*

"el perjuicio efectivamente sufrido" forman el daño a que se refieren los arts. 1068 y 1069 del Cód. Civil (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, op. cit, p. 1372). (CAPM entre otras "M., R. A. C/ P. A. S.A. y otro S/ ACCIDENTE" (Expte. Nº 134 Año 2012) SDL Nº 57/12), debe indicarse que asiste razón al apelante. En efecto, dicho rubro no fue incluido dentro del daño material reclamado, pese a lo cual el decisorio se expidió otorgando la indemnización comprensiva del mismo. Por tal razón, no será atendido al momento de la cuantificación de ese anaquel del daño.

En cuanto a la crítica por la admisión de la denominada pérdida de chance, ésta constituye un rubro sujeto a un alto grado de incertidumbre, ya que en definitiva resulta imposible establecer con precisión si la persona que alega el perjuicio, habría obtenido o no ciertas ventajas o evitado o no ciertas pérdidas, de no haber mediado el comportamiento antijurídico atribuido a otro sujeto.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el resarcimiento de la pérdida de chance exige la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabilidad suficiente (Conf. CSJN, "Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", 12/06/2007, Fallos, 330:2748; id. "N.L. Sociedad Anónima c/, Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 10/12/1998, Fallos, 321:3437); y que corresponde rechazar el reclamo si no existen constancias que permitan determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto (Conf. CSJN, "Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/Entre Ríos, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", 24/08/2006, Fallos, 329: 3403; id. "Chaves, F. Mario c/ Tucumán, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/10/2000, Fallos, 323:2930, entre muchos otros).

En ese contexto, no existe prueba en el expediente -más allá de la incapacidad física acreditada en esta instancia- que autorice la reparación

de este rubro en forma independiente, ni aún para mensurarlo dentro de la reparación material, por lo que la queja en este aspecto deberá receptarse.

Luego de lo expuesto, debe concluirse que pocos elementos fácticos ha incorporado la parte actora para evaluar el contexto socio-económico en el que se desarrollaba la vida de la actora antes del infortunio del 18 de enero de 2008, que no sean los datos necesarios para conformar las variables del cálculo actuarial efectuado en la demanda, por lo que en este aspecto asiste razón a la recurrente.

En la tarea de cuantificar el daño material será menester considerar la naturaleza de las lesiones sufridas, cómo éstas habrán de influir negativamente en las posibilidades de vida futura del damnificado, la específica disminución de sus aptitudes laborales, la edad, su estado civil y demás condiciones personales (Conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, tomo 5, págs. 219 y 220), todos parámetros evaluados por la magistrada de grado y que con la modificación de la incapacidad sobreviniente y la exclusión de la pérdida de chance y del lucro cesante, estimo prudente reajustar a la suma de $ 150.000 (Pesos ciento cincuenta mil) con más los intereses desde la fecha del infortunio hasta su efectivo pago, tal como desarrollaré infra.

La cuantificación económica del daño moral.

El agravio del apelante se sustenta en que la actora, al determinar el quantum del reclamo lo fijó en la suma de $ 12.000 y la magistrada lo determinó en $ 55.000.

No advierto que la parte cuestione el reconocimiento del daño moral que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del

hombre y que son la tranquilidad espiritual, la libertad individual, la integridad física y que reconocen en su génesis el accidente laboral sufrido.

El punto en cuestión sería que la parte actora, al tiempo de justipreciar el reclamó lo hizo *"cuando menos en concepto de daño moral inferido, la suma estimada de este rubro reparatorio en $ 12.000 (doce mil pesos) a la fecha del daño material expuesto."*

Tengo para mí, que al reclamar la indemnización, estimó la suma indicada al tiempo de la ocurrencia del evento dañoso, configurando un mínimo, luego de lo cual la jueza se encontraba habilitada para fijarlo en orden a los parámetros que tuvo en consideración y que valga decir, la parte no ha cuestionado.

Siendo que por naturaleza el importe indemnizatorio del daño moral es estimativo, en la especie, por propia postulación de la actora era provisorio, por lo que no ha fallado la jueza ultra petita, sino en el contexto probatorio que ha dado cuenta y en sumas determinadas a la fecha del infortunio.

Esto es, la sentencia puede conceder una indemnización del daño moral superior a la reclamada en la demanda cuando se pruebe que durante la sustanciación del juicio han aparecido circunstancias de hecho desconocidas al tiempo de accionar, aptas para incrementar los padecimientos espirituales del damnificado (cfme Cám. Apel. Civ Com San Isidro, Sala I "Ch. de G. c/ R s Daños y Perjuicios 11/ 5/ 93).

El daño moral ha sido definido 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 (SCBA, ED 14-14), de modo que, analizados los parámetros, que tuvo en cuenta la magistrada y que no han sido refutados por el apelante, la suma reconocida para el daño moral, resulta ajustada a derecho.

5.

Los intereses.

El agravio de la actora en este aspecto del fallo, será admitido.

Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, por lo cual la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos, ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico. Si en esta oportunidad nace el deber de reparar los perjuicios, como contrapartida surge el derecho del damnificado a ser indemnizado, por lo cual no existe motivo alguno para computar los intereses desde otro momento que no sea desde la fecha desde que los infortunios tuvieron lugar (18 de enero de 2008) y hasta su efectivo pago.

Propongo al Acuerdo, la modificación del fallo en esta cuestión.

6.

El reproche de inconstitucionalidad de la norma prevista en el art. 505 del CC y su relación con el art. 277 de la LCT

Esta Cámara se ha expedido en el mismo sentido que la señora magistrada de grado, esto es ha desestimado el reproche de inconstitucionalidad de la norma prevista en el art. 505 del CC y su relación con el art. 277 de la LCT. (entre otros "C. C. A. C/K. K. S.A. y otra S/ Accidente "SDL Nº 44/11; C., L. C/ I. S.R.L. y otro S/ ACCIDENTE SDL Nº 23/12; E. H., J. F. C/ C. S.A. y otra S/ Accidente SDL Nº 27/12). En estos precedentes he tenido oportunidad de expedirme sobre la cuestión y que por resultar pertinente reiteraré en esta oportunidad.

El art.10 de la Constitución Provincial establece que toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos

reconocidos por la Constitución, otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces.

Es claro que en el control de constitucionalidad difuso impuesto a los jueces reconoce determinadas limitaciones, rigiendo la regla de la autolimitación o presunción de constitucionalidad de las normas. Esta se basa en que la contradicción entre la ley y la Constitución debe ser palmaria, clara y manifiesta; debe tratar de otorgarse a la norma la interpretación que sea compatible con la misma al tiempo de juzgar; en caso de duda se debe resolver a favor de la constitucionalidad y la declaración se presenta como ultima ratio, ya que exhibe un caso de extrema gravedad institucional. (cfme. Ciancardo Juan "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad" Ed. Ábaco, Bs. As. 2004, pág.89).

Según surge del texto expreso de las normas de marras, (art. 505 Código Civil y art. 277 Ley 20744) la responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados, no excederá del 25% del monto de sentencia, laudo o transacción. En cuanto a las regulaciones de honorarios se realizarán conforme a las leyes arancelarias locales, por lo que no existe desplazamiento del régimen provincial en detrimento de otro especial. Por otra parte, la facultad de establecer normas procesales no puede considerarse en manera alguna, privativa de las provincias, puesto que en numerosos casos el Congreso Nacional se ve precisado a dictarlas con el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar. (CSJN Fallos 137:307; 138:154 y 157; 141:254; 162:376; 247:524; 265:30; 299:45).

Así y en el caso puntual de la ley cuya inconstitucionalidad se procura, de sus antecedentes parlamentarios, se desprende que dicho límite a la responsabilidad por el pago de los honorarios más no a su regulación, tuvo por objeto asegurar el acceso a la justicia de todos los sectores de la población que con frecuencia ven dificultado el ejercicio de sus derechos, debido a la onerosidad de los honorarios profesionales y demás gastos del proceso.

No se advierte, en el caso concreto, cuál es el reproche a la constitucionalidad de la norma, que amerita la declaración extrema que se pretende. *"La Ley 24432 posee normas que resultan operativas y no necesitan para su aplicación en las provincias de la adhesión planteada en su art. 16, entre ellas su art. 8 que incorporó un nuevo párrafo al art. 277, LCT, estableciendo un tope del 25 % del monto fijado en la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, en concepto de costas. En consecuencia, el citado artículo, por el carácter que reviste en razón de la sustancia de lo que regula -responsabilidad en materia de costas por incumplimiento de la obligación principal- no requiere adhesión alguna, resultando entonces aplicable en el ámbito provincial, sin que ello implique vulnerar en modo alguno la autonomía local. Cabe señalar que la CSJN ha reiterado e inveteradamente declarado la constitucionalidad de la facultad del Congreso Nacional de dictar normas procesales con el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar.* (Sciandra, Eduardo Antonio vs. Celulosa Argentina S.A. y otro s. Daños y perjuicios. Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 12-03-2003; Rubinzal on line; RC J 153/06).*" El art. 505 del Cód. Civil, modificado por la ley 24.432 -en cuanto establece un tope del veinticinco por ciento para el pago de costas- no es inconstitucional. Ello es así en razón de que se trata de una disposición de derecho común y que establece un límite y los alcances de la responsabilidad por las costas, lo que es materia propia de la competencia federal (arts. 5 inc. 12, 121, y 126 de la Constitución Provincial)"*. ("Rubilar Zenen

Matías y otra c/ Molina Edgardo Atilio s/ Cumplimiento de contrato." SCBA.1999 Base elDial.com - W117AB).

Concluyo entonces desestimando el agravio y sosteniendo la constitucionalidad del art. 505 del CC y por su vinculación, la del art. 277 in fine de la LCT.

7.

Concluyo el tratamiento de los recursos, señalando que los agravios de la parte actora prosperan únicamente en la cuestión del punto de partida para el cálculo de los intereses; los de la codemandada P. ART S.A. se admiten en el sentido que la condena que les fue impuesta junto C. SRL es concurrente y se modifica el monto reconocido para el daño material.

8.

Las costas:

a) La modificación del fallo que se propone, no altera la calidad de vencidos de los codemandados en la cuestión de fondo debatida por lo que no encuentro mérito para readecuar las costas y honorarios determinados en la sentencia de grado (art. 282 CPCC), con la salvedad que los honorarios de los letrados de la parte actora, han sido materia de recurso y me expediré en la cuestión respectiva.

b) Las costas en la Alzada y en orden al resultado de los recursos impetrados deben imponerse en el orden causado a los apelantes (art. 72 CPCC). A esos fines y considerando el mérito y resultado obtenido por la actividad profesional cumplida en esta sede, propongo que los honorarios de los letrados V. A. F. y S. L. F. se regulen en el 14 % a cada uno, los de los Ab. R. L. y J. M. F. C. en el 15 % a cada uno, con más el IVA si correspondiere.

En todos los casos los porcentajes se establecen sobre los emolumentos que resulten determinados para la instancia anterior y se deberán considerar, de corresponder los mínimos legales previstos en la ley arancelaria (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod).

Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

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

Siguiendo la línea metodológica propuesta por la Dra. de Villafañe, corresponde el tratamiento de los agravios articulados por la aseguradora co-demandada P. ART.

1.1.

Se agravia en primer lugar la aseguradora referida por cuanto considera que, contrariamente a lo manifestado por la sentencia en análisis, no se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre las omisiones de su representada y el hecho dañoso.

En tal sentido sostiene que el rubro de la construcción, como el del transporte, no se encuentran legitimados para celebrar planes de mejoras, por así disponerlo la Resolución SRT 32/97.

En cuanto a lo relativo al nexo causal mencionado, sostiene que yerra el decisorio al afirmar que el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene tuvo directa vinculación con la producción del accidente, debiendo tenerse en cuenta que quien debe cumplir con dicha normativa es el empleador, y no la ART.

Estima que debe analizarse la cuestión a la luz de lo normado por el art. 901, Cód. Civil, de lo que resulta que las omisiones enrostradas a su parte no eran adecuadas para provocar normalmente, de ordinario, el resultado, ya que la supuesta falta de indicaciones respecto de la sierra, no pueden considerarse como causa adecuada para el resultado dañoso sufrido por el actor.

Considera también que el decisorio no atendió la circunstancia de que era el actor quien debía probar el nexo de causalidad adecuada, olvidando también que la ley de riesgos del trabajo pone en cabeza del empleado la obligación de previsión (art. 4, inc. L, LRT y art. 30, Dec. 170/96), la de informar al empleador sobre la deficiencia de la herramienta y la de que es el trabajador quien debe denunciar ante su empleador, la ART y la SRT las violaciones a las normas de seguridad, conforme Decreto 170/96.

Concluye señalando que el decisorio formula imputaciones genéricas en orden a un deber de seguridad inexistente a su parte, cuando en verdad, para endilgarles responsabilidad, es necesario un análisis pormenorizado del caso concreto y la correspondiente prueba que acredite que sus acciones u omisiones han tenido relación directa con la producción del accidente, sin dejar de hacer notar que era el trabajador el primer obligado en evitar el uso de una herramienta en condiciones no aptas para su uso.

Cabe señalar, en primer término, que el quejoso reitera en su expresión de agravios lo ya afirmado en su contestación de demanda de fs. 212/222, en el sentido que corría a cargo del actor probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

En efecto, tanto en el escrito de mención como en su expresión de agravios, sostiene que al actor incumbe la prueba del nexo de causalidad existente entre éste y el daño invocado, circunstancia que, si bien se compadece con lo normado por el art. 381, del CPCC, y dejando a salvo mi opinión al respecto, en el caso particular de autos, no resulta ser un principio riguroso,

a la luz de lo que constituye doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia provincial (art. 291, inc. a, del CPCC), emanada de autos " C., C. A. c/ K. K. S.A. y o s/ Accidente", (Expte 22474 – C- 2011, STJCh 11/SRE/12, 13.11.2012), en la que el Ministro preopinante Dr. Caneo, señaló que "resulta elocuente, que la ART como persona jurídica, especializada en la materia de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, es la que se encuentra en mejor situación para arrimar al proceso los elementos de prueba requeridos, en cuanto hacen a la tarea propia encomendada por la ley; y como parte en la litis, está llamada a cumplir los deberes de lealtad, probidad y buena fe (art. 165, inc. 5, párr. 3° del CPCC)". No obstante ello, tal como ha sucedido en el precedente citado, también en el caso de autos, se ha acreditado mediante el testimonio de V. (fs. 339, contestación a la pregunta 8ª) y V. V. (fs. 340, contestación a la pregunta 8ª) que la aseguradora no realizó curso de capacitación alguno sobre el manejo de la herramienta en cuestión tendiente a prevenir riesgos.

Habrá de sumarse a ello que, siguiendo la opinión del Ministro de primer voto citado, la ART ha guardado silencio al ser requerida de exhibir y adjuntar documental que debiera obrar en su poder, e informar bajo apercibimiento de lo normado en el art. 392, CPCC (exámenes médicos, información sobre incumplimientos a normas de seguridad e higiene, o realización de cursos de capacitación), conducta ella que, siendo silenciosa y reticente deben crear la presunción legal de la citada norma adjetiva (cfr. fallo STJCh, citado).

Tales asertos, imponen la necesidad de concluir, a la lumbre del fallo del Superior Tribunal provincial, que, visto así, el actor ha logrado demostrar el incumplimiento de los deberes a cargo de la aseguradora, consistentes en tareas de prevención, esto es, en capacitar a su personal en la manipulación de herramientas de las que se sirven para cumplir con la tarea encomendada.

De ello, se sigue que el fallo del Superior Tribunal chubutense, ha señalado que no se pretende que la ART tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un comportamiento diligente con sus obligaciones legales en los términos del art. 902, Cód. Civil .

Debió brindar capacitación idónea para la prevención de riesgos del trabajo, y realizar visitas periódicas al lugar de trabajo a los mismos fines, resultando incumplidas las normas de seguridad e higiene por ambas codemandadas, en virtud de la remisión expresa de la norma (cfr. art. 4, inc. 1, LRT y ley 19587, de Higiene y Seguridad del Trabajo) (cfr. voto del Dr. Caneo, fallo cit.).

A salvo la opinión del suscripto por no compartir el razonamiento que arriba a la conclusión señalada, pero en línea con dicha doctrina legal y razones de economía procesal, cabe tener por acreditada la relación de causalidad en los términos señalados y desestimar en consecuencia el agravio.

No obstante ello, no puedo soslayar la contradicción en que incurre la demandada apelante, en tanto pregona en su contestación de demanda la imposibilidad de juntar los dos sistemas de responsabilidad (contractual y extracontractual), afirmación que comparto, para desplazarse luego, en su agravio, de un ámbito al otro, al invocar, por un lado, la aplicación de las normas de la responsabilidad aquiliana y por el otro, pretender la aplicación de la norma de la LRT, poniendo en cabeza del trabajador la obligación de previsión (cfr. art. 4, inc. L, LRT y 30, Decreto 170/96).

Respecto de este último aserto, tampoco se me escapa que de la declaración testimonial de V. (fs. 339; ver contestación a la pregunta 5ª) se desprende que habían hecho un aviso al capataz acerca de que la sierra se encontraba en mal estado, quien no hizo caso de la denuncia.

Tal aseveración no se compadece con la afirmación del recurrente en el sentido que se encontraba en cabeza del trabajador la obligación de evitar su utilización.

Por tales razones, coincidiré con la Dra. de Villafañe que la presente parcela de la queja debe ser desestimada.

1.2.

El segundo agravio guarda relación con la condena solidaria establecida en el decisorio, considerando que la misma ha de determinarse como "sucesiva y excluyente", de modo tal que la aseguradora responda por las prestaciones del sistema.

Atento la revisión propuesta por el agravio en cuestión, me avocaré a su análisis, tal como lo propone el voto anterior, teniendo en cuenta el resultado que arroja la queja vertida acerca de su responsabilidad, conforme los términos del apartado anterior.

Considero que la condena solidaria establecida en la pieza decisoria anterior no es procedente, aunque por razones distintas a las que invoca la queja. En tal sentido me expediré, acudiendo al efecto al principio del *iura novit curia*, ya que la invocación del derecho formulado por la recurrente no obliga a su aplicación por el juez, a mérito del mencionado principio, y según el cual, es el Tribunal quien conoce el derecho (cfr. mi voto en "M.", Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 04 /13 SDC, de fecha 11.04.2013).

Cierto es que en la obligación solidaria los vínculos que ligan a los deudores plurales nace de una sola fuente, es decir, existe una "unidad de causa", en la que el deber de prestar de todos los deudores deriva del mismo hecho o título justificante (cfr. mi voto en "T.", Cámara de

Apelaciones de Puerto Madryn, n° 44/12, del 05.06.2012; SCBA, 28.03.2001, "Ortiz de Franco, Agustino y otros", AP 14/75757).

En cambio, las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son de las denominadas "concurrentes", las que se caracterizan porque varias personas adeudan al acreedor la misma prestación, sin ocupar la posición de deudores solidarios, esto es, tienen un mismo objeto aunque diversidad de causa y de deudor (cfr. mi voto en T.", Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, n° 44/12, del 05.06.2012; "Z", Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 10/13 SDL, 07.03.2013; SCBA, 15.06.99, JA 2000-I-531, ED 184-629, voto de la mayoría), bastando que uno de los deudores pague para que opere la cancelación de todas las deudas concurrentes (Cám. 2ª. Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 17.05.05, JUBA B 353987).

De allí, que el decisorio debió condenar en forma concurrente a ambas co-demandadas, y los importes de condena no por ello han de ser distintos a los consignados en el pronunciamiento.

De todos modos, habiendo sido motivo de queja la cuestión de la solidaridad de la condena, teniendo en cuenta los distintos efectos que difunde una y otra categoría obligacional (entiéndase por tal a las solidarias y a las concurrentes), y sin perjuicio del monto fijado, debe revocarse el decisorio en el sentido que la condena impuesta a ambos codemandados no es solidaria, sino concurrente (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, fallos citados).

Debe estimarse este aspecto de la queja.

1.3.

Se agravia la aseguradora codemandada de autos por los montos de condena (daño material, lucro cesante y pérdida de chance), los que serán

objeto de análisis al tratar los agravios de la parte actora y a los cuales me remito.

1.4.

Se agravia también la aseguradora por el monto de condena estipulado por el decisorio en la suma de $ 50.000.-, cuando el actor ha solicitado $ 12.000. Concluye, en resumidas cuentas que el monto es excesivo y carece de razonabilidad, solicitando su reducción.

Además de lo expresado en el voto anterior, en cuanto a que el actor ha solicitado, cuando menos, una suma apreciada al tiempo del infortunio, no puede soslayarse que el actor ha padecido una incapacidad que la pericia del médico forense ha ponderado en el 38,72%, producto de la amputación traumática a nivel de la base de la segunda falange del pulgar y de la fractura expuesta intra-articular de la base de la segunda falange del índice , lesiones cuya combinación generan limitación severa en la capacidad de prehensión (ver fs. 451).

A la hora de cuantificar el daño moral, debe tenerse en cuenta preponderantemente el arbitrio judicial asentado en un criterio de prudencia y razonabilidad, (cfr. "G.", Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 30/12 SDC, 09.08.2012; Cám. Civ. y Com. 1ª., La Plata, Sala II, 208650 RSD-90-91 S 21-5-1991 , in re: " Scutti, Mario Carmelo y ots. c/ Riga, José Luis s/ Daños y Perjuicios" JUBA).

Se ha dicho que a los fines de establecer su monto, dadas las dificultades que existen para mensurar en dinero un daño de naturaleza no patrimonial, la ley ha sujetado su resarcimiento a la discrecionalidad judicial, debiendo los jueces determinarlo con suma prudencia, dentro del mayor grado de equidad, de modo tal que la compensación no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica

inadecuada a la entidad del agravio padecido (Cfr, "G." citado; "P., N. M. c/ F., V. A y o.", 27.07.2011, SDC 18/11, Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn; Cám. 4a de Apel. Civ., Com., Min., Paz y Tribut. Mendoza, 20/12/2010, in re: "Díaz, Elena Ana c. Tornello, Francisco Antonio y O", AR/JUR/86096/2010).

También se ha señalado que la fijación de la cuantía de la indemnización del daño moral es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria (Cfr. "G.", citado; Cám. Apel. en lo Pen. Venado Tuerto, 07/02/2006, in re: "Araya, Néstor H" LLLitoral 2006 (abril), 01/01/2006, 384, AR/JUR/152/2006).

Se trata además, de un daño cuya determinación no requiere prueba de su entidad, pues se lo debe tener por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, tratándose de una prueba *"in re ipsa"*, que surge inmediatamente de los hechos mismos (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "C.", 11/12 SDC, 19.04.2012; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, in re: "Silva, Olga E. c. Barbarito de Mega, Ana y otro", 28/06/1991 , LA LEY 1991-E, 27 - DJ 1991-2, 975; AR/JUR/1915/1991).

Por tales razones, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión sufrida, los padecimientos propios de quien se ve en imposibilidad de trabajar por varios meses (tal como lo expone el testigo V. al contestar la 7ª pregunta a fs. 339 vta) y del sometimiento a prácticas quirúrgicas y rehabilitación fisio-kinésica (ver fs. 449 vta) y el reinicio de tareas en una actividad de limpieza (ver declaración del testigo V. V. al contestar la pregunta 7ª, a fs. 340), cuando en verdad se desempeñaba como un oficial especializado, y en el perjuicio estético referido por el Sr. perito de fs. 450 (ver apartado 7.7. de la pieza pericial) he de concluir en que el actor ha sido víctima de daño extrapatrimonial y la indemnización por el concepto en tratamiento fijada

en el pronunciamiento anterior es ajustado derecho (cfr. art. 167, inc. 3°, del CPCC), por lo que esta parte de la queja, en consecuencia, debe ser desestimada.

1.5.

Se agravia también la aseguradora por considerar que el decisorio anterior reconoció indemnización por lucro cesante, rubro que no fue peticionado en la demanda.

Cierto es que la demanda solicita la indemnización correspondiente a dos rubros, esto es, el daño material y el daño moral.

No obstante ello, debo señalar que asiste razón al recurrente en tanto y en cuanto, el análisis efectuado por el decisorio, para arribar a la suma indemnizatoria del primero de los daños reclamados (es decir, el material), ha tenido en cuenta el rubro “lucro cesante”, que no fue solicitado, y al que sólo cita, pero no argumenta en tal sentido.

Frente a ello, estimo que no podrá atenderse dicho anaquel indemnizatorio, en virtud de no haber sido solicitado y fuera, no obstante, incluido en la pieza sentencial, como comprensivo de la indemnización que en definitiva fijó. Por tal razón, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta en el momento en que se revise el monto indemnizatorio correspondiente al “daño material”. A ese análisis me remito.

1.6.

Finalmente, se agravia la aseguradora coaccionada, ya que el decisorio incluyó en el monto indemnizatorio la pérdida de chance del actor, la que fue reclamada como la frustración de posibilidades de ascensos dentro de la empresa empleadora.

Cierto es, y asiste razón al apelante, que ningún elemento probatorio aportó el actor para corroborar tales dichos y en consecuencia no puede ser comprensivo del monto indemnizatorio que resulte del daño físico e incapacidad sobreviniente que más abajo se analiza.

Ello, sin perjuicio de señalar que, tanto el lucro cesante como la pérdida de chance son conceptos que se ubican dentro del anaquel del daño patrimonial, diferenciándose sólo por grados de certidumbre del daño: la "pérdida de la chance", como el denominado "handicap", constituye excepcional fuente de reparabilidad y requiere puntual y concreta demostración de que existieron, lo que en autos no se ha probado (cfr. mi voto en "M." Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, 57/12 SDL).

Para que se configure la "pérdida de chance", hace falta mucho más que una mera invocación de "posibilidad" de no obtener tal o cual trabajo, por eventual disminución de las aptitudes con determinación precisa de la incidencia que en la situación laboral dada, y en perspectiva tuviera aquella minoración.

Es decir, lo que en la "chance" se indemniza es la privación de una esperanza para el sujeto y no en sí mismo el beneficio esperado. Está en juego una oportunidad que el causante del daño impide. La chance frustrada no importa más que privar a alguien de la oportunidad de participar de un hecho o un evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio; importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento del cual se habría definido la obtención o no del beneficio, de ahí, que el monto por el daño y su cuantía se determina por la pérdida de oportunidad, lo que naturalmente es menor (cfr. mi voto en fallo citado; Cám. Nac. Civ., Sala C. 19.10.95, "Piquet, Lucía c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" en Daray, op. cit., p. 188).

Así las cosas, considero que en el decisorio de autos se dio el caso que el maestro Bustamante Alsina advertía: la distinción arbitraria que arroja como resultado un aumento injustificado del monto del resarcimiento.

Se ha operado, para mí, una superposición de rubros jurídicamente injustificada, debiendo tenerse en cuenta tal circunstancia al momento de ponderar el monto indemnizatorio por daño físico e incapacidad sobreviniente. Asiste razón, en este aspecto, a la recurrente.

2.

Corresponde el tratamiento de los agravios del actor y el de la aseguradora codemandada, en cuanto a la fijación del monto indemnizatorio por daño material (con las salvedades ya formuladas respecto al lucro cesante y pérdida de chance), los que, por ser comunes (sea por exiguo, sea por excesivo) han de ser analizados conjuntamente, tal como lo hace el voto anterior.

2.1.

Ingresando en el tratamiento de la cuantificación del daño, controvertido por cierto en la medida que el actor lo considera bajo y la aseguradora, elevado, debo analizar, en primer término, el agravio del actor referido a la alteración del porcentaje de incapacidad resultante de la pericia médica de fs. 271/274.

Referido a las dudas que pudieran haberse planteado en autos en orden a las afirmaciones de dicha tarea pericial y a las impugnaciones de la aseguradora, justo es reconocer que toda duda se disipó frente a la nueva pericia dispuesta por este Cuerpo jurisdiccional y que se encuentra agregada a fs. 449/453.

Digo ello así, pues le he de dar a este último informe plena fuerza convictiva, ya que frente al informe efectuado por el perito de oficio debe prevalecer el llevado a cabo por Médico Forense, ya que se trata de un asesoramiento técnico de un auxiliar de la justicia cuya imparcialidad, corrección y conocimiento científico se encuentran garantizados por su condición de tal, lo que importa haber sido incorporado al Poder Judicial, con las particulares exigencias que esta designación significa (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Iglesias, Roxana c. Sanatorio Mitre y otro", 09/11/2004, La Ley Online, AR/JUR/6333/2004 y aplicación analógica del art. 52, dec.-ley 1285/58-), y sin desmedro de las aptitudes profesionales y personales del perito que actuara en autos con anterioridad, las que no se objetan en modo alguno.

En cuanto a las observaciones formuladas por el actor al informe mencionado, y además de compartir las expresiones formuladas por la Sra. Jueza de voto anterior, he de señalar que, conforme los términos peticionados en la demanda, he incluido el daño estético reclamado en el rubro "daño moral "de tratamiento precedente, razón por la cual a él me remito, por lo que no corresponde admitir las citadas impugnaciones.

Por tal razón, el aludido apartamiento que la queja formula al dictamen pericial carece de interés a esta altura del relato y estimo que su tratamiento deviene abstracto.

2.2.

2.2.1.

Tras reconocer que resulta dificultosa una crítica minuciosa, señala el actor que al monto indemnizatorio establecido deberá detraerse lo ya abonado y el exceso de costas que superen el 25% de lo regulado en Primera Instancia.

Practica un cálculo sobre la base de un precedente jurisprudencial, concluyendo que la suma fijada en concepto de resarcimiento es exigua.

He de coincidir con el voto anterior en cuanto a que este aspecto del recurso carece de crítica razonada y concreta. Es decir, el agravio expresa su disconformidad con lo dispuesto en la pieza sentencial sin brindar argumento jurídico alguno que justifique la modificación de los términos de aquélla, limitándose a brindar una "pauta orientadora", sin hacerse cargo de señalar por qué habría esta Alzada de optar por esa fórmula sugerida y no por otra, o por ninguna.

En síntesis, la mera discrepancia no es suficiente para considerar a la crítica como razonada y concreta en los términos del art. 268, del CPCC y en consecuencia esta parcela del agravio debe ser declarada desierta.

2.2.2.

En cuanto al agravio de la aseguradora por el arbitrario monto otorgado en concepto de daño material, lucro cesante y pérdida de chance, debo señalar que me detendré sólo en el análisis del primero de los nombrados, sobre la base de haberme expedido acerca de la improcedencia de incorporar los últimos dos al monto indemnizatorio del concepto en cuestión.

Sostiene el apelante que dicho monto es producto del decisionismo judicial y que no responde a ninguna pauta objetiva. Destaca que se ha otorgado más de lo pedido, y si bien es cierto que ese reclamo lo ha sido sujeto a la prueba a producir, resulta injustificado su resultado. Solicita su morigeración.

Anticipo mi criterio en el sentido que no soy partidario de ceñirme a ninguna fórmula matemática para la cuantificación de daños como el de autos, pues, más allá que sea de práctica en algunos Tribunales, entre otros argumentos que no vienen al caso mencionar en estos autos (ya que no es el

núcleo de la discusión central del agravio), ninguna norma legal me obliga a ello (cfr. mi voto en "C." cit, de esta Cámara)

Analizados los antecedentes de autos, en orden a: a) la edad del actor (26 años de edad al momento del hecho: ver fs. 95), b) su categoría de oficial carpintero especializado, c) su incapacidad física (38,72%), d) sus lesiones en mano izquierda con amputación traumática a nivel de la base de la 2ª falange del pulgar con muñón térmico a tensión doloroso al tacto y presión y fractura expuesta intra articular de la base de la 2ª falange del índice con secuelas , con severa limitación funcional y desviación al valgo de 20° por atrosis inter falángica proximal y limitación funcional de la articulación inter falángica distal y limitación severa en la capacidad de prehensión, arribo al resultado propuesto por la Dra. de Villafañe, en orden a una indemnización, que estimo justa y equitativa fijar en $ 150.000 (art. 167, 3ª parte, del CPCC).

Digo ello así, pues la incapacidad sobreviniente debe ser apreciada computando el riesgo actual de la minusvalía económica en que la víctima queda frente a la vida. El resarcimiento debe establecerse ameritando no sólo el aspecto estrictamente laboral sino en relación con todas las actividades posibles del sujeto y el influjo que la secuela del accidente proyecte sobre la personalidad integral de quien lo sufre, siempre que de aquélla se deriven o puedan derivarse consecuencias patrimoniales perjudiciales, puesto que es ese menoscabo el que debe ser objeto de resarcimiento y no la minoración física en sí misma (cfr. "C.", voto citado; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, in re: "Allesina, Miguel Angel c. Dirección General de Fabricaciones Militares", 12/09/2002 AR/JUR/7130/2002).

Concluyo, en consecuencia, que el agravio debe ser admitido debiendo reducirse el monto, por dicho concepto, a la suma señalada.

2.3.

Se agravia el actor pues el decisorio de autos fijó el cómputo de los intereses a partir de la fecha de la consolidación del alta (04.09.08), estimando que deben calcularse desde el ilícito (27.11.07).

Esta Excma. Cámara se ha expedido en supuestos similares, señalando que los intereses aplicables a una indemnización de daños y perjuicios proveniente de un hecho ilícito, deben computarse desde el momento en el que se produjo cada perjuicio objeto de reparación, pues el responsable incurre en mora, a todos los efectos legales, desde el momento de su comisión (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "R., L. c/ P. S.A. y otra s/ Aaccidente"Expte. Nº 180/2012, 073/12 SDL, 24.10.2012; "T.", 44/12 SDL, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Mejía Torrez, Wiliwaldo c. Estado Nacional y otro", 26/02/2009, La Ley Online, AR/JUR/895/2009).

Consecuentemente, atento la naturaleza del reclamo, no advierto razón para que se apliquen intereses desde la fecha de la "consolidación del daño", tal como lo establece el decisorio de la otra Instancia. Deberá revocarse este aspecto del pronunciamiento, disponiéndose la aplicación de los intereses desde la fecha del infortunio (27.11.07) hasta el efectivo pago.

Debe estimarse el agravio, en este aspecto.

2.4.

Se agravia el actor pues se ha desestimado en el decisorio de la otra Instancia el pedido de inconstitucionalidad del art. 505, Cód. Civil y art. 277, LCT. En tal sentido, expresa que no soslaya las citas que el decisorio refiere a este Cuerpo, aunque ratifica su criterio en sentido contrario.

Tal como he señalado en otros precedentes de esta Cámara, es del caso memorar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el último párrafo del art. 505 del Cód. Civil -agregado por la ley 24.432- y su

correlato del art. 277, LCT, es constitucional (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Brambilla, Miguel Angel", 19/05/2009, DJ 29/07/2009 DJ 29/07/2009, 2075 Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (octubre) Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (octubre), 132, AR/JUR/14185/2009), postura que también ha sostenido esta Excma. Cámara (ver Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "C." SDL 44 /011; "L.", 86/12 SDL, 29.11.2012; SCBA, 02.10.02, "Zuccoli, Marcela c/ Sum S.A.", L. 77914;).

Por tal razón, y dejando a salvo la opinión en contrario del suscripto al respecto, siendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resulta obligatoria para los tribunales inferiores, cabe concluir que desconocerla significaría un dispendio jurisdiccional, que redundaría en definitiva en la inútil dilación del presente proceso (arg. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, "García, Jorge Abrahan c. La Holando Sudamericana Cía. Seguros S.A. y otro", 29/10/2010, La Ley Online, AR/JUR/69919/2010) (Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "T.", 44/12, del 05.06.2012). Por tales razones, soy partidario de desestimar esta parcela de la queja del actor.

4.

Con respecto a las costas de la Instancia anterior (art. 282, del CPCC), coincido con el voto precedente en que la modificación del fallo no altera la calidad de vencido de los codemandados, por lo que no existe razón para modificar las costas impuestas en la otra Instancia y los honorarios regulados en ella, con excepción de la de los letrados de la parte actora, que serán analizados más adelante.

5.

Con relación a las costas de esta Instancia, deben ser impuestas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

Asimismo, en lo relativo a los recursos de la aseguradora y del actor, deben regularse los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en el 14% para cada uno de ellos de los que le correspondiere en la Instancia anterior y los de los Dres. R. L. y J. M. F. C., en el 15%, para cada uno de ellos, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si correspondiere y en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado obtenido (arts. 5, 6 y 13, ley arancelaria).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

A fs. 704 los letrados V. F., G. L. y S. L. F. han apelado por bajos, los honorarios que les fueron regulados en la sentencia de grado.

Liminarmente debe señalarse que la apelación de fs. 388 es firmado por los letrados "por la representación acreditada", cuando no se advierte agravio para el Sr. M. M. respecto de los honorarios determinados a sus letrados apoderados y que deberán ser afrontados por quienes han sido condenadas en costas.

Sabido es que la regulación de honorarios tiene por efecto apreciar la actividad profesional y traducirla en una suma de dinero cuando finaliza el proceso o cuando las etapas procesales lo admitan. A esos fines deben clasificarse objetivamente los trabajos profesionales sobre las pautas mensurativas que brinda la ley arancelaria, entre ellas, el monto del proceso, la naturaleza y complejidad del asunto, el resultado obtenido y su relación con la gestión profesional, entre otras.

Desde esa perspectiva y dentro de la escala propuesta por el art. 6 estimo que los honorarios en conjunto de la representación letrada de la parte

actora reflejan la importancia y extensión de los trabajos cumplidos, lo que incluye la respuesta a la defensa de fondo propuesta por P. ART S.A. de fs. 240, por lo que he de proponer al Acuerdo su confirmación.

Voto a la cuestión por la **AFIRMATIVA.**

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Habiendo interpuesto, los letrados de la parte actora, recurso de apelación de sus honorarios por bajos, y teniendo en cuenta la extensión, mérito, calidad y resultado obtenido en el presente pleito, estimo que deben ser confirmados los practicados en al Instancia anterior (arts. 5, 6, 7, 38, 46 y cc., ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA CUARTA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Por las razones expuestas, y de compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación de C. S.R.L. Imponer las costas al apelante (art. 69 CPCC) Sin regular honorarios al Ab. N. E. por resultar ineficaz sus tareas en la Alzada y regulando los honorarios de los letrados V. A. F. y S. F. en el 13,5% para cada uno de ellos de los que resulten determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 ley arancelaria)

2) CONFIRMAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 374/381, modificándolo en cuanto al monto de condena por daño material que

prospera por la suma de $ 150.000 (Pesos ciento cincuenta mil) con más sus intereses; en que la obligación impuesta a los codemandados C. S.R.L. y P. ART S.A. en orden al monto de condena, es concurrente y que los intereses allí fijados, deberán computarse desde el 18 de enero de 2008 y hasta su efectivo pago.

3) IMPONER las costas de la presente Instancia, en el orden causado (art. 72, del CPCC).

4) REGULAR los honorarios, por su actuación en la presente Instancia, de los letrados de la parte actora, V. A. F. y S. L. F. en el 14 %, para cada uno de ellos, los de los Abs. R. L. y J. M. F. C. en el 15 % a cada uno, en todos los casos sobre los que resulten determinados para la instancia anterior más el IVA si correspondiere y considerando, de corresponder, los mínimos legales previstos en la ley arancelaria (art. 5, 6, 7 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5) CONFIRMAR los honorarios -regulados por su actuación en la instancia de grado a favor de los letrados de la parte actora, Abs. V. A. F., G. L. y S. L. F.

6) DE FORMA.

Así lo voto.

A LA CUARTA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2013.

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

S E N T E N C I A

1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación de C. S.R.L. Imponer las costas al apelante (art. 69 CPCC) Sin regular honorarios al Ab. N. E. por resultar ineficaz sus tareas en la Alzada y regulando los honorarios de los letrados V. A. F. y S. F. en el 13,5% para cada uno de ellos de los que resulten determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 ley arancelaria)

2) CONFIRMAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 374/381, modificándolo en cuanto al monto de condena por daño material que prospera por la suma de $ 150.000 (Pesos ciento cincuenta mil) con más sus intereses; en que la obligación impuesta a los codemandados C. S.R.L. y P. ART S.A. en orden al monto de condena, es concurrente y que los intereses allí fijados, deberán computarse desde el 18 de enero de 2008 y hasta su efectivo pago.

3) IMPONER las costas de la presente Instancia, en el orden causado (art. 72, del CPCC).

4) REGULAR los honorarios, por su actuación en la presente Instancia, de los letrados de la parte actora, V. A. F. y S. L. F. en el 14 %, para cada uno de ellos, los de los Abs. R. L. y J. M. F. C. en el 15 % a cada uno, en todos los casos sobre los que resulten determinados para la instancia anterior más el IVA si correspondiere y considerando, de corresponder, los mínimos legales previstos en la ley arancelaria (art. 5, 6, 7 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5) CONFIRMAR los honorarios -regulados por su actuación en la instancia de grado a favor de los letrados de la parte actora, Abs. V. A. F., G. L. y S. L. F.

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.