En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año 2014, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., J. G. c/ P.A. S.A. s/ ACCIDENTE "(Expte. Nº 311/ 2013)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 508/09) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?, **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 325.

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

1.

La sentencia de primera instancia luego de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1, 22 y 46 ap. I de la Ley 24.557, admitió la demanda interpuesta por J. G. M. y condenó a P. A.S.A., a abonarle la suma de $ 18.480,46 por prestaciones dinerarias derivadas de las secuelas del accidente de trabajo las que liquida conforme la fórmula estipulada en el art. 14 apartado 2 inc. a) de la Ley 24.557 y la suma de $25.000 en concepto de daños y perjuicios. En ambos casos con más los intereses que determina. Impuso las costas y reguló honorarios a los letrados y perito contador que intervinieron en la presenta causa.

Para resolver la cuestión, declaró en primer término la inconstitucionalidad de las normas citadas y que con ello quedaba habilitada, en base a la incapacidad del trabajador determinada por el perito oficial a fs. 242/243, a fijar la prestación dineraria por incapacidad permanente parcial y definitiva

del 8 %. Consideró el régimen aplicable al momento de los hechos (Abril de 2007) en su art.14 ap. 2 inc. a) resolvió que al trabajador le correspondía una indemnización equivalente a un pago único y sin tope, de la suma de $ 18.480,46 y se expidió respecto del cálculo de intereses.

Luego, puesta a resolver la responsabilidad civil de la ART como sujeto pasivo de la obligación de brindar atención médica, encuadró a la cuestión en el marco del art.1074 del CC. Dijo que la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro la que en el caso sería la omisión en el cumplimiento de los deberes a cargo impuestas por la LRT. Alude al caso Torrillo de la CSJN. Discurrió luego sobre las obligaciones de la ART.

Señaló que la parte actora solicitó a la reparación en los términos de la LRT, se adicione el pago de una suma de dinero estimada por los daños y perjuicios sufridos por el trabajador durante el abandono de la ART desde el accidente hasta su rehabilitación. Anuncia que contemplará la reparación del accidentado en razón del alta prematura e infundada y la no atención médica que la ART debió brindarle: valora que medió incumplimiento de la ART a sus obligaciones legales con fundamento en el art. 26.7 ap. 3 por falta de atención médica siendo la responsabilidad contractual y directa, que la ART nunca cumplió con las indicaciones de la CM 19 (infiltración, kinesiología y posterior operación que nunca realizaron y que a la fecha necesita) y que continua utilizando faja lumbar e ingesta de antiinflamatorios gastos que asume personalmente. Fija el rubro en $ 25.000.

La sentencia fue apelada a fs.299 y los agravios se agregaron a fs.301/303 y replicados a fs. 305/308.

2.

<u>Los agravios de la demandada.</u>

La queja de P. A. S.A. gira en torno a la condena de una suma de dinero en concepto de daños y perjuicios (superior a la requerida), admitiendo el argumento de la actora referido al padecimiento originado en el incumplimiento de su mandante a las indicaciones de la CM 19.

Dice que el actor no concretó el daño que le habría provocado el incumplimiento atribuido sino que tampoco produjo prueba para que pudiera así concluirse; que no existen presunciones legales de daño a partir de las omisiones que se le atribuyen a la demandada.

Señala que el daño es el requisito esencial de la acción resarcitoria y su demostración es la condición de una indemnización incumbiendo al actor probar el hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende por lo que la inexistencia de pruebe impide el acogimiento de una pretensión como la admitida. Plantea caso federal en el caso se confirme la sentencia.

3.

Tratamiento de los agravios

3.1 La parte actora demandó a la ART, mencionando en el punto II que el objeto de la demanda alcanzaba a las prestaciones reparatorias que le corresponden por la LRT.

Al tiempo de relatar de los hechos y específicamente cuando refiere al accidente ocurrido en los primeros días del mes de abril del año 2007, indicó que se diagnosticó su patología como crónica, desencadenada por el accidente por lo cual la aseguradora de su empleadora (L. C. A.) le otorgó el alta el 28 de mayo de 2007 considerando que el actor debía continuar con asistencia de su obra social. Acoto aquí que el nombre de la ART debió resultar un error involuntario de la parte.

Más adelante al tiempo de formular sus reclamaciones señaló *"Además y en forma complementaria, se demanda la reparación del daño sufrido por el accionante, por ser insuficiente e irrazonable el monto previsto por la legislación especial,*

debiendo la ART adicionar un plus por los daños y perjuicios ocasionados derivados por el abandono malicioso e infundado al actor, peses a los reiterados reclamos efectuados." Al tiempo de concretar la suma dijo que a más de las prestaciones dinerarias *" Suma ésta a la que deberá ADICIONARSE la de Pesos veinticinco mil con 0/100 (20.000,00) en concepto de daños y perjuicios padecidos por el actor durante el abandono de la ART, desde el accidente de trabajo hasta su rehabilitación e inserción laboral, ya que la ART nunca cumplió con las indicaciones de la comisión médica 19 (infiltración, kinesiología y posterior operación que nunca realizaron y que hasta el día de la fecha necesita), resultando oportuno mencionar que hasta el día de la fecha sigue utilizando faja lumbar e ingesta anti-inflamatorios tanto vía oral como inyectables, debiendo el actor costear los gastos personalmente"* (fs. 38).

3.2

En la sentencia, el reclamo de daños y perjuicios así solicitados, se lo encuadró dentro de la previsión del art. 1074 del Código Civil y se concluyó que medió incumplimiento de la ART por falta de asistencia médica.

Desde la perspectiva del incumplimiento contractual de la ART (más allá que el beneficiario de las prestaciones sea el trabajador, las obligaciones emergentes de la LRT tienen por causa fuente el contrato de seguro), las consecuencias dañosas, se rigen por el derecho común (arg. arts. 519 a 522 del Cód. Civil).

Por su lado el resarcimiento en materia de incumplimiento de contratos, es de interpretación restrictiva y limitativa y no basta con la sola invocación para su procedencia, sino que aquel que lo alega tiene a su exclusivo cargo la prueba concreta de su existencia y la relación directa de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor

La sentencia de grado tuvo por acreditado el deficiente cumplimiento por parte de la ART de sus obligaciones legales, específicamente el art. 26 ap c y

su relación con el art. 20 ap. 1, 26.7 señalando que las prestaciones se deben otorgar a los damnificados hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes. Con esa fundamentación admitió el reclamo de daños y perjuicios sin indicar por cierto, si lo afectado era la órbita patrimonial o extrapatrimonial del actor.

3.3

Como primera aproximación al tema en análisis, cabe afirmar que debe distinguirse claramente entre la acción antijurídica y el daño que eventualmente es su consecuencia; la convicción sobre la primera no apareja un juicio positivo sobre el segundo.

El daño como elemento del acto ilícito, es decir en relación a la responsabilidad civil, significa el menoscabo que se experimente en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor, a las afecciones legítimas (daño moral).

Comparto el criterio del apelante que no es factible imponer una sanción resarcitoria donde no hay daño que reparar. "… no hay responsabilidad jurídica (civil) si no hay daño. Y es por ello que el art. 1067 del Cód. Civil enfatiza: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar" (Zannoni "El daño en la responsabilidad civil" pág.2/3)

La carga probatoria sobre el daño debe satisfacerse en concreto y no de un modo vago, genérico e impreciso. En efecto, constituye una directiva esencial que el responsable debe resarcir todo y sólo el daño causado de modo que interesa cuál y cómo es el daño, y no únicamente si es.

En otros términos, el resarcimiento del daño supone que se conozca que existe, pero también como existe, ya que el ser no puede ser divorciado de su sustancia. Como lo dice Bustamante Alsina: "La prueba de la existencia

del daño consiste en la determinación ontológica del perjuicio, o sea cual es su esencia, y cuál es su entidad. ("Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

La responsabilidad civil no puede declararse en el vacío, y éste se presenta no sólo en ausencia del daño sino también cuando se carece de sustento para identificar su contenido específico.

Lo expuesto implica que por imperativo procesal el actor debe probar "sus" daños y no, simplemente, haber sido víctima de "alguna" abstracta situación perjudicial. Opera el principio de evaluación en concreto o de individualización del daño que, como es lógico, gobierna no sólo la determinación de su existencia sino también la de su composición y valor económico". (Matilde Zavala de González, "Doctrina Judicial. Solución de Casos. 1". Alveroni, Ediciones; Córdoba, 1998, págs.231/2).

En este sentido cabe destacar que, dentro del régimen dispositivo de nuestra ley adjetiva, la formación del material de conocimiento en el proceso constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del Juez desde que no puede en su sentencia referirse a otros hechos que a los alegados por aquéllas.

Así, de la actividad de las partes depende que sus pretensiones sean admitidas o rechazadas, de modo que, junto a la carga de la afirmación de los hechos, tienen la carga de la prueba de los mismos, cuando no fueren reconocidos o no se trate de hechos notorios. Desde que el juzgador no puede fundar su sentencia en hechos que no hayan sido probados, la prueba resulta para las partes nada más ni nada menos que una condición para sus pretensiones.

Siguiendo el principio según el cual *onus probandi incumbit actoris*, cabe afirmar sin más que a la actora incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende y como lo expone el apelante ninguna certeza se tiene, en autos, sobre la existencia del daño admitido.

3.4

Para avanzar en el agravio y cotejarlo con las conclusiones de la sentencia necesariamente debo señalar, que luego de una lectura atenta y detenida del dictamen de la CM 19 de fecha 3 de diciembre de 2007 agregado en autos a fs. 22/25 y a fs. 272/277, no he logrado dar con las indicaciones de infiltraciones, kinesiología y menos aún la de una intervención quirúrgica nunca realizada y que señala la parte actora debió cumplir la ART. Expresamente en el acápite dirigido a consignar "Prestaciones en especie" se consignó: NO SE INDICAN.

Por ello tampoco se advierte cuáles son las prestaciones que a criterio de la señora jueza, la ART demandada incumplió, cuál es el fundamento en que se pudo sostener el alta prematura y consecuentemente, la no atención médica que se le reprocha a la A.

La indefinición de la sentencia en cuanto a cuál bien (personal, patrimonial, moral) del que se reputa damnificado al actor se ha visto lesionado, me exige analizar la prueba reunida para justificar o no el resarcimiento admitido.

En esa tarea no hay certeza de daño patrimonial alguno. Esto es, no existe prueba de algún menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio entendiendo a éste como una universalidad constituida por el conjunto de bienes de una persona (art 2312 CC). Si el daño reconocido se refiere a que el actor alegó que costeó personalmente antiinflamatorios tanto vía oral como inyectables, no hay prueba ni que los mismos fueran necesarios ni menos que hubiera afrontado el gasto.

Si lo que se entendió probado es la lesión o menoscabo de intereses extrapatrimoniales "durante el abandono de la ART, desde el accidente hasta su rehabilitación" (fs. 38), repetiré que no se acreditó en autos indicación de las prestaciones en especie que debiera otorgar la ART ni que

hubiera falta de atención médica reprochable pues como ya he señalado, la CM 19 no indicó que aquéllas debieran prestarse, dejando sin sustento fáctico la condena a la demandada por su omisión en el cumplimiento de las obligaciones específicas y determinadas que le correspondía a la ART y que le impone la Ley de Riesgos de Trabajo.

Al no existir incumplimiento no puede presumirse el abandono y no alcanza por cierto su propia invocación.

Agregaré a mayor abundamiento, que la condena a la reparación del daño moral ocasionado en razón del incumplimiento contractual es facultativa del juez, según las circunstancias del caso y a diferencia de lo que ocurre en materia de actos y hechos ilícitos (art. 1078), se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica. De modo tal que no bastaría, con demostrar la existencia de los incumplimientos contractuales para tener por acreditado el daño moral, sino que resulta necesario acreditar, los perjuicios a su capacidad subjetiva entendiendo en ella la afectación a su esfera afectiva, intelectual o volitiva. El daño jurídicamente relevante, importa la verificación de un daño efectivo y real, vinculado causalmente con los referidos incumplimientos.

3.5

Concluyo en que existe ausencia total de prueba respecto del daño demandado lo que se convierte en una valla infranqueable para admitir su reconocimiento, por lo que la queja de la demandada es procedente.

Como consecuencia de ello, he de proponer al Acuerdo se revoque la sentencia de grado en cuanto al monto de condena de Pesos veinticinco mil ($ 25.000) reconocido para daños y perjuicios en función de la responsabilidad civil de la ART como sujeto pasivo de la obligación de brindar asistencia médica.

4.

Las costas

a) Las costas de la primera instancia

El resultado que propicio amerita ajustar las costas de la primera instancia (art. 282 del CPCC) para distribuirlas en mérito al vencimiento parcial y mutuo en el 60 % a la demandada y en un 40 % a la parte actora. (art. 72 del CPCC)

Tengo en cuenta para ello que *"Cuando la demanda incluye varias pretensiones o rubros, la imposición de costas debe efectuarse en función al vencimiento de las partes en relación a cada una de ellas, debiendo entenderse por vencimiento del trabajador cuando su pretensión o rubro es rechazado íntegramente, siendo -por el contrario- vencedor cuando el mismo prospera aunque no fuere por el monto total pedido, puesto que, en principio, la plus petitio no genera imposición de costas ni siquiera en proporción al monto rechazado."* (Cámara Tercera Laboral Sala 1, Paraná, Entre Ríos; 04-02-1999 "Sánchez vs. Heynen s. Cobro de pesos". Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; RC J 10908/09).

La actora ha resultado vencedora en los planteos de inconstitucionalidad y en el reconocimiento de las prestaciones dinerarias derivadas del accidente de trabajo y vencida en la pretensión de daños y perjuicios.

Descartado el criterio matemático en la distribución de las costas y atendiendo la pauta que brinda el art. 72 del CPCC, entiendo que el modo en que se propone se impongan las aquéllas, refleja equitativa y prudencialmente lo acontecido en la litis y su resultado.

En cuanto a los honorarios de los letrados que han intervenido en la causa, los mismos deben readecuarse al resultado obtenido. Por lo que en mérito de ello, calidad y extensión de la actividad profesionales los honorarios de los letrados de la actora, G. C. Q. y J. G. A.

Estimo propongo se fijen en el 17%, en conjunto y proporción de ley, los del letrado de la demandada L. Á. N. en el 17 %. En cuanto a los honorarios del perito contador R. C., no existe mérito para modificar los estipulados en la sentencia de grado. La base regulatoria será la que surja del proceso, sin perjuicio de los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si así correspondiera. (art. 5, 6 bis, 7, 9 39 y 60 de la ley arancelaria.

b) <u>Las costas en la Alzada:</u>

El resultado del recurso autoriza a imponer las costas a la actora vencida (art 69. del CPCC).

Los honorarios de los profesionales que han intervenido en esta sede, considerando mérito, extensión y resultado obtenido y sobre la base de los que resulten en la instancia de grado, se proponen en un 30% para el letrado L. Á. N. y un 25 % para la letrada G. C. Q.

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

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – <u>Antecedentes – Sentencia – Agravios</u>

En el voto precedente la Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la recurrente, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso concedido a la agraviada.

2 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>

Se dice en el escrito inicial (fs. 37 vta.), que *"…se demanda la reparación del daño sufrido por el accionante, por ser insuficiente e irrazonable el monto prevista por la legislación especial, debiendo la ART demandada adicionar un plus por los daños y perjuicios ocasionados derivados por el abandono malicioso e infundado al actor, pese a los reiterados reclamos efectuados…"*. Más adelante y luego del cálculo de la suma liquidada conforme la LRT, se peticiona la suma de *"…PESOS VEINTICINCO MIL CON 0/100 ($ 20.000) en concepto de daños y perjuicios padecidos por el actor durante el abandono de la ART, desde el accidente de trabajo hasta su rehabilitación e inserción laboral, ya que la ART nunca cumplió con las indicaciones de la comisión médica 19 (infiltración, kinesiología y posterior operación que nunca realizaron y que hasta el día de la fecha necesita)…"* (fs. 38).

La demandada se agravia en virtud de que la sentencia ha admitido el reclamo condenándola a indemnizar este daño cuando el mismo no ha sido acreditado en autos, lo cual contraría todos los principios y normas sustanciales en que se apoya la responsabilidad por daños.

Al tratar este reclamo, la Sra. Magistrada de la anterior instancia comenzó diciendo: *"…A los fines de considerar que la compañía aseguradora de riesgos del trabajo debe responder civilmente, es menester que quien pretenda tal extensión alegue y pruebe un nexo de causalidad adecuada basada en el incumplimiento de un deber legal y que de ello se derive la producción de un daño que se pretende resarcir (art. 901 y 1074 del Código Civil)…"* (fs. 294). Esto es claro: quien pretenda ser indemnizado debe alegar y acreditar la relación causal entre el incumplimiento de un deber legal y el daño que el mismo haya producido.

En el análisis que hace la a quo sobre este reclamo dejó sentado que el enfoque debe hacerse *"…sobre aquellos daños ocurridos con posterioridad al accidente…"* (fs. 295). Refiere más adelante que *"…Hubo falta de asistencia médica, siendo la responsabilidad de la ART contractual y directa…"* (fs. 295 vta.) y finalmente tuvo en cuenta el reclamo basado en los dichos del reclamante

al demandar en el sentido de que la ART nunca cumplió con las indicaciones de la Comisión Médica 19: infiltración, kinesiología y posterior operación que nunca realizaron y que hasta la fecha necesita el actor.

Anticipo que tengo a la vista el dictamen de la Comisión Médica N° 19 (fs. 274/278) y del mismo no surgen indicaciones impartidas por la misma. Por lo tanto, no comprendo el fundamento de la petición indemnizatoria por incumplimiento de tales indicaciones, lo cual está volcado no solo en la demanda sino también en la sentencia de la a quo, cuando las mismas no existen. Es imposible incumplir una obligación inexistente.

Adelanto que surge de los presentes actuados que en modo alguno se ha cumplido la premisa que he transcripto precedentemente de la sentencia y que obra a fs. 294. Es de advertir que la a quo accede a la pretensión, estimando razonable la suma de $ 25.000.- reclamada en la demanda por el concepto en tratamiento, pero en ningún momento ha dicho en qué prueba/s se ha basado para su admisión. O sea, nos encontramos ante la procedencia de la indemnización de un daño por responsabilidad contractual sin que el damnificado haya demostrado la existencia del "daño". La cuestión es simple, pero grave en perjuicio de la demandada.

Por otra parte, resulta evidente la contradicción que surge de la misma decisión de la a quo dado que al comenzar el tratamiento del reclamo deja sentado la necesidad de acreditar la "relación causal" y el "daño" y en la conclusión admite la indemnización sin que esos dos valiosos elementos de la responsabilidad civil hayan sido acreditados por el actor.

El daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir o de la responsabilidad jurídica. Pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa u otro factor de atribución objetiva, mediando, además, una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable y el daño.

Entre los requisitos esenciales del daño es que el mismo debe ser *cierto.* La certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto. La doctrina y la jurisprudencia traducen este requisito como *efectividad* del daño: el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético (conf. CNCom, Sala B, 11/6/79, ED 85-172; íd., íd., 14/12/76, ED 74-205; CNCiv, Sala D, 30/3/79, ED 83-473; íd., íd., Sala C, 15/9/77, ED 78-268; íd., Sala A, 18/11/57, LL 90-484). La certidumbre, aunque parezca una verdad de perogrullo, surge de la constatación fáctica del daño en relación con el hecho que lo causó (conf. ZANNONI, E.A., "El daño en la responsabilidad civil", pág.25).

El daño es esencial extremo constitutivo de la acción resarcitoria, por lo que su demostración incumbe al actor.

Dentro de tal perspectiva, se ha señalado que "el daño no existe en el mundo del derecho sino cuando la sentencia acredita su existencia" (conf. VELEZ MARICONDE, "*Acción Resarcitoria*", pág. 36), y que "la deficiencia o no probanza del daño gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria" (conf. TANZI, *"Prueba del daño: relevancia de su acreditación",* LL 1992-A-318).

Es que el derecho de daños debe desenvolverse con una visión realista, en su plataforma sustancial y en su realización procesal. Así pues, no procede condenar a resarcir un daño inexistente ni meramente posible, aunque tampoco sea exigible una seguridad completa sobre su producción. Lo primero entronizaría un enriquecimiento sin causa; lo segundo dejaría sin tutela indemnizatoria perjuicios suficientemente ciertos dentro de una orientación de probabilidad y verosimilitud (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Resarcimiento de Daños" N° 3*, pág.177).

La exigencia de prueba del daño ha sido reiteradamente enfatizada por la jurisprudencia: *"Todo daño debe ser probado por quien lo alega; es éste un requisito esencial para obtener una condena indemnizatoria, pues un daño*

improbado no existe para el derecho" (CNCom., Sala C, 30/09/91, LL, 1992-A-44). *"El daño es un presupuesto de la responsabilidad civil, de modo que es irrelevante la existencia material del perjuicio si no se lo comprueba apropiadamente, pues un daño no probado no existe para el derecho; tan es así que, faltando la indispensable acreditación del daño, no puede suplirse la prueba de su entidad por la prudente estimación judicial*" (CNCom., Sala A, 15/03/90, LL, 1992-A-314).

Debe por lo tanto quedar en claro, admitiendo la razonabilidad del agravio bajo análisis, que el daño es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente, porque los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles; consecuencia de ello es que para el derecho la prueba del daño es esencial, puesto que no demostrado carece de existencia y dicha carga incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor. Ello es así porque la prueba del daño a cargo del damnificado se funda en que la indemnización no debe importar un lucro para quien la recibe y no puede acordarse sobre la base de simples conjeturas.

Con frecuencia, los abogados invocan el principio de "reparación integral" como morigerador de la carga probatoria del daño. Pero este principio sólo tiene operatividad lógica para el daño *probado* por el actor. En otros términos, la exigencia de plenitud resarcitoria no libera sino que, antes bien, requiere la necesidad de poner de relieve cuál es el daño, como presupuesto de la consecuencia jurídica indemnizatoria. El daño debe ser acreditado no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites. Ello es así porque debe indemnizarse el daño causado, *todo* ese daño y *sólo* él. La indemnización no debe pecar *por defecto* (lo que empañaría la exigencia de plenitud que debe revestir), ni *por exceso* (porque, en la medida de éste, se configuraría un enriquecimiento injustificado en beneficio del actor) (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág.178).

La sentencia ha hecho lugar a la indemnización de este rubro existiendo una carencia de prueba suficiente de parte del reclamante y de allí que no comparta la decisión de la a quo, proponiendo sea revocada por esta Alzada.

Adviértase que la parte actora no ha aportado ninguna prueba al proceso ni elementos de juicio suficientes que permitan acreditar la existencia del daño cuya reparación pretende, existiendo en la causa una insuficiencia probatoria al respecto, cuya omisión gravita en perjuicio del reclamante (arg. art. 381 CPCC).

Por lo expuesto y compartiendo los fundamentos expresados en su voto precedente por la Dra. de Villafañe, voto para que se admita el agravio en tratamiento, revocándose la condena a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios reclamados por la parte actora (responsabilidad civil de la ART).

3 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

Habiendo propuesto la revocación parcial de la sentencia en crisis, es procedente realizar la adecuación de costas y honorarios de la primera instancia que prescribe la norma del art. 282 del CPCC. En consecuencia -y compartiendo la decisión de la Sra. Jueza de Villafañe- considero procedente imponerlas en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (arg. art. 72 CPCC), ello debido a que han existido vencimientos parciales y mutuos, quedando sin efecto las regulaciones de honorarios practicados en la sentencia en crisis y regulándoselos en la forma en que lo practica la Sra. Jueza de Villafañe en virtud de ajustarse a los términos de la Ley Arancelaria.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Coincido también con la Sra. Jueza prevotante en que las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte actora (arts. 57 Ley del Fuero y 69 CPCC).

En la misma línea de ideas, coincido en que las regulaciones de honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada deben ser fijados en el modo en que lo realiza la Sra. Jueza de Villafañe.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

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

De compartir los Sres. Magistrados el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) REVOCAR la sentencia de fs.287/296 en lo que ha sido materia de agravio y consecuentemente con ello rechazar la demanda por daños y perjuicios incoada por J. G. M. contra P. A. S.A.

2) READECUAR la imposición de costas y honorarios establecidos a favor de los letrados que intervinieron en la causa. (Art. 282 del CPCC), **sin modificar** los honorarios del perito contador Cr. R. A. C.

3) IMPONER las costas de la primera instancia en un 60% a la parte demandada y en un 40 % a la parte actora. **REGULAR** los honorarios de los letrados G. C. Q. y J. G. A. en el 17%, en conjunto y proporción de ley y los del letrado de la demandada L. Á. N. en el 17 %. Los porcentajes establecidos serán determinados sobre el monto del proceso que resulte, sin perjuicio de los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si así correspondiera. (art. 5, 6 bis, 7, 9 38 y 60 de la ley arancelaria).

4) IMPONER las costas de la segunda instancia a la actora vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. L. Á. N. en el 30 % y los de la Ab. G. C. Q. en el 25 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicios de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (art 5, 7 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod.)

5) DE FORMA.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis VIVAS 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 2014.

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) REVOCAR la sentencia de fs.287/296 en lo que ha sido materia de agravio y consecuentemente con ello rechazar la demanda por daños y perjuicios incoada por J. G. M. contra P. A. S.A.

2) READECUAR la imposición de costas y honorarios establecidos a favor de los letrados que intervinieron en la causa. (Art. 282 del CPCC), **sin modificar** los honorarios del perito contador Cr. R. A. C.

3) IMPONER las costas de la primera instancia en un 60% a la parte demandada y en un 40 % a la parte actora. **REGULAR** los honorarios de los letrados G. C. Q. y J. G. A. en el 17%, en conjunto y proporción de ley y los del letrado de la demandada L. Á. N. en el 17 %. Los porcentajes establecidos serán determinados sobre el monto del proceso que resulte, sin perjuicio de los mínimos legales, debiendo adicionarse el IVA si así correspondiera. (art. 5, 6 bis, 7, 9 38 y 60 de la ley arancelaria).

4) IMPONER las costas de la segunda instancia a la actora vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. L. Á. N. en el 30 % y los de la Ab. G. C. Q. en el 25 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicios de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (art 5, 7 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod.)

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDL. CONSTE.