En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y 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: **"D., T. A. c/ C. P. M. LTDA y otra s/ ACCIDENTE" (Expte. N° 123 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 198/2009) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Es justa la sentencia dictada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 441.

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

1.

La sentencia de primera se expidió en primer término declarando la inconstitucionalidad de los artículos 39 1er y 2° párrafos, 14 inc. 2° b), 21, 22, 46 y conc. de la LRT. Luego admitió la demanda incoada por el Sr. T. A. D. y condenó en forma concurrente a C. P. M. LTDA y a P. ART S.A. a abonarle dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de pesos sesenta y seis mil ($ 66.000) 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 del accidente (29/03/2008) y hasta el efectivo pago. Impuso las costas en forma concurrente a las codemandadas y reguló los honorarios de letrados y consultores técnicos médicos.

Para así resolver y luego de declarar las inconstitucionalidades de la LRT a las que ya he referido, abordó el reclamo por el accidente de trabajo a la empleadora.

Así , sobre la base del abandono de esa parte de su defensa y no mediando prueba en contrario, tuvo por reconocidos los hechos expuestos en la demanda respecto a la relación de trabajo en dependencia y a las que fundamentan el reclamo: tareas cumplidas, la existencia y descripción del accidente -no solo por la falta de contradicción, sino por la denuncia a la ART-; acreditó la relación causal con el testimonio de R. teniendo probado que para el cumplimiento del débito laboral el actor debió para estibar, armar una peligrosa escalera con cajones, ya que no se les proporcionó una escalera para el acceso, en un lugar con mucho hielo, sin que se probara que D. incurrió en negligencia o imprudencia determinante en el acaecimiento del infortunio.

Agregó que el procedimiento debe calificarse de riesgoso y apto para provocar el hecho traumático por lo que entiende que el accidente guarda relación de causalidad directa con factores subjetivos y objetivos de responsabilidad atribuibles a la demandada C. P. M. Ltda. y la hace responsable en los términos del art. 1109 y 1113 del CC de las consecuencias dañosas del accidente.

En cuanto a la ART, alude al precedente de la CSJN “Torrillo” y a los fallos “C.” y “C.” del STJCH. Puesta a evaluar si en el caso la ART cumplió o no con todas sus obligaciones legales, valoró la prueba documental agregada por la ART, las declaraciones testimoniales de C. R. y G. y concluyó que dadas las características de las tareas realizadas por el actor, no se había acreditado que la ART hubiera indicado mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo sobretodo capacitándolo en cuanto al tránsito sobre superficies resbalosas y de las condiciones evidentemente riesgosas en las

que el actor cumplía sus tareas, por lo que condena a la ART en los términos del art. 1074 del CC.

Ingresa luego al reclamo resarcitorio y sobre la base de la pericial médica agregada a fs. 392/394 que determina una incapacidad del 6,5% admite una indemnización de $ 55.000 con intereses desde la fecha del accidente. Por su lado admite la reparación del daño moral en la suma de $ 10.000 y desestima el rubro pérdida de chance.

La sentencia es apelada a fs.414 por P. ART S.A., sus agravios se agregaron a fs. 417/423 y fueron contestados por la actora a fs. 425/431.

A fs. 416 apeló la Cooperativa de Trabajo Provisión de Servicios de E. P. M. Ltda. Concedido el recurso a fs. 424, a fs. 433 se tuvo por extemporánea la presentación de la parte y se decretó la deserción del recurso.

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

La recurrente estructura su queja en los siguientes agravios:

a) Se agravia que en la sentencia se considera que ninguna de las partes intervinientes negó la mecánica del hecho, cuando surge de su contestación de demanda la expresa y enfática negativa de su parte para lo cual transcribe sus dichos. Que la falta de consideración de su respuesta, tiene consecuencias sobre el resto del pronunciamiento.

b) La segunda queja refiere a que se considere que la rebeldía de la codemandada produce efectos respecto de la ART y con ello se han tenido por reconocidos los extremos fácticos de la relación laboral, tareas asignadas, existencia y descripción del accidente, no solo por la falta de contradictorio sino por la denuncia a la ART.

Señala que entre la denuncia a la ART, la descripción del hecho en la demanda y la mecánica que considera el juez, no hay relación de identidad entre sí.

Alude a la existencia de un litisconsorcio pasivo facultativo y que la rebeldía y por ende el reconocimiento ficto de los hechos expuestos en la demanda, solo puede oponerse a la codemandada pero no a su parte.

De allí que lo agravie que se tenga a su parte por reconocido el hecho; que es falso que R. ratifique la mecánica del hecho, que sus dichos refieren a circunstancias distintas a las descriptas en la demanda y que en la denuncia a la ART, se describió a una caída golpes en codo y cadera, sin aportar otro dato.

c) En el tercer agravio refiere que en la sentencia se incurre en incongruencia.

Para ello dice que la jueza al fallar ha variado los datos de hecho aportados por la demandante y que tampoco puede argumentarse que se trata de la misma situación fáctica que dio lugar a la indemnización en el marco de la LRT y dónde no se requiere demostrar omisión o negligencia de la ART. En el marco del sistema de la LRT, se abonaron las sumas correspondientes al accidente que se denunciara, sea idéntico o no al que se describió en la denuncia.

d) Para el cuarto agravio, cuestiona que se encuentre acreditado el nexo de causalidad entre el hecho y la omisión de la ART (art. 1074 CC).

Luego de transcribir la parcela de la sentencia que lo agravia, expone respecto a la capacitación de los trabajadores que la misma está también a cargo de los empleadores, que se cumplió con la capacitación en materia de seguridad e higiene tanto por la ART como por Prefectura y Administración de Puertos; que no se argumentó la falta de elementos apropiados para el desempeño de la labor de estibador.

e) En el quinto agravio cuestiona que no se haya ordenado descontar de la indemnización que se ordena pagar la suma percibida por el actor de $ 15.280,48 con más sus intereses.

f) El sexto agravio procura la disminución del monto de indemnización para el caso que se considere que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

Señala que la suma ha sido fijada sobre la base de generalidades, que no se han demostrado las implicancias del grado de incapacidad para el desempeño laboral futuro; que se tomó la edad de 22 años de la víctima cuando está reconocido que al tiempo del accidente contaba con 38 años.

Coteja la suma de condena con las indemnizaciones que reconoce la ART o la que resulta de otros cálculos actuariales para evidenciar la diferencia que surge de los cálculos con base objetiva de la que emana solamente de la voluntad del juzgador.

g) En el séptimo agravio, considera elevado la suma dispuesta para resarcir el daño moral. Señala que la parte actora no demostró ninguno de los extremos que el juzgador considera de por sí acreditados; refiere precedentes de esta Cámara para evidenciar la demasía del monto fijado.

Como corolario de su memorial señala como concepto genérico y sobre todo en lo que refiere a los montos, que tratándose de fundamentos mayormente dogmáticos y contener afirmaciones que no se explican, no puede pedirse al apelante que exprese agravios normalmente, cuando padece el problema de no saber concretamente que debe cuestionar.

3. <u>Tratamiento de los agravios.</u>

Por una cuestión de método expositivo ingresaré al tratamiento de las quejas en orden distinto al que propone el apelante.

3.1. La primera cuestión a tratar será los efectos que la incontestación de la demanda (fs. 140) y confesión ficta (fs. 261) de C. P. M. Ltda. tienen en la situación procesal de P. ART S.A..

Señaló la Sra. Jueza de Refuerzo que la rebeldía de la codemandada produce efectos respecto de la ART y con ello se han tenido por reconocidos los extremos fácticos de la relación laboral, tareas asignadas, existencia y descripción del accidente, no solo por la falta de contradictorio sino por la denuncia a la ART.

Al respecto diré que tratándose de un litisconsorcio facultativo, todos los litisconsortes gozan de plena autonomía de gestión dentro de un procedimiento único y salvada la uniformidad de la decisión judicial que recaiga sobre el hecho común, la sentencia que se dicte sobre procesos acumulados podrá ser distinta respecto de los litisconsortes en orden a las diversas defensas personales que ellos hayan podido esgrimir. *"En caso de litisconsorcio facultativo -pasivo en autos-, los efectos de la incontestación de demanda -artículo 342 inciso 1º del Código Procesal Civil y Comercial, aplicable por remisión del artículo 64 del Código Procesal Laboral -, por uno de los litisconsortes, sólo se proyectan sobre los hechos que le son propios, no sobre los comunes al o los codemandados."*(BARRETO, ABEL ANTONIO Y OTROS c/ GONZALEZ, JESUS NICOLAS Y OTRO s/ COBRO DE PESOS-LABORAL. 26.05.97 Sala del Trabajo de la Cámara de Concepción del Uruguay. Base elDial.com - AT192B).

La circunstancia que el codemandado haya sido declarado confeso en los términos del art. 24 Ley XIV N°1, no produce efectos respecto de los otros litisconsortes y vale señalar que la norma del procedimiento laboral expresa claramente que *"será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o en la contestación, salvo prueba en contrario".*

En definitiva, tratándose de un litisconsorcio facultativo como el de autos, la situación del codemandado C. P. M. Ltda., no obsta a que la valoración de la prueba y sobre la base del principio de adquisición procesal, deberá hacerse sobre el conjunto del material probatorio reunido. *"Cuando se demanda sobre la base de hechos comunes dentro de la figura procesal de*

litisconsorcio pasivo, el juez debe valorar conjuntamente las diligencias probatorias producidas por cada litisconsorte pues no cabe concebir que el convencimiento judicial acerca de la verdad de un hecho común se produzca sólo con respecto a uno o alguno de los litisconsortes. Por lo tanto si uno solo de ellos produce prueba acerca de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo que reviste carácter común, ella será suficiente para tenerlo por acreditado en relación a los restantes."(CNAT Sala I Sent. 73839 del 29/5/99 "ZORER, Christian C/ MASCIOTRA, Ricardo S/ despido" (elDial.com - AL3C1).

3.2. Dicho lo anterior, corresponde señalar que la ART en el marco de su contestación de demanda negó las tareas que dice el actor cumplía, que el ambiente del buque pesquero pueda ser caracterizado como altamente riesgoso para la actividad del estibador y/o que el actor resbalara en una de las escaleras y cayera desde tres metros de altura y que se le hubieran provocado como consecuencia fuertes traumatismos en su espalda, brazo izquierdo y pierna derecha. Esto es *"niego la ocurrencia del hecho enunciado en la demanda como generador de responsabilidad alguna*".

Luego y aportando su propia versión de los hechos, señaló que su parte recepcionó el 29 de marzo de 2008 la denuncia de siniestro padecido por el actor en esa misma fecha sin que se describiera como habría acontecido y que en mérito de aquella otorgó las prestaciones de la LRT, brindando asistencia médica, farmacológica, quirúrgica y de rehabilitación que correspondía a la patología hasta el alta médica con incapacidad del 24 de septiembre de 2008, abonando la suma de $ 15.280,67 que fue percibida el día 4 de febrero de 2009.

Desde esa perspectiva puede concluirse que la ART negó la mecánica del hecho expuesta en la demanda, pero no advierto que ello tenga el alcance que la parte procura.

Me explico.

La acción extrasistémica intentada requiere como presupuestos fácticos de procedencia, la demostración del acaecimiento del hecho que se describe como generador del daño, la instalación en el organismo del trabajador del daño denunciado y su entidad incapacitante y la verificación de la existencia de un nexo causal adecuado y jurídicamente relevante entre ambos extremos de hecho.

Por su lado, el accidente de trabajo tiene como característica, su acaecimiento súbito y violento, actuando como un agente externo sobre la víctima y causándole un daño, que ocurre por el hecho o en ocasión de encontrase la víctima prestando servicios en razón de un contrato de trabajo.

Claro es, que en el ámbito de esta acción extrasistémica, no es suficiente, que el daño alegado sea consecuencia de un hecho sufrido "por el hecho o en ocasión del trabajo", como si se tratara del régimen especial (art.6.1 LRT) y que incumbe a la parte actora, acreditar la mecánica del alegado hecho generador de responsabilidad.

A esos fines resultaba necesario, precisar -en su demanda- los presupuestos de hecho que la sustentaban (art. 45 inc. 4to Ley XIV Nº 1). La demanda debe contener la cosa demandada designada con precisión y los hechos en que se funda explicados claramente, lo que no puede considerarse como exagerado apego a fórmulas rituales si se observa que es respecto de esos hechos, que el demandado tiene la carga de reconocerlos o negarlos categóricamente, sobre ellos debe producirse la prueba y dictarse sentencia.

"En la petición efectuada en el escrito de inicio (cosa demandada) deben describirse los hechos (y las omisiones o hechos omisivos) que, previstos por las normas con efectos jurídicos, hagan operar la regulación jurídica del caso, pues no basta invocar simplemente el marco jurídico de una situación, sin explicar los hechos cuyo encuadre legal se pretende. El reclamante tiene la carga de invocar claramente los extremos fácticos en los que funda su pretensión, haciendo una exposición

circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se basa la petición judicial. La claridad en la exposición de los hechos, tiene importancia fundamental, pues pone en juego las garantías de congruencia y de defensa en juicio, ya que el demandado corre con la carga de reconocer o negar tales hechos." (D. F., R. C. y otros vs. Lotería Nacional S.E. s. Diferencias de salarios "CNAT Sala III; 23-10-2006; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab). (CAPM entre otras SDL N°67/11).

Alegó el actor en su demanda " *Que con fecha 29 /03/2008 en circunstancias en que se encontraba cumpliendo su tarea de estibaje en un buque pesquero descargándose mercadería, pallet de pescado congelado y en un ambiente caracterizado como altamente riesgoso para la actividad, ya que estaba con hielo desparramado en toda la bodega. En dicha circunstancia se produce un resbalón al desplazarse en una de las escaleras del buque pesquero, debido al hielo existente en el lugar y se cae desde tres metros aproximadamente de altura, cae en la bodega propiamente dicha, golpeándose muy fuerte en la espalda, brazo izquierdo y pierna derecha, como sectores de su cuerpo más evidente de su golpe…*"

Por su lado y en tanto forma parte de los argumentos recursivos, la denuncia del siniestro acompañada por la recurrente señala respecto de éste que el Sr. D. *"en otro centro o lugar de trabajo" cumpliendo sus áreas habituales sufre caída golpes en codo y cadera*".

Asume el apelante que R., a fs. 259, describe que había mucho hielo en el lugar pero que al responder a la quinta pregunta no ratifica la versión del actor.

Más allá que la pregunta resulta parcialmente afirmativa en su formulación, lo que no ha merecido cuestionamiento alguno, afirmó el testigo que D. sufrió un accidente en su lugar de trabajo y describió *"Estábamos saliendo de la bodega y al no haber escalera correspondiente hicimos una escalera con cajas, y había mucho hielo en el lugar. Cuando bajó Tomás se resbaló…".*

De modo tal que hecho donde se funda el reclamo, esto es la caída en altura del trabajador, en un ambiente con hielo es un dato cierto.

Cuestiona la parte que de haberse argumentado en la demanda que se había hecho una escalera con cajas, hubiera solicitado la exoneración de responsabilidad por culpa de la víctima por tratarse éste de un reclamo en el marco del derecho civil.

Comparto con la recurrente que no es dable en la sentencia, incorporar como probadas circunstancias fácticas no alegadas por las partes, pero la hipótesis que plantea no alcanza a excusarla de responsabilidad.

Considero acreditado que el actor sufrió un accidente de trabajo *"se cae de la boca de una bodega de tres metros de altura, previamente se intentaba descolgar por lo que la altura es de 1,50 mts. Cae de pie y cadera golpeando con la espalda y la rodilla derecha y codo izquierdo"* (v. fs. 98). Esta es la descripción del siniestro dentro del dictamen de la CM 19, que generó las prestaciones de la ART, por lo que la caída en altura y las consecuencias dañosas que ello ocasionó al actor quedan fuera de controversia.

Es evidente que quien cumple las tareas de la estiba (actividad propia de la cooperativa asegurada) para ascender o descender, debe hacerlo por una escalera de características seguras y resulta indiferente que la caída haya sido desde la escalera del buque o desde una escala construida con cajas a falta de la escalera correspondiente.

Y esto es así, porque en la descripción del hecho, lo que produce la caída no es la estabilidad o no de la escalera utilizada, sino que la circunstancia probada del hielo desparramado en toda la bodega es la que produce el resbalón y posterior caída del Sr. D..

En la especie ya sea que ocurriera descendiendo por uno u otro medio, lo cierto es que la empresa aseguradora no puede exculparse en un supuesto hecho de la víctima con incidencia para romper el nexo causal atribuido en la sentencia de grado.

En este sentido, resulta evidente que la conducta negligente de la aseguradora consistente en la falta de adopción de medidas preventivas adecuadas con respecto a la modalidad de la prestación de las tareas y la mecánica del trabajo cumplido, constituyó el obrar antijurídico que culminó con el accidente de trabajo de D..

La documental aportada por la recurrente y referida al control de siniestralidad o constancias de recomendaciones y su recepción por la afiliada han sido negadas en su autenticidad por la actora (fs.141) y no existe prueba en autos dirigida a recabar sobre su autenticidad, veracidad y contenido.

No acreditado que la ART hubiera cumplido con sus deberes a cargo en materia de seguridad y control, formulando recomendaciones en cuanto al modo de cumplimiento del trabajo o bien activando procedimientos preventivos tendientes a disminuir el riesgo de las tareas, mal puede argumentarse que la conducta de D. de resbalarse y caer en un ámbito donde, no cuestiona, lo regular era la presencia de hielo esparcido puede constituirse en dato fáctico que permita exonerarlo de responsabilidad.

Desde esa perspectiva, y dejando a salvo mi criterio en la cuestión, en el precedente "C." (STJCh Sent. N° 11/SRE/12) el Dr. Caneo señaló: "*…hay que terminar por verificar si la conducta esperada de la ART hubiera evitado o disminuido el daño*" y con cita doctrinaria sostuvo que "*…sin perjuicio de la existencia previa de un proceso causal que desencadena el daño, la falta de interposición del omitente para conjurarlo cuando el ordenamiento se lo impone, tiene virtualidad suficiente para considerar que hay relación causal*". Dijo también que "*un incumplimiento de la "obligación de prevenir" de la ART, con todo lo que ello implica, está íntimamente vinculada con las denominadas omisiones ilícitas. El omitente se abstiene de realizar una conducta que le es exigible por el ordenamiento jurídico. Omisión ilícita pura, vinculada con la antijuridicidad (art. 1074 CC)*"… "*no se pretende que la ART tenga que evitar todo accidente, lo que es materialmente*

imposible, se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación a sus obligaciones legales. Su deber consiste en no actuar culposamente. En concreto se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla establecida en el art. 1109 CC. Se la exime de responsabilidad si prueba que cumplió con las obligaciones que le eran exigibles y que hubieran evitado el infortunio".

Ya me he referido supra al valor de las constancias documentales presentadas por la ART y el informe de la SRT tiene valor relativo desde que la información respecto a la existencia de planes de mejoramiento refiere a una ART (La Caja) que no es la codemandada en autos.

Por cierto tampoco existen instrumentos fehacientes sobre cursos de capacitación brindados al actor y/o planes de mejoramiento vinculados a la actividad desarrollada por el reclamante.

En el precedente "C." (STJCh Sent. N° 28/SRE/2013) se dijo "*…Esta conducta silenciosa y reticente de arrimar elementos a la causa- hace operativa la presunción legal en contra de la ART (art. 392 CPCC). Es que la Aseguradora, persona jurídica especializada en 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 ley. Además, 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). Se añade a ello que la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) tampoco registra información sobre planes de mejoramiento o sobre grado de cumplimiento de los planes…*".

Encontrándose acreditado el incumplimiento de la obligación de prevenir considerada en toda su dimensión, es procedente analizar si éste tuvo incidencia en la causación del siniestro. O sea, la relación de causalidad adecuada entre la conducta omisiva de la aseguradora y el hecho dañoso padecido por la actora (conf. STJCH, in re "C.").

En el análisis “ex post facto”, estoy persuadida que los incumplimientos señalados y probados fueron la causa eficiente que contribuyó a que el hecho dañoso acaeciera. Pudo y debió tomar acciones tomar acciones positivas que, desde un criterio mínimo de razonabilidad técnica, procuraran evitar o mitigar las consecuencias nocivas a las que se encontraba expuesto el actor, esto es el desplazamiento en bodega con hielo disperso en toda la superficie, capacitando en materia de seguridad y orientada a la prevención de los riesgos propios de las tareas asignadas, capacitación que también correspondía a la Aseguradora proponer y brindar (v. voto Dr. Royer in re “C.”).

En definitiva la ART no observó las obligaciones que el sistema que la autoriza a funcionar pone a su cargo, principalmente en orden a la “eficaz” prevención de los riesgos del trabajo (conf. voto Dr. Royer in re “C.”) y deberá confirmarse la sentencia que admitió que P. ART S.A., responderá en forma concurrente con la empleadora a resarcir los daños sufridos por D., en los términos del art. 1074 del Código Civil.

3.3) En el quinto agravio cuestiona que no se haya ordenado descontar de la indemnización que se ordena pagar la suma percibida por el actor de $ 15.280,48 con más sus intereses.

La codemandada presentó a fs.102/103 un recibo que da cuenta que el Sr. D. recibió de la Aseguradora un cheque contra Banco Río N° 83649400 por $ 15.280 en concepto de prestación dineraria Ley 24.557. La firma del actor, fue certificada en la actuación notarial que la integra por la Esc. Paola Carla De Marco.

Ahora bien, no desconozco que la sola entrega de un cheque no importa el cumplimiento de la obligación ya que los cheques son títulos" pro solvendo", esto es quien entrega un cheque en pago de una deuda no se libera de ella, ni se la puede tener por cancelada, sino cuando el acreedor

obtiene la entrega o acreditación en su cuenta del importe indicado en el título.

Pero lo cierto es que la parte actora al tiempo de contestar el traslado de la documentación que obra a fs. 102/103 nada dijo al respecto.

Obviamente, la firma del Sr. D. puesta en presencia de la Escribana De Marco resta todo valor a las manifestaciones de la parte actora en su réplica al agravio , que procura introducir la duda sobre la firma obrante en el recibo del cheque referenciado.

Tampoco aludió a su contenido al contestar el traslado concedido y ello no tengo dudas lo fue porque, conforme su escrito de demanda, admitió la percepción de las prestaciones dinerarias otorgadas por la ART *"Finalmente abonan una indemnización ínfima en base a un porcentaje irrisorio para su discapacidad física y que por cierto rechaza el actor y toma a cuenta de lo que le corresponde legalmente y que se demostrará en autos en base inclusive a un salario de $ 1.719,93 menor al que le correspondía…."*.

Es por lo expuesto que corresponde admitir esta parcela del agravio y en consecuencia deberá detraerse de la suma indemnizatoria reconocida para el daño físico, la de $ 15.280,67 con más sus intereses desde la fecha de la percepción (4 de febrero de 2009) hasta la del pago de la indemnización que propongo en mi voto.

3.4) El sexto agravio procura la disminución del monto de indemnización para el caso que se considere que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

Llega firme a esta instancia que el actor porta una incapacidad del 6,5 % y la queja en concreto refiere a que las pautas utilizadas por la magistrada son generalidades pues no se han demostrado las implicancias que el grado de incapacidad tendrán en el desempeño laboral futuro.

La configuración de lo que jurídicamente se denomina "incapacidad sobreviniente" importa reconocer en la víctima una disminución en sus aptitudes físicas y psíquicas, con repercusión tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma, como lo son el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con la debida amplitud y libertad y que se proyectan sobre su personalidad integral y afectan su patrimonio, por lo que constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación de su resarcimiento y encuentra su sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Código Civil.

De allí que para establecer una suma por incapacidad sobreviniente (daño físico) no es menester acudir solo a los porcentajes de la incapacidad laborativa pues en la reparación civil, no es sólo su incidencia en la vida laboral lo único que se indemniza sino como se dijo, para la procedencia de la indemnización debe considerarse la disminución genérica de la víctima, por lo que no es crítica concreta y razonada cotejar el monto indemnizatorio con las disposiciones de la LRT que contemplan aspectos indemnizatorios distintos, ni la utilización de cálculos aritméticos ligados a la probabilidad de salarios eventuales y futuros a devengar durante la vida útil de la víctima o sujetos a parámetros estadísticos.

A los fines de fijar la indemnización correspondiente al daño materialmente sufrido deben tenerse en cuenta las circunstancias fácticas que surgen de las constancias de la causa, entre las que se encuentra el porcentaje de incapacidad estimado por el perito médico (fs. 392/394) y cierto es que no se cuenta por fuera de ella con elementos que evidencien la influencia negativa que la minoración física tiene no sólo en el campo laboral sino en todas las actividades de la víctima en su vida de relación, para lo cual debería considerarse respecto de ella su sexo, edad, estado civil, cargas de

familia, nivel socioeconómico, y todo otro dato que demuestre su situación preexistente al accidente.

La reparación integral es un principio incuestionado y con él todo el que causa un daño injusto está obligado a resarcirlo, es decir, a poner a la víctima en una situación similar a la que tenía antes que el daño se produjera. En el caso y fuera de las circunstancias de edad (38 años a la fecha del accidente y no 22 como se consigna en la sentencia), sexo y actividad laboral no se alegó y por consiguiente no existe prueba en el expediente, respecto de otras condiciones de la víctima que permitan aportar datos a considerar para mensurar la incidencia de las lesiones sufridas por el Sr. D. y eso era carga de la actora en los términos del art. 381 del CPCC.

Se desconoce todo otro dato respecto de las condiciones personales del Sr. D., quizás porque la parte sujetó su cálculo a la prueba de los guarismos necesarios para integrar la fórmula matemática que propuso para fijar el cuantum de la indemnización.

En la tarea de determinar si el monto establecido en la sentencia de grado, se compadece con el principio de reparación integral de los daños causados sobre la base de pautas o parámetros tangibles y uniformes y considerando que "*…la fijación del monto indemnizatorio es cuestión reservada a la prudencia de los jueces, quienes no están sujetos a criterios rígidos ni tarifados, y que en todo caso deben atender a las circunstancias particulares del caso a resolver, las condiciones personales de la víctima con una fijación equitativa, comprendiendo valores existentes y aptitudes futuras en un planteo que atienda las situaciones humanas comprometidas...*" (STJCh Sent. Nº 36/04 S.R.E.), voy a proponer al Acuerdo la modificación del monto reconocido para el daño físico acreditado del actor.

Atendiendo a las circunstancias fácticas que surgen de las constancias de la causa, la incidencia que la limitación funcional que porta puede afectar a

una persona joven, ya sea en su vida laboral (pues acreditado está su trabajo como estibador) ya sea en el desarrollo de sus actividades diarias y el carácter permanente de las secuelas generadas por la lesión, soy del criterio que las sumas reconocidas para indemnizar el daño físico, deben modificarse en la suma de Pesos treinta mil ($ 30.000), con más los intereses que vienen determinados en la sentencia de grado.

3.5) El tercer agravio se dirige a cuestionar el monto otorgado para reparar el daño moral.

La actora, al tiempo de incoar la demanda precisó para el daño moral la suma de $ 10.000, suma admitida en la sentencia con más los intereses desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago y el apelante cuestiona el monto por bajo.

El daño moral ha sido definido como aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustian que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado. Para su procedencia la ley no requiere prueba de su existencia ya que se acredita ante el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante.

Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que más que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso.

Aun cuando reconozco la dificultad de criticar concreta y razonadamente un rubro sujeto a la determinación del magistrado, los argumentos del

apelante, no me persuaden que el monto de $ 10.000 con más sus intereses resulte excesivo. La parte no brinda pautas objetivas por las que pueda inferirse que la suma otorgada a quién fue víctima de un accidente de trabajo, resulta desajustada a derecho o a las circunstancias probadas en el autos.

Por lo que en esta parcela de la queja el recurso es desierto. (art. 269 del CPCC).

3.6) Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte codemandada sintetizando que deberá revocarse la sentencia de grado para modificar el monto de la indemnización del daño material que deberá asumir P. ART, única apelante, a la suma de $ 30.000 con más los intereses que llegan firme a esta instancia, a la que deberá descontarse la de $ 15.280,67 con sus intereses y confirmándola en todo lo demás que decide y que fuera materia de agravios.

4. <u>Las costas.</u>

a) El art. 282 del CPCC autoriza a reajustar las costas y honorarios al resultado del recurso. Sin perjuicio de ello la revocación parcial del monto de condena no altera el carácter de vencida de la codemandada P. ART S.A. (art. 69 del CPCC) por lo que soy del criterio que no deben modificarse y en cuanto a los honorarios, se ajustaran al monto de condena que resulte.

b) Las costas en la Alzada y en orden a que el recurso prospera parcialmente deberán imponerse en un 95% a la codemandada y un 5 % a la actora.(art 72 del CPCC): Los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede, propongo se regulen en porcentaje sobre los que se determinen en la instancia de grado y conforme mérito, extensión y resultado obtenido para los letrados V. A. F. y S. L. F. en conjunto en el 28 % y para los letrados J. M. F. C. y R. J. L. en el 27% en conjunto y proporción

de ley. Todo ello sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA de corresponder (art. 5, 7,9 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**.

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

1.

La Sra. Vocal preopinante se ha expedido suficientemente sobre los antecedentes fácticos de la presente causa.

2.

2.1.

En la primera parte de la queja, se agravia la aseguradora de autos por cuanto sostiene que el decisorio ha errado al considerar que las partes fueron contestes en la mecánica del hecho.

Asimismo agravia a la apelante la afirmación de la sentencia que considera que la rebeldía de la co-demandada produce sus efectos sobre la aseguradora, concretamente en cuanto tiene por acreditados los extremos fácticos reconocidos en cuanto a la relación laboral, tareas asignadas, existencia y descripción del accidente, dejando constancia que se trata de un litisconsorcio facultativo.

Hace notar la falta de identidad entre la denuncia del hecho efectuada ante la aseguradora y lo relatado en la demanda.

Considera falso que las declaraciones del testigo R. corroborasen el relato de los hechos, ya que de ellas surge que, por no haber escaleras, hicieron una con cajas, sin mencionar en absoluto que el actor sufriera lesiones, de lo que surge un hecho distinto al que la sentenciante tuvo por probado, incurriendo en incongruencia.

Se agravia asimismo por considerar que, contrariamente a lo afirmado en el decisorio, no se encuentra acreditada la relación de causalidad adecuada entre el hecho y la omisión de la ART (art. 1074, Cód. Civil), en razón que la capacitación de los trabajadores está también a cargo de la empleadora en materia de prevención de riesgos. En cuanto a la capacitación en materia de higiene y seguridad, y contrariamente a lo decidido, afirma que se brindó capacitación.

La sentencia, por su parte, estimó que, encontrándose acreditado el hecho denunciado en la demanda por el silencio de la co-demandada, correspondía admitirla a su respecto, teniendo en cuenta que se encontraban reconocidos los extremos fácticos de la relación laboral, las tareas asignadas, la existencia y descripción del accidente.

2.1.1.

Así las cosas, cuadra analizar, con carácter previo, si los efectos de la rebeldía se expanden a la aseguradora de autos.

En esa dirección advierto que en el presente juicio están involucrados sujetos pasivos múltiples que constituyen un litisconsorcio voluntario, pues el actor los ha convocado atribuyendo, a cada uno de ellos, diferentes causas generadoras de responsabilidad.

Siendo así, el maestro Augusto Mario Morello, (en "Códigos...", T° II, pág. 437) ha dicho, refiriéndose al litisconsorcio facultativo, que "En realidad existen tantos procesos como litisconsortes, dado que la conexidad justificante de esa modalidad en el proceso no llega a privar de autonomía a las diversas relaciones o vínculos materiales que se han hecho valer a través de la respectivas pretensiones.... Según explica con acierto Prieto Castro, de la precedente situación se deriva que los actos de cada litisconsorte son independientes en sus efectos de los restantes, tanto en el ataque como en la defensa, de manera que unos pueden allanarse y sufrir condena los otros;

ser rebeldes algunos y otros no; apelar una parte y consentir otros la sentencia...".

Es decir, las presentes actuaciones se inician con la demanda presentada por D., quien demanda a C. P. M. Ltda. en su carácter de guardián de la cosa (art. 1113, Cód. Civil) y a P. ART por la falta de prevención en el control de los medios de protección dados al empleador del actor y en la falta de capacitación necesaria del empleado, hoy actor.

Es decir que nos hallamos en presencia de un litisconsorcio facultativo, toda vez que -por voluntad del actor- se conjugaron en una misma demanda la pluralidad de pretensiones derivadas de los daños sufridos por el accionante, la que se promovió contra una pluralidad de demandados. Nada impedía, sin embargo, la promoción de distintos juicios incoados por el actor de manera individual, ni tampoco enderezar los mismos de manera particular contra cada uno de los demandados.

Es el hecho generador el que da en el caso cohesión para que por una razón de economía procesal, hayan los accionantes reunido la totalidad de las pretensiones deduciéndolas conjuntamente contra todos los demandados, por lo que el litisconsorcio formado en los autos reviste la calidad de facultativo.

Este tipo de litisconsorcio supone la unión de distintos litigantes que se encuentran vinculados por acciones o pretensiones que resultan conexas en virtud de la causa, del objeto, o de ambos elementos simultáneamente, la cual responde a la libre y espontánea voluntad de los mismos (Morello, Augusto Mario; Sosa, Gualberto; Berizonce, Roberto, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Ed. Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Bs. As., 1985, tomo II-B, pág. 326 y doctrina allí citada).

En ese orden de ideas, la Corte bonaerense ha puntualizado que cada litisconsorte mantiene su legitimación procesal propia e independiente y su

actitud frente al proceso, no puede beneficiar ni perjudicar a los demás. La misma sentencia puede efectuar distinciones respecto a los diferentes consortes, lo que significa admitir que no posea idéntico contenido para todos ellos, sin que perjudiquen o beneficien a los demás, sin que por ello se viole el principio de "no contradicción" (SCBA, “C., R. A. c. Eminco S.A. y otros”, 18/11/2008, La Ley Online,

Cita online: AR/JUR/27844/2008; conf. fundamentos vertidos en Ac. 20.016, sent. del 28-V-1974, "Acuerdos y Sentencias", 1974-I-1130).

Es decir, que, tratándose de un litisconsorcio facultativo, los actos de cada litisconsorte son independientes en sus efectos de los restantes, tanto en el ataque como en la defensa, que unos pueden allanarse y sufrir condena los otros, ser rebeldes uno y otros no, etc. (cfr. SCBA, Ac 42540 S 30-10-1990).

Hay, pues, en lo principal y durante todo el desarrollo del juicio, una verdadera independencia en la situación procesal de cada partícipe, por lo que no debe extrañar que los alcances de la sentencia y los resultados del proceso en sí sean distintos con respecto a cada litisconsorte (cfr. SCBA, AC 72148 S 19-2-2002).

Dicho de otro modo, en el litisconsorcio facultativo hay tantos procesos como litisconsortes hayan pleiteado en la causa. En realidad, dentro de la unidad del proceso hay tantos objetos procesales, tantas pretensiones y oposiciones como litisconsortes se enfrentan en él. Dentro del continente de un proceso único cada litisconsorte tiene su propia litis (cfr. esta Cámara en “F.”, SDC 13/2014; SCBA, Ac 80096 S 1-3-2004).

La regla del art. 1074 señala que toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido (cfr. esta Cámara, “J.” SDL 57/2014).

Si se imputa responsabilidad a la aseguradora por una omisión culposa, es en todo caso, por una conducta que ella no realizó frente al hecho común, es decir, el accidente denunciado por el actor.

La aseguradora, al contestar demanda, tras negar haber incumplido con obligación alguna a su cargo, negó la ocurrencia del hecho como generador de responsabilidad, mas no negó la ocurrencia del hecho en sí. A tal punto, que, frente a la denuncia de la empleadora, reconoció haber otorgado las prestaciones a la que la obliga la LRT.

Es decir, que corría a cargo del actor, por imperativo del art. 381, del CPCC, acreditar que el hecho que motiva la promoción de estas actuaciones, se constituía en generador de responsabilidad a su respecto.

Es decir, no se trata de determinar si el hecho existió o no, sino si fue generador de responsabilidad alguna que pudiera endilgarse a la recurrente.

Cabe señalar en primer término, que la cuestión que introduce la recurrente acerca de la falta de identidad entre la denuncia del hecho efectuada ante la aseguradora y lo relatado en la demanda no ha sido materia de controversia en autos, y por ende a esta Alzada le está vedado considerar todas aquellas cuestiones que no hubieran sido sometidas al juzgamiento del Juez de grado (art. 280, del CPCC).

En segundo lugar, es dable apuntar que la demanda centra la causa del hecho en "el hielo desparramado en toda la bodega", el que "produce un resbalón al desplazarse en una de las escaleras del buque pesquero", debido al hielo existente en el lugar", cayéndose el actor desde tres metros, aproximadamente, de altura.

Poco importa, a mi juicio, si la escalera estaba conformada con cajas o se trataba de una escalera común y corriente, pues la imputación que formula la demanda centra su atención en el piso resbaladizo y no en la estructura de la escalera. De allí que la cuestión que incorpora en sus agravios la

recurrente, relativa a las declaraciones del testigo R., tampoco resulta relevante al análisis de este Cuerpo. Esa circunstancia, no fue alegada ni en la demanda, ni en la contestación de la apelante, y sabido es que, además de lo dispuesto en el referido art. 280, el art. 368 de la ley adjetiva impide la producción de prueba de hechos que no hubieran sido materia de oportuna invocación.

Inclusive, la sentencia en análisis hizo referencia a la escalera hecha con cajones, no como la causa principal del hecho, sino como un agravante o coadyuvante del resbalón.

Lo importante a los fines de dilucidar la cuestión en la presente causa, radica en la existencia o no de hielo, como factor desencadenante de la pérdida del equilibrio del actor. Ese extremo era el que debía probar el demandante, lográndolo con la declaración de R. de fs. 259, cuando afirma que en circunstancias en que estaba saliendo de la bodega, hicieron una escalera con cajas y había mucho hielo en el lugar, y al bajar, el actor se resbaló.

A partir de tal guisa es que debe analizarse si existe responsabilidad de la aseguradora, tal como lo adelanté antes. Y en ese sentido, justo es reconocer que la sentencia juzgó conforme lo pedido. Por esa razón no soy de la opinión que el decisorio hubiera incurrido en incongruencia, entendiéndose ésta como el fallo emitido *extra, ultra o citra petita*.

2.1.2.

Sentado ello, corresponde analizar la queja, desde la óptica de la invocada ausencia de relación de causalidad adecuada entre el hecho y la omisión de la ART (art. 1074, Cód. Civil).

Para ello, será menester acudir al caso “C.”, fallado por el Superior Tribunal provincial. Siendo lo resuelto en él doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia (art. 291, inc. 1, del CPCC), y dejando a salvo mi opinión al respecto,

habré de hacer aplicación de sus consideraciones al caso traído, por resultar de similares connotaciones a aquél.

Cabe señalar que, acreditado el incumplimiento a la obligación de prevenir considerada en toda su dimensión, debe analizarse si éste tuvo incidencia en la causación del siniestro. Es decir, la relación de causalidad adecuada entre la conducta omisiva de la aseguradora y el hecho dañoso padecido por el actor. Ello, independientemente, que la causa activa del daño corresponda al empleador.

Siguiendo los lineamientos del voto del Dr. Caneo en el caso mencionado, afirmo que para ello, se recurre a lo que la doctrina más autorizada en la materia ha dado en llamar "cálculo de probabilidad" o "análisis *ex post facto*". Es decir, prescindiendo de la realidad del hecho sucedido, habrá que preguntarse si la omisión de la ART era apta para que se produjera el daño, según el curso natural y ordinario de las cosas. Si la respuesta es afirmativa de acuerdo a la experiencia diaria de la vida, es pertinente declarar que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces, objetivamente, imputable a la A.R.T. Si se contesta en forma negativa, faltará la relación causal. No se pretende que la A.R.T tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un comportamiento diligente con sus obligaciones legales.

En dicho voto, el Sr. Ministro Caneo señaló -y lo traslado al caso de autos- que "realizado entonces, en este caso, el análisis de referencia, no cabe otra respuesta que la afirmativa. Es decir, que los incumplimientos señalados y probados por el actor fueron la causa eficiente que contribuyó a que el hecho dañoso acaeciera. En otros términos, de haber sido diligente la A.R.T en su obrar, con el nivel de exigencia que contempla el art. 902 Cód. Civ., en cuanto sujeto especializado, era evidente que el siniestro laboral se hubiera evitado, o mitigado".

A mérito de lo dispuesto por el Superior Tribunal local, corría a su cargo

acreditar el cumplimiento de sus obligaciones que hubieran evitado el infortunio.

En este aspecto cabe remitirse al pronunciamiento de grado, el que consideró que ninguna prueba aportó la aseguradora tendiente a acreditar haber capacitado al actor sobre los riesgos del trabajo y la manera de minimizarlos, o bien, evitarlos. Inclusive, tuvo por probado (con base en los testimonios de fs. 259, 287 y 319) que las capacitaciones, lejos de llevarse a cabo por la demandada, provenían de la Administración General de Puertos o de Prefectura. Contra tal aserto, ninguna crítica, en los términos del art. 268, del CPCC, articuló la recurrente.

A partir de tal guisa, en orden a la responsabilidad de la codemandada recurrente, citando el caso "Torrillo" resuelto por nuestro Máximo Tribunal de la Nación, sostuvo que las aseguradoras de riesgo del trabajo también son responsables, con fundamento en el Código Civil, siempre que se demuestren los presupuestos propios del régimen que él estatuye en materia de responsabilidad, entendiendo, como lo hace la Corte Nacional, que tales aseguradoras son responsables en dar cumplimiento en cuanto a las medidas necesarias para evitar riesgos.

Ese temperamento, también fue adoptado por el Superior Tribunal de Justicia local, el que consideró que las aseguradoras de riesgos son responsables en orden a la obligación de prevenir riesgos, debiendo sancionarse las inobservancias en la obligación de conducirse con prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños, eximiéndosela de responsabilidad si acreditaran que cumplieron con las obligaciones que le son exigibles y que hubieran evitado el infortunio (cfr. voto del Dr. Caneo en el caso "C.", traído a colación por la pieza sentencial anterior).

De este modo, queda fuera de discusión que las aseguradoras de riesgo del trabajo no limitan su responsabilidad frente al empleador, no obstante lo cual, el decisorio, también en este aspecto, tuvo por incumplido el art. 19,

inc. c), Dto. 170/96, aserto que tampoco mereció crítica del apelante.

En el caso resuelto por nuestro Superior Tribunal provincial, quedó claro que el eximente de responsabilidad, cuya acreditación quedaba a cargo de la aseguradora de riesgos, consistía en haber cumplido con las obligaciones que le son exigibles y que hubieran evitado el infortunio. Ese extremo no resultó probado por el apelante.

Por tales razones, considero que los agravios de la aseguradora deben ser desestimados en lo referente a este primer aspecto.

2.2.

Se agravia la aseguradora demandada por considerar que la suma fijada en concepto de indemnización por incapacidad es exagerada.

Considera que las pautas del decisorio no guardan razonabilidad con la incapacidad del 6,5% ni con la prueba producida. No se han demostrado las implicancias del grado de incapacidad en el futuro desempeño laboral del actor y ha errado en cuanto a la edad tenida en cuenta del actor.

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. esta Cámara, in re "C.", SDC 11/2012).

Coincido con la Sra. Jueza de voto anterior en orden a la orfandad probatoria respecto de las condiciones personales, familiares y sociales del actor.

Más allá de la referencia a la edad que apunta, se desconoce toda otra circunstancia relativa a sus condiciones personales. No se sabe, cuál era su estado civil, si tenía hijos menores u otras personas a su cargo, si desarrollaba actividades culturales y/o deportivas fuera del horario de

tareas. Se conoce sólo la actividad laboral que desempeñaba y la edad al momento del accidente (38 años).

La pericia médica de fs. 392/393 da cuenta de una limitación de la flexión de rodilla de 110 a 120°, ponderada en un 5% de incapacidad a lo que le adiciona un factor de ponderación del 10% del 5% (1,5%), arrojando un baremo incapacitante del 6,5% t.o.

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. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, in re: "A., M. A. c. Dirección General de Fabricaciones Militares", 12/09/2002 AR/JUR/7130/2002).

En el presente caso, como se dijera, sólo el aspecto laboral y su edad han podido ser ponderados, desconociéndose otros parámetros susceptibles de evaluación. Por tal razón, aquellos aspectos que excedan ese marco ingresan en un terreno conjetural, y mal podrían entonces ser tenidos en cuenta.

Atendiendo las circunstancias acreditadas, considero equitativo y a mérito de lo dispuesto en el art. 167, del CPCC reducir la indemnización por "Daño material (incapacidad)" y fijarla en la suma de pesos treinta mil ($ 30.000.-) con más los intereses fijados en el decisorio anterior, desde y hasta las fechas consignadas en él.

2.3.

Se agravia la demandada por el monto indemnizatorio excesivo otorgado en concepto de "daño moral", considerando que el pronunciamiento no consideró la orfandad probatoria en tal sentido.

En este punto considero que la apelante no formula una crítica razonada y concreta de la porción del fallo que ataca. Digo ello así, pues no ataca la injusticia de la decisión, la que afirmó que, frente a un hecho agresivo, fácil es representarse el dolor moral como corolario normal y típico en la víctima portadora de la disminución física. En igual sentido consideró la secuela que deja la incapacidad parcial y permanente y los padecimientos derivados del dolor físico, que implica no sólo la lesión en sí misma, sino su tratamiento, que incluyó una intervención quirúrgica.

En tal sentido, no puedo soslayar que nos encontramos frente a una responsabilidad de índole extracontractual, con base en el art. 1113, Cód. Civil. Y como tal, el daño moral ha de merituarse *in re ipsa*, fundamento que exime a la víctima del infortunio de acreditar el referido menoscabo, pues los hechos hablan por sí solos.

En ese entendimiento, considero que debe declararse desierta esta parcela del agravio (arts. 268 y 269, del CPCC).

2.4.

Agravia a su parte el decisorio de autos en cuanto no dispuso descontar de la cifra de condena, la suma de $ 15.280,48 con más intereses, abonados oportunamente.

Conforme surge de la documental con firma certificada por Escribano Público de fs. 102/103, el actor recibió cheque, con fecha 4 de febrero de 2009, por la suma de $ 15.280,67, otorgando recibo por el concepto de "*prestación dineraria ley 24.557 por incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva del nueve con 80 por ciento (9,80%)...*" . Corrido el traslado de la documental acompañada por la aseguradora a fs. 132, la actora guardó

silencio a su respecto en la contestación de fs. 141.

Juzgo de aplicación lo preceptuado en el art. 360, inc.1°), 2ª parte, del CPCC, en atención al silencio guardado al respecto por la parte actora (art. 919, Cód. Civil).

Siendo su obligación expedirse reconociendo o negando la autenticidad del documento en traslado, a tenor de lo dispuesto por el mentado art. 919, debe ser considerado como reconocimiento del recibo expedido. De ello se sigue que, no habiendo objetado la actora su percepción, debe tenerse por acreditado el pago del precio de la indemnización allí consignada, pues dicho silencio permite presumir que así ha sucedido. M manifestar tal como lo hizo en su demanda que *"le abonaron una indemnización ínfima… y toma a cuenta de lo que le corresponde legalmente..."*, no significa haber reconocido expresamente haber percibido la indemnización que la demandada afirmó al contestar demanda.

El juzgador sólo puede privar de eficacia cancelatoria al recibo, cuando su examen correlacionado con otros elementos genere dudas acerca de la realidad del pago (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 22.02.2001, JA 2001-IV- 216), y no existe en autos elemento alguno que me permita guardar alguna duda al respecto.

No puedo soslayar tampoco que la buena fe no tolera que nadie se atrinchere detrás de un silencio cuando tal silencio puede tener la apariencia exterior de un consentimiento. El silencio o la inacción son especies de la manifestación tácita de la voluntad (cfr. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, 30.05.2002, AP 1/501973; Cámara nacional en lo Comercial, sala B, 17.10.2003, JA 2004-I-169).

De allí, que asista razón al recurrente en este aspecto.

En atención a la inconstitucionalidad decretada por el decisorio anterior, de lo dispuesto en el art. 39 (1° y 2° párr.) LRT, superado entonces ese valladar, la suma indemnizatoria percibida por el trabajador, forma parte

del resarcimiento reconocido por “daño material (incapacidad)” reclamado en la demanda y reconocido en el presente decisorio.

Por tal razón, corresponderá detraerse de la suma indemnizatoria de condena dicha suma, a la que deberá aplicarse intereses a tasa activa del Banco del Chubut S.A, desde la fecha de la percepción (04.02.2009) hasta la del pago de la indemnización fijada en el presente decisorio, admitiendo, por ende, la queja en tal sentido.

3.

Con respecto a las costas de la Instancia anterior, pese a la modificación parcial de la sentencia que se propone, considero que no deben ser readecuadas, en razón de mantener su condición de vencida en lo sustancial (art. 69, del CPCC). Igual temperamento debe adoptarse respecto de los honorarios regulados en esa sede.

4.

En cuanto a las costas de esta Instancia, las mismas deben ser impuestas en el modo en que lo propone la Dra. de Villafañe (art. 72, del CPCC). En igual sentido habré de expedirme con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes, en atención al mérito, extensión y resultado de la labor (arts. 5,7,9 y 13, ley de aranceles profesionales).

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

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

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

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 400/409, estableciendo que la suma de condena que P.ART S.A. deberá abonar en forma concurrente con C. P. M. LTDA, al Sr. T. A. D., es la de Pesos Cuarenta mil ($ 40.000) en el tiempo, forma y con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado, debiendo descontarse la suma de $ 15.280, 67 y sus intereses desde la fecha de su percepción (4 de febrero de 2009) hasta el pago de la indemnización aquí dispuesta.

2. SIN READECUAR las costas y honorarios de la primera instancia. (art. 282 CPCC).

3. IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 95 % a la recurrente y un 5% a la actora (art. 72 CPCC), **REGULÁNDOSE** los honorarios de los Abs. V. A. F. y S. L. F., apoderados de la actora, en conjunto, en el 28% del monto y los de los letrados J. M. F. C. y R. J. L. en el 27% en conjunto y proporción de ley. En ambos casos los porcentajes se aplicaran sobre los honorarios que se determinen en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA de corresponder (art. 5, 7,9 y 13 de la ley arancelaria).

4. DE FORMA.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA 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 la Sra. Jueza preopinante.

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 octubre 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. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 400/409, estableciendo que la suma de condena que P. ART S.A. deberá abonar en forma concurrente con C. P.M. LTDA, al Sr. T. A. D., es la de Pesos Cuarenta mil ($ 40.000) en el tiempo, forma y con más los intereses dispuestos en la sentencia de grado, debiendo descontarse la suma de $ 15.280, 67 y sus intereses desde la fecha de su percepción (4 de febrero de 2009) hasta el pago de la indemnización aquí dispuesta.

2. SIN READECUAR las costas y honorarios de la primera instancia. (art. 282 CPCC).

3. IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 95 % a la recurrente y un 5% a la actora (art. 72 CPCC), **REGULÁNDOSE** los honorarios de los Abs. V. A. F. y S. L. F., apoderados de la actora, en conjunto, en el 28% del monto y los de los letrados J. M. F. C. y R. J. L. en el 27% en conjunto y proporción de ley. En ambos casos los porcentajes se aplicaran sobre los honorarios que se determinen en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA de corresponder (art. 5, 7,9 y 13 de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.