



NEUQUEN, 11 de agosto de 2015

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"QUINTANA JOSE PATRICIO C/ LOZANO SRL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"**, (Expte. N° **307930/2004**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori** dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 19 de junio del 2013 (fs. 1225/1234), expresando agravios a fs. 1282/1286.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al calcular la indemnización en base al SMVM cuando se ha comprobado que el trabajador percibía aproximadamente \$900 por mes en tareas de construcción, cuantificando en forma reducida el daño moral.

Reserva el caso federal y solicita se modifique el fallo recurrido elevando el monto de condena con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 1308/1311.

Manifiesta que no se ha probado el haber remuneratorio denunciado, declarando los testigos que cada uno tenía su acuerdo particular. Denuncia insuficiencia de los agravios.

Solicita se rechace la apelación con costas.

La aseguradora contesta a fs. 1315.

Dice que el salario debió ser acreditado con los recibos de sueldo o en su caso la pericial contable, no siendo bajo el resarcimiento del daño moral fijado.

Solicita se rechace la apelación con costas.

La parte demandada interpone recurso de apelación, presentando su expresión de agravios a fs. 1287/1293.



Arguye que se extiende la responsabilidad a su parte sin bases legales, excediendo el contrato de locación de obra e inclusive el art. 32 de la ley 22.250 y atendiendo a que el reclamante no probó la relación de dependencia denunciada. Aduce interpretación errónea del art. 1113 del Cód. Civ.

Solicita se revoque el fallo recurrido, rechazando la demanda en su contra.

Corrido el correspondiente traslado la actora contesta a fs. 1303/1305 vta.

Afirma que no confronta la interpretación del art. 1113 del Cód. Civ., limitándose a tratar la responsabilidad contractual y siendo de aplicación lo normado en la ley 22.250, ya que no se trata de una vivienda particular.

Solicita se rechace la apelación con costas.

La aseguradora interpone recurso de apelación, expresando agravios a fs. 1294/1295.

Asevera la falta de cobertura por caducidad por falta de pago de la prima, debidamente comprobado que al momento del accidente no se había abonado la misma, desacreditando el recibo presentado. Impugna la imposición de costas en relación a la defensa del tercero.

Solicita se revoque el fallo recurrido, liberando a su parte.

Corrido traslado la actora responde a fs. 1305 vta./1307.

Afirma que la aseguradora ha reconocido otros pagos efectuados al agente citado y que el recibo se tuvo por reconocido.

Solicita se rechace la apelación con costas.

La demandada responde a fs. 1312/1314.

Denuncia que no se cumplen los requisitos del art. 265 del CPCC y que en su caso la citada pretende eludir



el contrato interponiendo a un agente, violando los derechos del consumidor.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda entablada en concepto de daños y perjuicios contra el empleador, la aseguradora y la firma comercial propietaria de la obra de construcción en que trabajaba el damnificado, de conformidad a lo estipulado en el art. 1113 del Cód. Civ., debido a la actividad riesgosa desarrollada y la falta de elementos de seguridad, sumando a ello la responsabilidad en el marco de la ley 22.250. Cuantifica la incapacidad sobreviniente en base al SMVM, gastos asistenciales y daño moral.

1. Agravios de la parte actora. El recurrente cuestiona en principio la base salarial a los efectos de la liquidación del haber indemnizatorio, denuncia que se ha probado que el demandante era un trabajador de la construcción que percibía un sueldo mensual de \$900, según los testigos e informes bancarios, siendo incongruente que se tome un SMVM de \$200. La magistrada toma tal pauta vigente al momento del hecho lesivo, aduciendo que no se produjo prueba concreta que acredite la percepción de otra remuneración estable a la fecha, con lo que, el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente del 39,20% es fijada en \$11.300.

De las constancias de autos, surge que se requirió la documentación laboral a la empleadora principal bajo apercibimiento de lo previsto en el art. 388 del CPCC, sin resultado positivo (fs. 329); el testigo Montoya (fs. 454) supone que el actor percibía lo mismo que él \$900, manifestando que trabajaban los siete días de la semana y percibían por acreditación bancaria; Poblete (fs. 496) afirma que trabajaban de domingo a domingo por \$30 diarios, "que por ahí cada uno tenía su arreglo"; Santander (fs. 494) dice que



se trabajaba de domingo a domingo y que el actor cobraba \$30 por día; Santander (fs. 552) afirma que cobraban en el banco y trabajan de lunes a sábados; Acuña (fs. 613) confirma esto último; el informe de correo da cuenta de la entrega de la intimación laboral (fs. 409, 411, y 426 vta.), en la que se denuncia como dato verídico para la registración legal la remuneración de \$900, no constando respuesta patronal alguna; los informes bancarios aportan depósitos en la cuenta del accionante superiores al mínimo legal (fs. 433 vta. y 864), en particular para el mes de julio 2002, fecha del accidente de trabajo, \$500.

La doctrina ilustra que cuando la víctima incapacitada no ejercía o no acredita el ejercicio de una actividad lucrativa, o es totalmente incierto el monto de los ingresos percibidos en la que se desempeñaba, o bien se trata del cómputo del lucro cesante futuro de un menor sin formación especializada, o situaciones análogas, se recurre en nuestra jurisprudencia al parámetro del salario mínimo, vital y móvil para el cálculo de la indemnización. La solución se justifica porque este constituye el umbral inferior de retribución de la ocupación más humilde del mercado laboral y desde que la adopción de una pauta más significativa tendría un valor conjetural. Lógicamente, constituye sólo una pauta primaria de orientación, que admite correcciones en más o en menos si las circunstancias así lo autorizan. (p. 537 y ss., t. 2ª Resarcimiento de daños, daños a las personas, Zavala de Gonzalez).

Atento los específicos agravios vertidos y los elementos probatorios relevados, considero que debe tomarse el salario acreditado al momento del evento dañoso, \$500, según el informe bancario mencionado, dado que los propios testigos dan cuenta que los sueldos se percibían a través de ese medio, siendo una prueba de mayor certeza, debiendo limitarse el SMVM para casos en que no se producen evidencias respecto el



ingreso percibido por el damnificado. Por ello, con esta modificación de la base salarial y aplicando la misma fórmula que eligiera la magistrada de origen (Vuotto), se eleva el monto de condena en concepto de incapacidad sobreviniente a la suma de \$29.821,93 (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 1069 del CC y 1746 del nuevo CC; y 377 y 386 del Cód. Proc).

En relación al rubro daño moral, el tribunal fija una indemnización de \$15.000, en razón de las circunstancias particulares que hacen a los padecimientos sufridos, las características del accidente, las consecuencias disvaliosas y la afección emocional descrita en la pericia psiquiátrica. La actora la estima reducida, atendiendo a la grave secuela que le impide su inserción laboral.

No se discute en esta instancia que el trabajador cayó desde cuatro o seis metros de altura, sufriendo diversas fracturas óseas, implicando su rehabilitación una intervención quirúrgica y diversos tratamientos, subsistiendo limitación funcional, debilitamiento, dolor, e imposibilidad de permanecer largos períodos parado o sentado y de practicar deportes, como asimismo la afección anímica producida (fs. 1233 y 1234).

A ello, debe sumarse que de las actuaciones surge que el perito traumatólogo expresamente consigna que estas secuelas le dificultan conseguir trabajo (fs. 774), recordando que se trata de un operario de la construcción sin calificación especializada, y la perito psicóloga manifiesta que este obstáculo ha influido en forma contundente en su ánimo, desencadenando una afección psíquica por sufrir un estado crónico de sobre carga estimular frente a un cúmulo excesivo de necesidades insatisfechas (fs. 857 vta.).

Toda minoración del sujeto en sus aptitudes existenciales supone destruir o alterar el equilibrio espiritual necesario para hacer frente a la vida. De allí que



donde se verifique una incapacidad de cualquier índole, será reconocible el daño moral. En esta órbita no económica corresponde valorar no sólo las incapacidades con gravitación en lo laboral y productivo, sino más ampliamente ineptitudes de todo género, con repercusión en la vida solitaria y de relación. (p. 553, ídem).

Si bien se han considerado las circunstancias particulares del caso, surge no apreciada en su magnitud en los términos del art. 165 del CPCC, la seria dificultad de obtener empleo que conlleva la incapacidad declarada y su relevancia en un trabajador físico, por lo cual, se incrementa el importe indemnizatorio del daño moral a \$20.000 (cfme. arts.19 de la Const. Nac.; 27 de la Const. Prov.; 1078 del Cód. Civ.; 1741 nuevo Cód. Civ.).

2. Agravios de la demandada. El juzgador tras analizar detalladamente las pruebas producidas en relación al vínculo entre las partes, tiene por reconocido que la firma apelante era la dueña de la obra en la que se desempeñaba el accionante al momento del siniestro y de la cosa riesgosa que lo ocasionara, beneficiándose con los trabajos realizados en una actividad peligrosa, en los términos del art. 1113 segundo párrafo del Cód. Civ., precisando que se trata de un factor de atribución objetivo, sin perjuicio de la falta de control de las medidas de seguridad, y sumando a ello la responsabilidad instituida en el art. 32 de la ley 22.250, teniendo en cuenta que los contratistas no estaban inscriptos en el Ieric. La recurrente cuestiona principalmente la decretada responsabilidad dentro del contrato de locación de obra suscripto con los contratistas, según los arts. 1631 y 1647 del Cód. Civ., aduciendo una interpretación jurisprudencial favorable de los presupuestos normativos aplicados por la sentenciante.

El apelante se concentra en la responsabilidad emanada según el contrato de locación de obra suscripto entre



las partes, remitiendo constantemente a él y la normativa aplicable, con citas doctrinales y ejemplos. Aduce que la jurisprudencia ha dejado de lado el concepto de guarda-provecho, más omite atacar en forma concreta y razonada los presupuestos lógicos del decisorio, ser dueña de la cosa riesgosa y servirse de la actividad riesgosa, en los términos del art. 1113 del Cód. Civ.

Sentado ello, debe declararse desierto este recurso, por aplicación de lo dispuesto en el art. 265 del CPCC, tal lo solicitado por la contraria, tornándose abstracto el tratamiento del cuestionamiento de la aplicación del art. 32 de la ley 22.250.

3. La magistrada da cuenta de los datos de la póliza registrada en la propia aseguradora, estableciendo que la anulación fue efectuada con posterioridad al accidente, y que no se ha demostrado la falsedad del recibo de pago anterior al mismo. La citada pretende impugnar la fecha del recibo, aduciendo que la póliza se reanuda desde que ingresa efectivamente el importe a la cuenta de la aseguradora.

Resulta absurdo y contradictorio lo argüido por la recurrente, no cumpliendo con los mínimos requisitos consignados en el art. 265 del CPCC, tornándose abstracto el tratamiento de costas.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propicio el rechazo de las apelaciones demandada y citada, y el acogimiento de la apelación actora, confirmando el fallo recurrido, con modificación del monto de condena que acrece a la suma de \$49.821,93, con costas en la alzada a cargo de la demandada y citada en garantía vencidas, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

**El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:**



Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 1225/1234, modificándola en cuanto al monto de condena, el que se eleva a la suma de PESOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTIUNO CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS (\$49.821,93), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

**2.-** Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada y citada en garantía, en su carácter de vencidas (art. 17 Ley 921).

**3.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA