



NEUQUEN, 15 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"M. M. D. C. Y OTRO C/ EMP. NEUQUINA SERV. DE ING. Y OTRO S/ INDEMNIZACION"**, (JNQLA1 EXP N° 392327/2009), venidos en apelación 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.-Contra la sentencia del 05/08/2019 (fs.659/669), que hace lugar a la demanda por el cobro de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivados del fallecimiento de R.S.M., por la suma de \$874.594,05 desde el 30/10/2008, con más intereses y costas, ambas demandadas interponen recurso de apelación.

II.-a) Apelación de la codemandada Pluspetrol SA. (Fs.681/694).

Se agravia en primer término por considerar que el decisorio se abstrae por completo de la prueba de autos, valorándola de forma errónea y atribuyendo sin más, la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa a su poderdante; cuando se ha probado el accionar descuidado de la víctima.

Relata que la prueba efectiva de lo sucedido esta agregada al Expediente de Instrucción Penal n° 49369/2008 instruido con motivo del siniestro, en el que se encuentran las constataciones policiales, las declaraciones de los testigos y la prueba aportada al proceso, de lo que



surge su accionar descuidado, erróneo y negligente, pese a estar debidamente capacitado; demostrando que el accidente no fue producto del vicio o riesgo de la cosa.

Expresa que lo expuesto por el sentenciante son alegaciones sin fundamento probatorio o jurídico alguno.-Que establece de manera arbitraria que el hecho derivó del "riesgo de la cosa", e imputa responsabilidad objetiva a su representada en calidad de dueña, dejando de lado las pruebas aportadas y defensa opuesta.

Explicita que el Sr. M. estaba debidamente capacitado, con título profesional habilitante y cursos constantes, que se le proveían elementos de seguridad, por lo que antes de tocar el tablero debió corroborar que no estuviera con corriente y a la vez que tuviera cable a tierra, y no haberse confiado de la simpleza del trabajo a realizar, el cual finalmente le costó la vida.

En tal orden alega que de una nueva valoración de la prueba surgirá que su parte debe ser eximida de responsabilidad conforme lo prevé el 2º párrafo del art. 1113, del C.C; cita abundante jurisprudencia.

Seguidamente indica que lo agravia la confusión de la sentencia al considerar al Sr. Alejandro Gotlip como empleado de Pluspetrol SA, cuando en realidad lo era de ENSI SE, con dependencia técnica y económica de la mencionada empresa.

Como tercera queja refiere que los montos de condena atribuidos a los conceptos de



lucro cesante, pérdida de chance, daño moral y psicológico, son desmedidos e infundados, reconocidos bajo eventualidades hipotéticas de expectativas de vida y futuros estudios universitarios de su hija, que no son más que conjeturas de aspiraciones, sin haber tenido en cuenta que tiene a su vez dos hijos más que iniciaron reclamos por separado y que se tomó el 100% del salario bruto para el cálculo indemnizatorio (\$2.845,00), sin deducir sus gastos personales por lo que habría arrojado una base de cálculo de \$ 1.564,00, como mucho.

En su cuarto agravio solicita se revoque la sentencia, con fundamento en que la concubina no cuenta con legitimación activa a los fines del resarcimiento por daño moral, conforme el art. 1078 del CC, el cual establece que la acción por este concepto es solo para los herederos forzosos.

Enfatiza en su quinto agravio que los montos por lucro cesante, daño moral y psicológico, son exorbitantes, solicitando su reducción al 50% del monto fijado para ambas actoras, todo ello teniendo en cuenta que las pericias psicológicas estimaron una incapacidad psíquica del 20% VTO. para la hija y un 30% VTO. para la concubina.

Su sexto agravio está dirigido a los honorarios de los letrados y peritos intervinientes, los que según entiende son elevados, y deben ser reducidos bajo un criterio equitativo y adecuado, para que no resulte tan oneroso para las accionadas.



Plantea reserva al caso federal y peticiona se revoque la sentencia, en lo que resulta materia de agravios.

**III.-b) Apelación de la demandada
ENSI SE.** (Fs.695/698).

Menciona que la agravia la fundamentación de la sentencia para validar la fuente obligacional de responsabilidad a su parte y el basamento liquidatario adoptado para la estimación resarcitoria, en especial, el monto de ingreso mensual incorporado a la fórmula y para la indemnización establecida para la perdida de chance y que a su vez, no se haya tenido en cuenta la existencia de otros hijos además de la reclamante.

Acentúa que se acreditó en debida forma haber cumplido toda normativa existente en materia de capacitación en seguridad e higiene; que se constató que era una persona calificada para el puesto que desempeñaba y que no existía defecto o desperfecto alguno en el tablero donde se encontraba el causante laborando; por lo que resultó un descuido y/o falta de diligencia y/o imprudencia en su puesto de responsabilidad, el hecho concreto de no haber constatado previamente que el tablero en el cual maniobraba poseyera cable a tierra, ya que era una medida de control individual de seguridad básica que una persona con su experiencia y capacitación debió prever.

Se agravia de la condena a su parte considerando que posee un cien por ciento de responsabilidad, cuando no se acreditó en la causa el nexo de causalidad entre la acción y el daño.



Recuerda a su vez, que denunciaron en la causa que el Sr. M. tenía tres hijos quienes resultaban con igual derecho que la actora, cuestión que el juez de grado omitió al momento al considerar el salario mensual en forma total, por lo que solicita se estime tal situación al momento de aplicarse la fórmula de cálculo.

Respecto de la misma estima que se dejaron de lado los parámetros legales de 65 años de edad jubilatoria y 21 años de mayoría de edad, tomando como referencia de cálculo, excepciones a la regla (75 años y 25 años respectivamente).

Finaliza aludiendo que para determinar el daño moral deja de lado las impugnaciones realizadas a la pericia psicológica, la cual carece de rigor científico, en tanto solo se basó en los dichos de la actora.

Peticiona se recepten los agravios y se revoquen los términos condenatorios que posee la sentencia de grado.

IV.-c)Contestación de las accionantes a ambos recursos (Fs.701/705).

En cuanto al agravio por la falta de valoración de la prueba que acreditaría la existencia de culpa de la víctima en la producción del evento dañoso, indican que dichas afirmaciones constituyen meras disconformidades con las conclusiones del fallo, en tanto no han probado en modo alguno que la producción del accidente se debiera a la culpa del Sr. M. y que en tal sentido, no basta con probar que estaba debidamente capacitado, sino que, por tratarse de una actividad



riesgosa, debían probar en el caso concreto, cual fue el accionar culposo del occiso y cómo el mismo incidió en la producción del daño.

Citan el art. 1757 del nuevo CCyC como pauta orientadora sobre la responsabilidad objetiva de ambas demandadas en el evento dañoso y ante la orfandad probatoria, la crítica constituye solo una mera disconformidad.

En respuesta al agravio referido a la cuantificación del daño por pérdida de chance y en concreto sobre los otros dos hijos de un matrimonio previo del Sr. M, destaca que su parte reconoció su existencia en el escrito de demanda y lo tuvo en cuenta al realizar el cálculo respectivo y que si se admitiera la queja, solicita que el 1/3 reconocido a M. M., se readeque dividiéndolo por tres.

En referencia a los cuestionamientos de la indemnización por daño moral y psicológico, menciona que el art. 1741 del código civil, ya contemplaba la legitimación activa a la concubina, para reclamar el daño moral y que sus montos no resultan excesivos a tenor del informe psicológico y ambiental que obra en la causa, en los cuales se vislumbran las afecciones espirituales legítimas de las actrices por la pérdida del Sr. M.-

Hacen mención a que el daño psicológico no es un rubro autónomo del daño moral - en respuesta al agravio de Pluspetrol SA.-, en tanto la sentencia condena a pagar el tratamiento a futuro que deberán realizar la madre y la hija, durante dos años, por lo que, según afirma, el agravio carece de fundamentos.



Por último y en relación al monto de los honorarios, precisan que fueron regulados conformes la Ley 1594, correspondiendo su confirmación.

Peticiona se rechacen los agravios de las demandadas en todos sus términos, con imposición de las costas.

V.-A) Abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios de las demandadas, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, tal como lo dicta nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pág. 466).

Que partiendo de la sentencia de grado que es recurrida por ambas demandadas y en el marco de una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada del fallecimiento de R.S.M. conforme la norma del art. 1113 de CC, se



observa que el decisorio cuestionado, examina en primer término y en base a la prueba, la existencia y el modo en que ocurrió el siniestro que le costara la vida al trabajador.

En este cometido, concluye en que ninguna de ambas demandadas describe en qué consiste la culpa del causante en la producción del siniestro, de un modo que permita correr la causalidad objetiva y admitir la eximición de responsabilidad y sobre este aspecto entendió que resultaba carga de las dos empresas accionadas, el describir claramente la "culpa" exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no deberían responder y expedirse acerca de su nexo de causalidad con el accidente, cuestiones éstas que considera no probaron.

Dictamina que el luctuoso infortunio deriva del riesgo de la cosa de propiedad de la codemandada solidaria Pluspetrol S.A., que se hallaba bajo la guarda de la empleadora ENSI S.E. y que este hecho, más el daño, impone naturalmente la responsabilidad del dueño y guardián de la cosa quedando con ello reunidos los requisitos previstos por el art. 1113 del Código Civil, vigente a la fecha del infortunio.

Establece las indemnizaciones de daño por pérdida de chance, daño moral y daño psicológico para ambas demandantes, descuenta la suma abonada por la ART y determina el monto total de resarcimiento en \$874.594,05 que deberán abonar ambas accionadas.



B) Por una cuestión metodológica examinaré en primer lugar el planteo referido al factor de atribución por responsabilidad y del nexo obligacional, por el cual ambas demandadas se agravian, en tanto entendieron que conforme la valoración probatoria, fue la propia imprudencia de la víctima, su descuido, lo que le provocó el siniestro ocurrido que terminó con su vida.

Sobre el particular se observa, que en el escrito introductorio se narra el accidente de trabajo sufrido por el actor -empleado de ENSI S.E.- en momentos en que prestaba tareas para el codemandado -Pluspetrol S.A.-, habiéndosele ordenado un tendido de cables sin electricidad en una zanja entre un tablero de comando de una bomba de inyección y un transformador. En el momento que le estaba pelando las puntas para aislarlo, pasa la mano por el tablero que no tenía corriente, aunque a pesar de ello, recibió una descarga eléctrica que le produjo la muerte por electrocución de alta tensión.

Que la contestación de demanda de ambas empresas, se defienden expresando que las medidas de seguridad estaban garantizadas y que el siniestro ocurrió por una acción culposa y temeraria de la víctima; posición que mantuvieron en sendos recursos ante esta Alzada, pese a reconocer que el tablero no poseía la correspondiente puesta a tierra, cuestión que entendieron, debió advertir el occiso, conforme la capacitación que se le había brindado.

Indudablemente, el marco legal lo aporta el artículo 1.113 del Código Civil que



prescribe expresamente: *"La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable."* (cfme. arts. 19 de la Constitución Nacional; 27 de la Const. Prov.; 1.068 y 1.111 del Código Civil; 377 y 386 del Cód. Procesal).

La doctrina explica que *"En cualquiera de estos casos, al demandante le basta con probar el daño sufrido y el contacto con la cosa de que proviene aquél. Es al demandado a quien le compete probar que de su parte no hubo culpa (si la cosa no es viciosa o riesgosa) o bien la culpa de la víctima o de un tercero (si lo es)."* (p.329, Tratado de Dcho. Civil, Obligaciones II, Borda).- *"(para la)..doctrina, hoy prevaleciente en la jurisprudencia, no basta con la simple prueba de la diligencia: es menester que se pruebe que el daño se produjo por culpa de la propia víctima o de un tercero o que resultó de un caso fortuito o el dueño es inimputable. Adherimos a esta doctrina que es la que mejor se adecua con nuestra opinión de que la*



responsabilidad del dueño se funda en el riesgo creado”.

“Basta que haya relación de causalidad entre la acción de la cosa y el daño para que el propietario responda, a menos que se prueben las aludidas circunstancias eximentes, porque ellas probarían que el daño no resultó del riesgo sino de otras causas.” (ídem, p. 351).-

En este contexto jurídico, la evidencia que más clarifica el episodio luctuoso cuya decisión nos ocupa, ha sido el testimonio de un operario de una co demandada -Pluspetrol SA- Sr. Rodríguez Araujo (Fs.553/555) que estuvo en el lugar y conocía las instalaciones y da cuenta que el tablero en el que estaba trabajando el Sr. M, no tenía cable a tierra externo, desconociendo el motivo del porqué de su falta: *“...puede ser porque no lo instalaron, porque lo robaron, pero no lo tenía. Tenía que tenerlo...”.*

En consecuencia, respecto al episodio y evaluación de la conexión causal con la conducta de las partes, estimo relevante el aporte de la información que proporciona el testimonio colectado, para crear suficiente convicción sobre la verdad de lo acaecido, apreciado según las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCyC), normas éstas, que no son sino las del correcto entendimiento humano, extraídas con recto criterio de lógica y basadas en la ciencia, experiencia y observación de los demás elementos agregados a la causa.

Conforme esta declaración y en coincidencia con el análisis efectuado por el juez



de grado, es donde encuentro la responsabilidad objetiva a tenor del art. 1113 del C. Civil derivada del daño producido por el riesgo y vicio de la cosa propiedad de la codemandada, y de la cual se servía para obtener una ganancia, en tanto la ausencia de la conexión a tierra del gabinete metálico provocó el accidente fatal cuya reparación civil se persigue.

La puesta a tierra o conexión a tierra a algún punto no energizado y que no siempre es externo o visible, es una medida de seguridad infaltable en este tipo de instalaciones de alta tensión y exigible también en las domiciliarias, para que en el caso de un fallo (donde un conductor energizado haga contacto con una superficie conductora expuesta o un conductor ajeno al sistema haga contacto con él), se reduzca el peligro para humanos y animales que toquen las superficies conductoras de los aparatos y dependiendo del sistema, el fallo provoca que se desconecte en forma inmediata el suministro de energía por un interruptor termomagnético, un interruptor diferencial o un dispositivo monitor del aislamiento, preservando la vida del expuesto.

Cualquier contacto directo o por humedades, en el interior de un aparato eléctrico o gabinete, que alcance sus partes metálicas con conexión a la toma a tierra encontrará por ella un camino de poca resistencia, evitando pasar al suelo a través del cuerpo del usuario que accidentalmente pueda tocar el aparato.



La legislación vigente en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo (ley 19.587 - 21/04/1972) exige la correcta instalación de la puesta a tierra, en toda instalación eléctrica para asegurar las descargas que por corrientes de defecto puedan producirse, como así también la de medir periódicamente los valores de resistividad del sistema, verificando su estado y mantenimiento para su correcto funcionamiento, los valores de referencia de resistencia de puesta a tierra están contenidos en la Reglamentación para Ejecución de Instalaciones Eléctricas en Inmuebles.- (Asociación Electrotécnica Argentina, AEA-90364 EDICIÓN 2006); www.matelec.com.ar/noticias/41_la-puesta-a-tierra-o-toma-a-tierra; www.areatecnologia.com/electricidad/puesta-a-tierra; entre otras páginas web).

Es por lo analizado que la imputación de "culpa de la víctima" formulada por ambos apelantes, en el caso queda desestimada, en tanto omitieron toda indicación de la prueba que demostraría la alegada negligencia del trabajador, máxime cuando de la naturaleza de las tareas llevadas a cabo por éste, resulta evidente que en el cumplimiento de ellas debía necesariamente circular en este espacio donde estaban los otros tres tableros eléctricos que permanecieron energizados en todo momento.

Lo anterior surge también del expte. de Instrucción Penal 49369/2008 que tengo a la vista y que Pluspetrol sostiene no fue tenido en cuenta por el juez de sentencia.



El testigo Fabián Ernesto Contreras relata que *"...empezamos a tirar el cable a la zanja porque era un tendido subterráneo, que en un primer momento con M, estábamos haciendo el pelado y el Terminal del cable, esto consiste en pelar el cable, poner terminales en la punta y encintarlo para que quede aislado, que el cable estaba desenergizado sin tensión eléctrica...que esa zona tenía algunos tableros con tensión eléctrica, de los cuatro tableros tres tenían corriente, pero en el que teníamos que trabajar estábamos sin tensión, ya que estábamos reemplazando el cable.....en un determinado momento escucho un grito de Martín el cual dice a los gritos "donde estaba corta".....cuando llego al lugar Martín, veo a M. tirado en el piso bajo un tablero eléctrico...".*

De esta misma declaración se desprende que tenían puestos los elementos de seguridad, como así también que no se podía establecer cómo se ocasionó el accidente.

Preguntado *"...para que diga si puede determinar o presumir como se ocasionó el accidente"...contestó: "que no puede determinar, porque se trabaja bajo condiciones de máxima seguridad, está todo aislado, lo que pudo haber ocurrido fue que algún cable esté deteriorado por el tiempo en el subsuelo, y no lo haya visto M."*

"Es que para liberar de responsabilidad al dueño o guardián no basta la mera invocación de culpabilidad de la víctima o de un tercero: la presunción de culpa del art. 1113 CC no cae ante cualquier indicio o inducción no muy claro,



ni preciso, sólo se levanta con pruebas incuestionables y convincentes” (Sala III: “Vedoya Pablo Hernán c/ De Martino Marcelo y otros/ Daños y Perjuicios Inconstitucionalidad Ley 24557”, Exp. N° 372904/2008-Sentencia 04/02/2014).

Como bien lo ha sostenido la CSJN *“ante la imposibilidad de establecer con certeza científica cuál fue el grado de participación en el proceso de causación del daño, en tanto cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral, basta que se pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para responsabilizar al dueño o guardián del objeto riesgoso.” (Sala III “Sampoña Pablo c/ Constructora Tappata S.A. s/ Daños y Perjuicios Inconstitucionalidad Ley 24557”, Exp N° 423964/2010- Sentencia 07/08/2018).*

Ampliando el razonamiento: *“Que en el análisis cabe también considerar que cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad civil, la idea de culpa o el riesgo, es doctrina uniforme que para que aquélla tenga lugar, es decir, para que pueda hacerse gravitar sobre una persona, el deber de resarcir el daño inferido por otra, es necesario que exista un lazo causal que una este daño a ciertos hechos que se imputan al responsable” (Bueres-Highton “Código Civil” T° 2B, Ed. Hammurabi, pág. 428).*

En definitiva, la actividad realizada por el damnificado y la disposición de las cosas por parte de la empleadora demandada y la codemandada guardiana -en las condiciones que surgen



de la prueba - permiten establecer el nexo de causalidad adecuado con la fatalidad descripta y en nada influye en esta decisión que hayan acreditado las cargas de capacitación y seguridad e higiene, que tan solo resultan ser un deber empresario ineludible, mas no un eximente de responsabilidad en el caso concreto.

Ante el conjunto de los presupuestos de la responsabilidad civil que hacen gravitar sobre las demandadas las consecuencias dañosas que sufrió el Sr. M, aquellas no comprobaron que la conducta de la víctima, haya incidido en la conexión causal directa acreditada y mucho menos que haya sido un tercero el que lo provocó.

Así, concretado el recaudo causal exigido por la norma, este agravio de las demandadas será desestimado. La sentencia se adecúa a la jurisprudencia mayoritaria citada, respecto al régimen aplicable en materia de carga de la prueba conforme la responsabilidad objetiva endilgada.

C) Superado el valladar de la responsabilidad en el evento dañoso y abordando el objeto de impugnación que plantean ambas demandadas, referido a la disconformidad en las variables adoptadas por la sentencia para cuantificar la indemnización de los daños reclamados por pérdida de chance, adelanto mi opinión por el rechazo de esta queja.

Ello porque el criterio utilizado por el juez de primera instancia, ha sido receptado por esta Sala en innumerables antecedentes, recurriendo como pauta orientadora a las sumas que



arroja la fórmula de matemática financiera que computa el salario mensual percibido antes del fallecimiento y la expectativa de vida que se considera razonable para la víctima (TSJ Ac. 191/96, 50/06, 57/06, 25/10 y 27/10 entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal), estimando en 75 años el tiempo restante de vida útil como variable hipotética, ante la inexistencia de antecedentes en salud, sexo y escasa edad al momento del deceso (Sala III "Cervero Rocamora Roser y otro c/ Hidalgo Claudia Elizabeth y otro s/ Daños y Perjuicios p/ Uso Automotor con Lesión o Muerte", Exp. N° 422099/2010- Sentencia 28.06.2016- refiriéndome a la generación de ingresos).

Conforme lo expuesto, y abordando la cuantificación indemnizatoria he expresado que procede: *"... atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente "* (Sentencia N° 89.654 - Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso un trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama



"posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable.

"En "Méndez" para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original..." ("Cervero Rocamora Roser" y "Sampoña Pablo" ya citadas), entre otras.

Dicho lo anterior y en referencia al salario normal y habitual utilizado como base de cálculo que se cuestiona (\$ 2.845,41), resulta ser el que se determina en el dictamen contable (Punto 6°-fs.594/596), que no ha merecido impugnación alguna y que a la vez estima la demandada ENSI SE en su escrito de responde (fs.165).

La suma referida, se corresponde con el monto bruto remunerativo sujeto a aportes y contribuciones de la seguridad social, sin retenciones (fs.595) y no sobre el neto, tal la pretensión de la codemandada.

Ello conforme se ha pronunciado esta Sala III adhiriendo a la jurisprudencia que expresa: *"La indemnización debe calcularse con base en el salario bruto percibido por el trabajador, los descuentos que se efectúan sobre el salario constituyen una remuneración indirecta que le asegura al trabajador servicios que de otra manera*



tendría que afrontar de su peculio; de modo que dicha indemnización no debe estimarse de acuerdo a la remuneración neta del trabajador, sino que debe ser determinada con arreglo a su sueldo bruto" ("Campos Carlos Javier c/ Ibáñez Instalaciones SRL s/Indemnización", -Expte. n° 367619/8- Sentencia 21/08/2011 y "Gimeno Maximiliano Ariel c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ Cobro de Haberes", Exp. N° 508697/2016- Sentencia 23/07/2018) entre otras), por lo que la queja en tal sentido será desestimada.

D) La prueba acreditó suficientemente que el Sr. M, era el único sostén del grupo familiar, conformado por su concubina y su hija menor de edad, quedando en evidencia el efectivo menoscabo que la muerte produjo en el seno familiar y conforme las condiciones socioeconómicas en las cuales se desenvolvía la familia y el aporte que estaba realizando para el pago del alquiler de la vivienda (fs.547, 549 y 551 Erbin, Magnano y Zalazar, resp.), no autorizan a suponer que podía destinar parte de sus ganancias para sus gastos personales, por lo que he de presumir que destinaba la totalidad de sus recursos a las necesidades de su grupo familiar al momento del deceso y ante ello, la deducción que se solicita del monto salarial por uso del causante, no tendrá andamiaje favorable.

Idéntica solución tendrá la solicitud de disminuir la base de cálculo empleada, en razón de la existencia de dos hijos más de un matrimonio previo de la víctima (M. y S.) hermanos de M. D. C. en tanto se ha sostenido "...que las



pautas de cálculo no tienen por qué atar al juzgador.....sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa ("Responsabilidad Civil y Cuantificación de Daños" Doctrina. Jurisprudencia. Carina Vanesa Suárez. - Editorial García Alonso, 2019- Ciudad de Buenos Aires).-
<http://www.eldial.com/publicidad/mailings/marzo2019/pdf/responsabilidad-cuantificacion-previsualizacion-1.pdf>)

Por ello las variables adoptadas en la fórmula económica de la sentencia para cuantificar la indemnización de los daños reclamados por pérdida de chance que responden a la estructura del algoritmo empleado en "Méndez" (28/04/2008 Dr. Guibourg) en el que el ingreso a computar = ingreso actual, permanecerán inalterables.

E) Ambas demandadas manifiestan su disconformidad en referencia a que el concepto pérdida de chance debió ser repartido entre los tres hijos biológicos reconocidos y no solo sobre la actora M. M.-

Sobre el particular y conforme lo hemos expresado en la causa: "Carrillo Natalia Pilar contra Fundación Holística Morning Glory s/cobro de haberes", (Expte. N° 339534/6 Sentencia: 04/03/2010), entre otras, esta Sala III ha viniendo sosteniendo el criterio referido a que: "Que el artículo 277 del Código Procesal dispone expresamente: "Poderes del tribunal. El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la



decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia.”(cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 y 164 del Cód. Procesal).”

“De esta manera surge claro, puntualiza Hitters, que la alzada, por constituir un ámbito de revisión, carece de potestad para resolver cuestiones no sometidas al a quo, ya que la función diáfana del ad quem no es la de decidir en primer grado sino la de controlar el pronunciamiento de los jueces de jerarquía inferior. El ámbito de conocimiento de la alzada se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones sometidas a la decisión del juez de la causa. De ahí entonces que no resulte admisible la introducción de argumentos que no fueron objeto de debate en la instancia precedente (CNCiv, Sala G, 15.8.81, ED 97-624)”. (De Santo, El proceso civil, T. VIII-A, P.304/305).”

En consecuencia, analizando la queja formulada por las recurrentes, entiendo que la resolución interlocutoria del 24/09/2009 dictada por la jueza civil(fs.174/175) que rechazó la solicitud de citar a los hijos del anterior matrimonio con fundamento en que el objeto de la litis se circunscribía a la responsabilidad que eventualmente cabría a las demandadas por los daños y perjuicios ocasionados a las actoras de este proceso, vedó cualquier tratamiento por parte del juez laboral y como secuela a esta alzada, de conformidad a lo



expresamente estipulado en el artículo transcripto supra.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: *“La consideración por la Cámara de nuevas cuestiones, distintas a las planteadas en la oportunidad procesal pertinente, además de afectar el derecho de defensa de la apelada (art. 18 CN; art. 9 de la Const. Pcial.), violaría el principio de congruencia al resolvérselas y no existir correspondencia entre el pronunciamiento que se emite y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, las cuales se formularon ante el magistrado de primera instancia”* (art. 163 inc. 6, CPCC- Art. 18; CONB Art. 9; CPCB Art. 163 Inc. 6, CC0203 LP, B 73769 RSD-169-92 S 4-8-92, Iturrioz, Jorge Adolfo y otro c/ Solari, Alejandro s/ Cobro sumario, LDT).

Finalmente observo que a fs. 212 y 255 toma intervención en la causa la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente y no se ha verificado que los hijos mencionados hayan iniciado un proceso por separado, por lo que si así sucediese, ambos demandados conservan la herramienta legal de plantear excepciones previas de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto (litispendencia) o de cosa juzgada conforme lo considerado y resuelto en esta acción, que les va permitir poner en marcha el debido proceso, controvirtiendo la causa que se les intente repetir (art. 347, 349 CPCyC).

De esta manera, se concluye que la petición traída a debate en esta instancia revisora



no fue materia de debate para el juez de origen, ni abordada en la sentencia apelada, porque ya había sido resuelta por la jueza civil y se encontraba firme.

Ello impide cualquier tratamiento dado la expresa prohibición contemplada en el art. 277 del CPC (conf. Sala III "Mera Mario Gustavo c/ Liberty ART S.A. s/ Recurso art. 46 ley 24557", (Expte. n° 403559/2009- Sentencia:11/03/2014).

F) Introduce a su vez la codemandada Pluspetrol SA, un planteo referido a que la actividad del occiso estaba comprendida bajo un régimen previsional diferencial, bajo el cual se podía jubilar anticipadamente a los 50 años y así reducir sus ingresos en las variables de la formula indemnizatoria empleada y en consecuencia disminuir el monto reparatorio.

La cuestión en ningún momento se esbozó y recién fue traída a conocimiento en esta instancia, circunstancia ésta que no sólo impidió el ejercicio de la defensa de las accionantes, sino que tampoco pudo ser ponderada por el sentenciante ni abordada en su resolución.- Ello excluye cualquier trato por esta alzada, de conformidad a lo expresamente estipulado en el punto anterior (art.277 CPCyC).

".....el tribunal de alzada tiene dos limitaciones que expresamente señala el art. 271 del Cód. Procesal de la Nación: por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del citado artículo, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho, sometidas al juez



de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Es decir, se trata de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad” (“El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil”-Roberto Loutayf Ranea-Astrea -Tomo 1- pág. 76)” (Sala III “Mercado Miguel c/ La Segunda ART S.A. s/ Accidente de Trabajo c/ ART”, Expte. N° 374356/8-Sentencia 24/07/2012-).

G) Abordando el agravio relacionado por la procedencia de la reparación y cuantificación del daño moral a la concubina de la víctima, planteado por ambos demandados, su análisis estará precedido de consideraciones que efectuara en la materia propiciando su admisibilidad, y la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del C.Civil que lo limitaba.

Es así que esta Sala III se ha expresado en sentido favorable a reconocer la legitimación a los padres de una víctima como damnificados indirectos con fundamento en la amplitud de la expresión “herederos forzosos” utilizada en la redacción del art. 1078 del Código Civil (“Pérez Ermelinda del Carmen c/ Iuvarello Fernando Aníbal y otros s/ Daños y Perjuicios”, Exp. N°304783/4- Sentencia 21.10.10).



En la misma línea conceptual, se propició extender la legitimación al tener que decidir sobre las aflicciones sufridas por dos hermanas, relevando el cuadro de afectación individual y disfunción familiar, derivado de pérdida de un hermano, que había generado un sentimiento de notoria injusticia y un cierto trastorno emocional por culpa, expresándonos a su vez, sobre la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, considerando que no existía obstáculo para avalar su declaración conforme el ejercicio del control difuso de constitucionalidad delegado a los jueces e incluso de manera oficiosa (Sala III "Maidana Julio Cesar y otro c/ Duran Jorge David y otro s/ Daños y Perjuicios Responsabilidad Contractual del Estado", Exp. N° 353226/7, Sentencia 03.09.2012).

Que el análisis y valoración antes desarrollados abarca la situación agravante para la concubina de la víctima, porque se tornaría arbitrario sostener que la afección derivada del fallecimiento de una persona pueda estar impuesta o delimitada por una norma donde se señalen a los sujetos con aptitud para sufrir el daño, desconociendo que ello es una derivación del padecimiento espiritual generado en cada caso, y por los que estarían excluidos quienes se encuentran en semejante situación sólo que unidos a la víctima por vínculos sentimentales y no legales.

"Que como he venido propiciando respecto a padres y hermanos de las víctimas cuando existen hijos y esposas de las víctimas, también



procede descalificar la previsión del último párrafo del art. 1078 del C.Civil cuando excluye a la concubina de la reparación del daño moral, al no superar el test de constitucionalidad y convencionalidad desarrollado” (Sala III “Avalos Eve Luz c/ Jorquera Néstor José y otros s/ Daños y perjuicios p/ Uso Automotor c/ Lesión o Muerte”, Exp N° 373151/2008 y su acumulado: “Díaz Carrasco José María y otro c/ Acosta Mauricio Edgar y otros s/ Daños y Perjuicios p/ Uso Automotor c/Lesión o Muerte” Exp. N° 373151/2008- Sentencia 02/08/2018).

Y en el sentido expuesto, la doctrina judicial sentada por el Tribunal Superior de Justicia es categórica y deja cerrado cualquier debate en la materia, cuando expresa: “.....En conclusión, la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el artículo 1078 del C.C. se presenta, en el caso, como inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto respecto de sujetos que se encuentran en idéntica situación de hecho, no respetando las pautas constitucionales que resguardan a la familia y a la reparación integral del daño sufrido”.

Agregando -en postura que comparto- que: “...jamás puede operar como barrera limitativa frente a la realidad: quien mantiene una relación en el marco del tradicionalmente llamado “concubinato” tiene derechos indemnizatorios y previsionales frente al daño material, y es de mayúscula vetustez negar el innegable daño moral a quien sufre tamaña pérdida en el marco de un gran lazo de afecto (que



se profundiza cuando además existe descendencia común)." (Formaro, Juan J. "Legitimación activa frente al daño moral. Derecho de los integrantes de la unión convivencial" diario La Ley, Año LXXVI, Nro. 13, pág. 9/11).

".....La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "Dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inícuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio" (Fallos 328:3099, 312:1833, 313:225, 313:751).

En igual sentido, se expidió la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires *"...Es indudable que las "uniones de hecho" forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida, sin que resulte aceptable cualquier forma de sanción de esta opción"* (Arts. 14 bis y 19 Const. Nac.; 17. 1 Convención Americana de Derechos Humanos) (del voto del Dr. Hitters, in re "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros S/ daños y perjuicios).

"...Por su parte, la situación concubinaria ha sido reconocida en diversas leyes especiales posteriores al Código Civil y su reforma (ley 17.711)".

".....En este sentido la ley 24.411 (Beneficios a percibir por desaparición forzada de



personas) reconoció el derecho a indemnización a los familiares de desaparecidos, extendiendo el beneficio a las "uniones matrimoniales de hecho" (art. 4°). También en el derecho laboral, la ley 20.744 (L.C.T.), en su artículo 248 prevé indemnizaciones a favor de la concubina por muerte del trabajador (cfr. artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974); la ley 24.241 establece el beneficio de pensión para "el o la conviviente", en su artículo 53, al que reenvía, asimismo, el artículo 18 de la ley 24.557 (Accidentes y Riesgos del Trabajo). Igual tesitura impera en el derecho previsional local (art. 49 de la ley 611 otorga la pensión a la concubina/o)" (TSJ NQN "Vázquez Ninfa Rosa c/ Provincia del Neuquén y otro s/ Acción Procesal Administrativa", Exp. N° 1344/04- Acuerdo N° 66- 22 de agosto del 2012).

H) Sentado lo anterior y examinando la crítica planteada a la cuantificación del daño no patrimonial por considerarla excesivo, cabe anticipar que constituye una difícil tarea dimensionar en valores económicos la afectación moral en cualquier caso, y particularmente en lo que hace a menores que sufren la pérdida de un ser al que los unen vínculos familiares esenciales para una persona, en un suceso imprevisto y grave como el analizado.

En tal sentido, me ceñiré a lo expresado en las causas "Sampona Pablo", "Cervero Rocamora Roser" y "Avalos Eve Luz"- su acumulado "Díaz Carrasco José María" ya citadas, por ser



procesos contemporáneos al que aquí se trata y los temas en decisión, guardan notoria similitud.

Queda en claro pues que no existe procedimiento matemático alguno que pueda ser aplicable en la materia, ante lo cual, la forma de estimar el resarcimiento ha de sustentarse en ciertas pautas presididas por importantes principios, cuales son la prudencia, la razonabilidad y la equidad receptados por el derecho positivo en los arts. 907 y 1069, del Código Civil, ambos en su segunda parte, con el norte de arribar a una indemnización plena e integral (arts. 1069, 1078, 1079, 1083 y conchs. del Código citado), computándose la gravedad de la afectación espiritual inferida a personas vinculadas con la víctima por vínculos parentales tan estrechos.

Que tal cuantificación constituye una "consecuencia de la relación jurídica" que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC y que conforme expresa previsión del art. 7° quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su



cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia.

En este sentido se afirma: *“No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (art. 1746 CCyC). “Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCCBA)”. Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que “el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata”.-*

Expresa el Doctor Sebastián Picasso: *“A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art,. 7º, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación”. De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine”.-*

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de



algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*, ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuada su función reparatoria.

"Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc., que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales".-



Agregó el Alto Tribunal que *"aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido.. El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida"*.

En definitiva: *"se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia" ("El daño moral contractual y extracontractual"). (www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads Jorge Mario Galdós -2015).*

Que como pauta orientadora, en la causa *"Vázquez Ninfa Rosa"* ya citada, del Tribunal



Superior de Justicia, en ocasión de evaluar la cuantificación del daño moral derivado de un accidente acaecido el 19 de julio de 2001, que le costó la vida al concubino de la actora y padre de sus hijos, expresó:

"Legitimada la concubina para accionar por daño moral, resta analizar la procedencia de su reclamo, así como el de sus hijos menores y, en su caso, justipreciarlo".

"Al respecto, es preciso apuntar que la desaparición del compañero de vida, importa la pérdida de un interlocutor permanente, el corresponsable en la dirección y crianza de los hijos menores, el sujeto con quien se comparten las dificultades y las angustias no sólo de la vida propia sino de aquellas que se observan en la vida de sus hijos.....La muerte de su padre ha influido indudablemente en sus relaciones familiares, las cuales debieron proseguir en ausencia de la figura paterna que sostenía y unía la familia, no sólo a nivel económico sino también simbólico y afectivo.....Para la determinación del mismo, ha de jugar de manera fundamental la situación de los hijos menores, privados en forma prematura de la figura paterna, como consecuencia del fallecimiento de su progenitor, de su asistencia espiritual y material, a una edad, en la que ese sostén asume particular significación" (cfr. CSJN Fallos 317:1006).....por lo que estimo prudente conceder a la actora, por este rubro, la suma de \$80.000.00....."

"...Reparación del daño no patrimonial para la hija: Se ha sostenido que el



daño extrapatrimonial que se provoca a un niño a quien se obliga a crecer sin padre es inmenso, cualquiera sea la edad de la criatura, máxime que cuando más se necesita al padre es en la más tierna infancia.....y a menor edad se acentúa la necesidad y dependencia respecto de los progenitores”.-

“Lo expuesto ha sido valorado desde tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de reconocer la legitimidad de indemnizaciones superiores a favor de los más pequeños, por la privación de alguien destinado a educar y asistir en el desarrollo personal (Zavala de González, “Tratado de daños a las personas. Daño moral por muerte”, Astrea, Bs. As., 2010, págs. 358 y 360),.....que el valor de la cuantía debe evaluarse al tiempo de la condena. Por tanto, ponderando las circunstancias concretas del caso, de que es normalmente superior el daño experimentado por el niño de corta edad, entiendo procedente fijarlo en la cantidad de pesos ciento setenta mil (\$170.000,00), en virtud de que el daño moral tampoco tiene por objeto satisfacer un enriquecimiento patrimonial, sino resarcir los padecimientos del agraviado” (TSJ nqn-Acuerdo N° 66 - 22 de agosto del 2012-).-

Que conforme pautas hasta aquí reseñadas, particularmente las evaluadas por el Tribunal Superior de Justicia al cuantificar esta afección en un caso semejante decidido en el año 2012 por un accidente acaecido en el año 2001, estimo razonable las cuantificaciones por daño no patrimonial determinadas en el decisorio de grado



(\$100.000,00 para c/u de las accionantes) en base a los informes Psicológicos glosados a fs. 335/338 y las incapacidades derivadas de sus alteraciones psíquicas.

Menciona la Licenciada Psicóloga que la Sra. N. presenta RVAN con manifestación depresiva grado III y un 30% de incapacidad y la niña M. M. exhibe el mismo cuadro, con un 20% de incapacidad, síntomas depresivos, desvitalización y aislamiento social.

Que tal mensuración se corresponde con la edad de ambas convivientes, y particularmente porque *"cuando dos personas viven juntas de modo estable, como marido y mujer, aun cuando no hayan contraído matrimonio, además de integrar una comunidad espiritual comporten los problemas materiales de la vida [por lo que] la muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea normalmente repercusiones económicas disvaliosas al sobreviviente, en razón de la privación de la asistencia que el muerto brindaba por vía de aportes dinerarios, o bien a través de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia....inclusive sin trascender hasta el extremo de dependencia económica prácticamente absoluta..... priva al supérstite del otro pilar con el que se hacía frente a los problemas y requerimientos materiales de la vida..."* (Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", 2b, Pag 396/7).

I) En forma previa a avocarme al rubro daño psicológico, cuya procedencia desestima la codemandada por resultar excesivo en su monto a



la vez que entiende que se subsume en el daño moral, he de explicitar que: *“Si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, su diferencia radica en que el primero compromete una función y reviste connotaciones de índole patológica. A la vez, mientras el daño moral altera un estado y está dirigido a compensar los padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima a consecuencia del infortunio y en el plano extrapatrimonial, el psicológico apunta a las efectivas disfunciones y trastornos que alteran la personalidad integral de la víctima y su vida de relación... Lo psíquico comprende las áreas intelectual, afectiva y volitiva del hombre, que a su vez representan funciones que son por lo general las que gobiernan todas sus actividades físicas”* (Sala III “García Rosa Amelia c/ Provincia del Neuquén s/ Daños y Perjuicios p/ Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Exp N° 407940/2010- Sentencia 03/11/2016).

En función de lo expuesto, esta Sala III ha sostenido: *“Entiendo que el damnificado tiene derecho a ser indemnizado “de todos los gastos de curación y convalecencia” (art. 1.086 del Cód. Civil), incluyendo tratamientos psiquiátricos o terapia psicológica, independientemente del daño propiamente psíquico y moral. No resulta aceptable que dentro de la indemnización del daño moral deba considerarse incluido el costo de la asistencia terapéutica, lo que no se admite respecto de daños físicos”*

Agregándose: *“Una solución contraria importa confundir perjuicios y resarcimientos que*



revisten diferente carácter: el daño patrimonial se repara por equivalente y el moral por compensación indirecta. Ambas indemnizaciones se conceden por títulos distintos, de modo que no cabe subsumir una de ellas dentro de la otra.”(Resarcimiento de Daños” 2^a, “Daños a las Personas”, Matilde Zavala de González, Pag. 271).

A su vez: “El daño psíquico no constituye una categoría “autónoma”, esto es, ontológicamente distinto de los daños patrimonial y moral, sino que posee -según los casos- proyección en una u otra esfera o en ambas a la vez. En efecto, en la mayoría de los casos, él puede traducirse en un daño material por importar una limitación o restricción a la capacidad de desarrollar actividades generadoras de riquezas; también es un modo específicamente determinado de sufrimiento que se experimenta en el plano moral y que, por ende, exige ser indemnizado”.-

“En relación a los gastos por tratamiento psicológico futuro, entiendo que resulta equiparable a cualquier otro gasto derivado del ilícito, susceptible de reparación, en consecuencia, la condena dispuesta estará relacionada con este último aspecto. Y la necesidad del gasto aparece suficientemente fundada en la experticia del médico, quien ha informado al tribunal la profunda influencia negativa que los sucesos han tenido en el damnificado, sea de orden personal, familiar y social, proporcionando también los datos sobre la frecuencia de las sesiones exigidas por un tratamiento eficaz, la conveniencia de realizar



terapia individual. Como esos gastos apuntan a superar los trastornos derivados del proceder reprochable, configuran sin duda un daño cierto y futuro, más no conjetural, cuya procedencia ha sido aceptada por esta cámara en numerosas oportunidades.....lo que está justificado por cuanto los gastos de tratamiento psicológico futuro importan un daño que guarda relación de causalidad adecuada con la conducta del co-demandado" (Sala III "Rischmann Michael José c/ C.A.L.F. s/ Daños y Perjuicios", Exp. N° 342351/6- Sentencia 13/11/2008).

En igual sentido: "Más allá de considerar que el daño psicológico constituya o no una categoría distinta del daño material o del moral en nuestro derecho, en base al principio de reparación integral, nada impide admitir el resarcimiento de los gastos necesarios para procurar la atención psicológica pues, acreditada su necesidad, nos encontramos ante un daño futuro pero cierto, e indemnizable, con independencia que se haya realizado o no el tratamiento, dado que ello no excusa a la demandada de atender un costo que deriva de un hecho dañoso que le es imputable, por lo que corresponde incluirlo en la condena" ("Q. A. c/ L. J. C. s/ Daños Y Perjuicios", Exp. 329.384/05-Sentencia 17/02/2009; "Bustos Fernández María Amelia c/ Municipalidad de Neuquén s/ Daños y Perjuicios", Exp. N° 319979/5 -Sentencia 10/07/2008) entre otras.

En relación a su cuantificación y conforme el grado de patología que ambas presentan, junto con el tratamiento psicológico que se les



recomienda, su frecuencia y duración de las sesiones a los fines de poder transitar sus procesos de duelo para continuar con el desarrollo normal de sus vidas (fs.337/338) es que estimo prudente y razonable el monto determinado para este gasto indemnizable, razón ésta, que me lleva a denegar esta crítica.

J) Finalmente, respecto de la apelación de la codemandada por los honorarios de los letrados de la parte actora por considerarlos elevados, correrá igual suerte adversa a su pretensión.

Ello teniendo en cuenta las labores efectuadas por los abogados, las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, es que encuentro que las regulaciones establecidas porcentualmente se hallan dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6,7,9,10,12 y 39).

Respecto a los estipendios de los peritos intervinientes los cuales también apela por altos, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los mismos, esta Sala ha sostenido en reiterados pronunciamientos, que la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (Sala III "Reyes Víctor Hugo c/ Badano Hnos S. H. y otros s/ Despido Directo p/ otras Causales", Exp. N°426323/2010- Sentencia 23/07/2018).

Sentado lo anterior y de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente



utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que el porcentaje de la regulación atacada resulta ajustado a derecho por lo que se impone su confirmación.

VI.-Por las razones expuestas, propiciar{e al Acuerdo, rechazar en todas sus partes los recursos interpuestos por la demandada ENSI SE (fs.695/698) y la codemandada Pluspetrol SA (fs.681/694) contra la sentencia de fecha 05 de Septiembre de 2018 (fs.659/669) que se confirma en toda su extensión.

VII.-Costas en la Alzada a cargo de ambas recurrentes vencidas (arts. 17 Ley 921 y 68 CPCyC), a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales en el 30% de los fijados en primera instancia (art. 15 de la L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini, dijo:

Coincido sustancialmente con los fundamentos y sentido del voto del colega preopinante, pero disientiré parcialmente en el punto referido a la cuantificación de la indemnización de la pérdida de chance.

Del mismo modo y aun cuando la solidez de la construcción formulada en torno a la interpretación de los alcances de la responsabilidad objetiva con fuente en el artículo 1113 del Código Civil, surge de los precisos términos de la opinión que me precede, me permito en el marco de la disidencia parcial agregar un argumento que confluye en el mismo sentido.



El contrato de trabajo se integra con una obligación específica de seguridad en cabeza del empleador, que se extiende a todo aquél que en definitiva resulte destinatario de la fuerza de trabajo (art. 75 LCT).

El fundamento último de esta obligación contractual -derivada del deber de indemnidad y del mandato constitucional de *naeminem laedere* que emerge del artículo 19 de la Constitución Nacional- está dado por la inescindibilidad de la prestación respecto de la persona que trabaja o, desde un ángulo inverso, la sustancial coincidencia entre la integridad psicofísica de esta última y el objeto mismo de la contratación, que la presupone.

Tal como lo ha afirmado con acierto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya referido caso "Alvarez", "[...] la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad [...]" (fallos, 333:2306, sent. del 07/12/2010).

A partir de ello, la ley de seguridad e higiene impone obligaciones específicas que han sido puntualizadas en el voto precedente y que otorgan una fisonomía particular al examen de las causales exculpatorias que la misma norma prevé.

Constituye una arraigada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que indica que la culpa de la víctima con aptitud para quebrar el nexo causal entre un



hecho y el daño, a los fines del artículo 1113, párrafo 2° del Cód. Civ. -ley 340- debe aparecer como la única causa del perjuicio y revestir además los caracteres de «imprevisibilidad» e «inevitabilidad» propios del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Esta pauta interpretativa puede rastrearse hasta el caso "ENTel" (fallos, 308:1597, sent. de 9-9-1986) y luego ha sido utilizada frecuentemente en accidentes ferroviarios, para traspasar posteriormente a la órbita laboral.

Este estándar estricto fijado por la Corte Suprema reiterado en "Trejo" -por remisión al dictamen del procurador- (fallos, 332:2633, sent. de 24-11-2013) ha sido reiterado, entre muchos otros, en la causa "Insaurrealde" -por remisión al dictamen del procurador- (C.S.J.N, 336:2321, del 10-12-2013).

Con ello y aun cuando comparto la insuficiencia en la defensa de las co-demandadas, en ausencia de identificación de la concreta y precisa conducta que resultaría configurativa de la figura de la culpa de la víctima, cabe precisar que a la luz de lo que el trabajador compromete en el contrato de trabajo (su fuerza de trabajo) y la correlativa obligación del empleador de mantenerlo indemne en su integridad, las pautas enunciadas por la Corte nos colocan frente a hipótesis de excepción completamente ajenas a lo probado en autos.

Ello es así por cuanto el déficit que tornó como vicioso al tablero -por ausencia de puesta a tierra- debió ser advertido y subsanado por la empleadora, quien tiene frente al trabajador una



obligación de resultado de proveerle condiciones de trabajo seguras.

Por ello, hago propio los términos del muy fundado voto del Dr. Medori y, con los agregados coadyuvantes que preceden, doy el mio sobre el punto en idéntico sentido.

Como adelanté, disiento con la cuantificación del daño formulado en el voto precedente y por los fundamentos que seguidamente expongo, propicio la modificación de este aspecto del fallo de primera instancia, acogiendo parcialmente el agravio de ambas co-demandadas.

Como primera medida cuadra señalar que los apelantes no refutan los argumentos del sentenciante de grado, que independientemente del nivel de acierto o desacierto con que pudiera haber procedido, señaló la utilización de una fórmula matemática para fijar el daño material dando cuenta en forma suficiente de su operatoria y las variables tomadas en consideración.

Con ello, luce desacertada e insuficiente la argumentación que se dirige a cuestionar el empleo de una fórmula matemática para determinar la pérdida de chance.

Cuadra señalar que la CSJN ha indicado que la utilización de fórmulas sin mayor aditamento y en la medida que no contemple determinadas pautas propias de la vía del derecho común, resulta lesiva de la pretensión tendiente a la restitución integral (fallo "Arostegui", 331:570, sent. del 8 de abril de 2008). Precisamente la fórmula empleada por el magistrado de la anterior



instancia fue la respuesta del Dr. Guibourg, integrante de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a las observaciones que la Corte formuló a la composición de la fórmula, por cuanto se la consideraba reduccionista.

En la forma de cálculo propiciada en "Méndez" (Sent. 28 de abril de 2008) se mantiene el esquema de una fórmula financiera, modificando variables de manera de satisfacer las exigencias de integridad y actualidad de la reparación pecuniaria, de tal forma de mejorar y eliminar las falencias de la fórmula "Vuotto", elevando la vida productiva de los trabajadores a 75 años de edad -antes era de 65 años-, y reduciéndose la tasa de interés al 4%, para mantener el poder adquisitivo original.

Luego, si bien el presente caso debe juzgarse a la luz de las normas vigentes al momento del hecho (art. 7 del Código Civil y Comercial), no es menos cierto que el artículo 1746 del nuevo Código Civil y Comercial ha privilegiado el empleo de fórmulas análogas a la empleada por el magistrado.

De más está decir, que su empleo o el conocimiento de su resultado para cada caso concreto es útil para brindar cuanto menos una pauta de razonabilidad y objetividad que puede extraerse de ese cálculo, la cual se debe analizar con el resto de elementos a tener en cuenta, de modo tal que nos permita alcanzar una indemnización que mejor se adecue al caso en estudio.

Recientemente ha señalado la Corte Federal en la causa "Recursos de hecho deducidos por



Congeladores Patagónicos S.A. y por Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. 'CNT 43075/2013/3/RH2' en la causa Cannao, Néstor Fabián c/ Congeladores Patagónicos S.A. y otro s/ accidente - acción civil", (sent. del 11 de junio de 2019), que deben considerarse las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los específicos efectos que ellas puedan tener sobre su vida laboral.

Trasladados estos conceptos al presente caso, entiendo que la crítica de la apelante -en cuanto al monto indemnizatorio- debe ser admitida.

Considerando todos los aspectos anteriormente mencionados: que el actor era una persona de 49 años de edad al momento del hecho, que percibía una remuneración acorde con su nivel de calificación profesional y nivel intelectual, que destinaba a los fines y efectos que el *a quo* estableció a fs. 666.

No obstante, concluyo que la fórmula que mejor respeta las pautas reales a considerar, fundamentalmente lo atinente a la posibilidad de variación salarial de acuerdo con las características personales del ingreso de la víctima del infortunio, es la resultante de establecer -con las pautas remuneratorias y etarias obrantes en autos- un promedio entre la resultante de aplicar las fórmulas "Vuoto" (arroja \$373.820,40) y "Méndez" (su cálculo asciende a \$723.928,05). De tal forma, el importe en cuanto es materia de agravio deberá reducirse a la suma de \$548.874,225.



La suma de todos los rubros por los que prospera la demanda (daño por pérdida de chance: \$548.874,22, daño moral: \$200.000, daño psicológico: \$104.000; detracción de la suma abonada por la ART: (-) \$153.334); todo lo cual asciende a la suma de **\$699.540,22.**

A efectos de establecer el preciso alcance de la proporción indemnizatoria en cabeza de cada una de las demandantes -y evitar de este modo cualquier tipo de dispendio posterior-, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 de la ley 24.557 y el artículo 7 del decreto 334/96, debe dejarse establecido que la suma de \$ 153.334 que se reconocen percibidos a fs. 93 parte final deben considerarse cobrada por las Sras. N. y M. por partes iguales, en atención al orden de prelación que emana de la lectura conjunta de los artículos 18, 53 y 98 de la ley 24.241.

La suma final queda en \$441.249,14 (\$517.916,14 - \$76.667) para M. N. N. y \$258.291,07 (\$334.958,07 - \$76.667) corresponden a M. D. C. M.

A dicho importe se le deberán calcular los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén SA, desde el accidente hasta su efectivo pago, lo cual fuera determinado en la instancia anterior y que llega firme a esta Alzada.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Entiendo que la disidencia en la resolución del caso se limita a aplicación de



fórmula matemática y al respecto reiteradamente se sostuvo que: “[...] en punto a la aplicación de la fórmula matemática para la determinación del monto de reparación por daño físico y psicológico, ya se ha expedido esta Sala en autos, “NEIRA BAEZ EDUARDO OSCAR C/ CIEPA JUAN CARLOS Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)”, Expte. N° 506777/2015; “ROJAS MARCELO ALBERTO Y OTRO C/INDALO S.A. Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, Expte. N° 402395/2009; “MENDEZ MIGUEL ANGEL C/ CORSO ANALIA ELIZABET Y OTROS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, Expte. N° 450204/2011; “PAZ ANDREA LORENA C/ MONDACA MANUEL ADAN Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, Expte. N° 471626/2012, entre otros.”

“En tales precedentes sostuvo que “Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (no arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar un quantum por muerte como por incapacidad permanente” (Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, T. VIII, pág. 528, Rubinzal



- Culzoni, Santa Fe 2015), (esta Sala en autos "ARANEDA BEATRIZ ESTEFANIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 470840/2012)".

"Además, que "ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones":

"En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412)", (cfr. voto de la Dra. Pamphile en autos "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)" EXP N° 501889/2014)", ("MALDONADO NORBERTO ADRIAN C/ SUPERMERCADO MAY. MAKRO S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", JNQLA1 EXP 468779/2012), por lo expuesto adhiero a la solución propuesta por el Dr. Ghisini.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**
RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 659/669, modificando el capital de condena, el que se establece en la suma final de **\$441.249,14**



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

(\$517.916,14 - \$76.667) para M. N. N. y **\$258.291,07** (\$334.958,07 - \$76.667) corresponden a M. D. C. M., con más los intereses determinados en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento, confirmándola en lo demás que fuera materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**