000079/2008

--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, bajo la Presidencia del Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“D. S. L. c/ C. SA s/ Cobro de pesos - Laboral” (Expte. 79 - Año 2008 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 381.---

---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

--- Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo de los recursos de apelación planteados por la parte actora (fs. 348) y por la parte demandada (fs. 350), en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 340/345), por el cual se rechaza la demanda deducida por el Sr. S. L. D. contra la sociedad que gira en el comercio bajo la denominación de “C. S.A.”, con costas.---------- Los informes previstos por el art. 62 de la ley 69 se encuentran glosados a fs. 352/364 –actor- y fs. 365/368 –demandada-.---------- Ordenado el respectivo traslado a la contraria (fs. 369), este es evacuado por la actora por escrito obrante a fs. 370/371, y por la demandada por presentación de fs. 373/374 vta.----------

---------- I.- Las partes recurrentes expresan los siguientes agravios, a saber:---------- A) AGRAVIOS DE LA PARTE ACTORA:----------

------ 1) Responsabilidad: Refiere que la sentencia de grado rechaza la demanda recurriendo a la cita de abundante jurisprudencia ajena a la causa haciendo breves referencias a los hechos en cuestión y que generaron la promoción de la demanda. Indica que al promover la demanda se realizó un pormenorizado relato de cómo sucedió el accidente por el cual se reclaman las indemnizaciones a los fines de ser resarcido integralmente de los daños y perjuicios sufridos. Previo transcribir parcialmente lo dicho en su demanda, manifiesta que se puede advertir de ello que se realizó un pormenorizado relato de los hechos sucedidos el día 15-10-2003 que le provocaran graves lesiones. Asevera que no cabe duda que se accidentó mientras se encontraba trabajando a las órdenes de la demandada encontrándose a bordo de una embarcación prestando tareas. Tampoco cabe duda –dice- que una moladora y un cable de acero en la cubierta de un barco son cosas riesgosas ni que se accidentó mientras desarrollaba labores propias del arte de preparación de la pesca. Así, como tampoco caben dudas, afirma, que padeció lesiones graves en el accidente de trabajo y que cubrió las curaciones la aseguradora de riesgos del trabajo, en el marco de la ley 24.557, indemnizándolo en el referido marco legal. Adentrándose en la responsabilidad que le cabe al empleador a consecuencia de los daños sufridos por sus dependientes mientras

se encuentran a las órdenes del patrón o en cumplimiento de tareas específicas, asevera que la responsabilidad del empleador es de carácter objetivo por lo que a los fines de eximirse de ella debe demostrar la responsabilidad de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Por cierto, precisa, el empleador responder por los hechos de sus dependientes en la medida que provoquen daños a otros dependientes o terceros. Indica que demostró la existencia del accidente y sus consecuencias lesivas adoptando la demandada una postura en expectativa, pero en absoluto demostró la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. Señala que al promover la demanda se invocó el art. 1113 del Código Civil y se realizó un relato que contiene la situación fáctica que desembocó en el accidente y llevó a las consecuencias lesivas en su vida. Indica que de la doctrina y jurisprudencia invocada surge con palmaria evidencia que se formula la demanda por daños y perjuicios con fundamento en el riesgo de la cosa y en el hecho imputable a un dependiente de su empleador por el que debe responder la empresa. Aduce que era carga de su parte acreditar la con-causalidad del accidente con las lesiones y derivaciones de las mismas en su vida, extremo sobradamente probado en autos. Expresa que no alcanza que la accionada realice una negativa pormenorizada sino que se exige dentro de su rol un protagonismo a los fines de demostrar la inexistencia de responsabilidad de su parte, carga con la cual no cumplió, de allí la procedencia del resarcimiento integral de los daños y perjuicios. Efectúa cita doctrinal y asegura que a través de la prueba rendida se acreditó la totalidad de los reclamos formulados. Afirma que es errónea la sentencia de grado al afirmar que no ha existido imputación de responsabilidad a la accionada y a los antecedentes expuestos en la demanda, la prueba producida y alegatos formulados a los que se remite. La doctrina moderna, dice, ha abandonado la doctrina de la culpa para atribuir la responsabilidad por factores de carácter objetivo provocando aquel giro la reforma del año 1968, en especial al art. 1113 del Código Civil. Efectúa una extensa reseña con cita de la fuente doctrinal de la cual la extrajera a lo cual remito por razones de brevedad. Insiste en que al promover la demanda ha realizado un detallado relato del accidente respecto a las personas, lugar, elementos y daños padecidos, de tal manera que –asegura- no existe insuficiencia de fundamento de la misma. Postula que la sentencia muestra el desconocimiento de la juzgadora de la anterior instancia de los presupuestos que hacen a la responsabilidad concebidos a partir de la reforma del año 1968 al Código Civil, en que se desplazó la teoría de la culpa por la del riesgo creado. Efectúa cita jurisprudencial en sustento de tal aseveración a cuya lectura remito. Afirma que resulta desacertado el fallo de primera instancia en cuanto afirma que no se encuentra en todo el texto de la demanda por más que se busque entre las citas jurisprudenciales y doctrinarias desperdigadas, imputación de responsabilidad alguna a la demandada. Del relato de los hechos (sucesos del siniestro) en el ámbito del trabajo, por riesgo de los elementos previstos por el empleador y a través del obrar culposo de un dependiente por el cual debe responder el empleador, se realizó suficiente

imputación del hecho dañoso como para que respondiera el principal. Se formula las siguientes preguntas, ¿el cable de acero no es una cosa?, ¿la moladora no es una cosa?, ¿esas cosas no eran utilizadas por la empleadora quien se servía de las mismas en su beneficio?, ¿ese cable de acero y la moladora no eran manipulados por personal dependiente de la empleadora?, ¿el cable se cortó por el contacto con la moladora?, ¿el cable de acero no fue el que provocó sus lesiones?, ¿el accidente sufrido el día 15.10.2003 acaso no fue el que le provocó las secuelas físicas y psíquicas e incapacidades?. Afirma que todas las preguntas formuladas tienen respuesta en el escrito de demanda y en la producción de las pruebas ofrecidas por su parte, de tal manera que existen suficientes imputaciones a la demandada como para que responda por los daños sufridos como consecuencia del accidente de trabajo. Efectúa cita jurisprudencial. Explica que en el caso de los accidentes de trabajo como el planteado en autos, su demostración es siempre resultado de la percepción notoria de la ocurrencia del siniestro y sus secuelas, hechos éstos acreditados y abonados con las pruebas ofrecidas y producidas. Afirma que habría quedado desvirtuada la responsabilidad del empleador si en autos se hubiera demostrado que la víctima actuando con discernimiento y libertad se provocara el propio daño (conf. Arts. 897 y 1.111 del Cód. Civ.) encontrándose ausentes en autos dichos extremos, de manera que el empleador debe necesariamente responder por los daños y perjuicios sufridos por su parte a consecuencia del accidente de trabajo padecido. Añade que nadie puede desconocer que la actividad de la pesca es una de las que mayor cantidad de infortunios produce y eso precisamente tiene que ver con el lugar donde se desarrolla y el ámbito en el que se prestan labores. Refiere que al momento en que se produce el siniestro el barco rola y para una mayor comprensión de la situación en la que produce el accidente –manifiesta- trascribe la declaración del testigo B., quien expuso que “a un compañero que era jefe de planta que estaba cortando un cable en la planta se le escapa la moladora en el momento del rolido –rol del barco por mal tiempo- y el actor que sostenía el cable es víctima del accidente”. Advierte sobre el momento en que se produjo el accidente conforme al relato que surge de la denuncia por parte del empleador ante la Aseguradora de Riesgo del Trabajo, como de la declaración prestada por el mencionado testigo. Entiende que no puede dejar de valorarse la prueba testimonial citada en relación al deficiente sistema de seguridad respecto a los elementos que se proveyeron al actor para trabajar, citando la respuesta a la primera pregunta, relativa a que se le proveyó guantes de hilo. Afirma que acreditó el nexo causal entre el accidente y las lesiones, las discapacidades y dolencias, costos de los tratamientos debiendo en definitiva el sentenciante merituar el importe del resarcimiento que se pidió en demanda. Efectúa cita jurisprudencial correspondiente a ésta Cámara de Apelaciones y del Juzgado Laboral de primera instancia con asiento en la ciudad de Trelew, a lo cual igualmente remito. Concluye que encontrándose acreditados en autos los presupuestos que hacen a la responsabilidad de la demandada por el accidente de

trabajo que sufriera solicita que se revoque el fallo apelado admitiendo la demanda en todos sus términos. 2) Daño: Asevera que se acreditaron la existencia de todos los daños y su magnitud. Refiere que al rendirse la prueba pericial médica el galeno expuso que las lesiones son compatibles con las descriptas en el accidente sufrido el 15.10.2003, expresando que a pesar de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido las mismas perduraron, pasando a transcribir la porción pertinente del dictamen pericial a cuya lectura remito. Alude que en el punto VI de dicho dictamen el perito dejó aclarado que la lesión que registra entorpece todo tipo de actividad laboral padeciendo dolor que es causado por la artrosis postraumática (cita el punto IX). Plantea que de la pericia médica emerge la existencia de los daños que luego fueron objeto de reclamo en demanda y que fueran desestimados por la sentencia que se recurre. Añade que en autos no se manifiesta, ni se avizora, ni se demostró por la accionada eximentes de responsabilidad que las desliguen de los daños padecidos de tal manera que debe –concluye- cargar con las consecuencias dañosas. Aduna que las consecuencias mediatas no solo surgen de la pericial médica sino también de la prueba pericial psicológica. Reseña que la referida pericial (fs. 297/300) concluyó que su parte registra trastornos en etapa posterior a la acción traumática vivenciada e intervenciones quirúrgicas acontecidas existiendo perturbación de su estado anímico e intensa angustia desde el accidente repercutiendo en su situación personal, familiar y social (cita el punto IV). Añade que se registraron cambios en su contacto afectivo con seres queridos, con tendencia a aislarse, excesos de irritabilidad, alternancias anímicas, con fuertes temores de no poder encarar un adecuado futuro para los suyos (cita punto IX). La psicóloga aconsejó el abordaje terapéutico que se encuentra detallado en el informe presentado en fecha 25-09-2007. Reitera que a través de las pruebas arrimadas se acreditaron la existencia de los daños padecidos a partir del accidente siendo tales padecimientos de carácter patrimonial y extrapatrimonial. En el aspecto patrimonial se manifiesta a través de las incapacidades sobrevinientes, el abordaje de intervenciones quirúrgicas, el sometimiento a tratamientos psicológicos, todo producto de las lesiones que le provocó el accidente de trabajo de fecha 15.10.2003. En tanto que en la faz moral, sin perjuicio que el mismo no está sujeto a prueba, por presumirse aquel, se demostró la existencia de la perturbación, ansiedad, intranquilidad y fueron científicamente corroborados a través del informe psicológico obrante en autos. Indica que la juez a quo ni siquiera valoró la entidad de los daños sufridos por su parte y que tienen origen en una situación post-traumática, siendo consecuencia directas del accidente de trabajo padecido por el accionante. Denuncia que el pronunciamiento objeto del recurso, violenta la garantía constitucional consagrada en el art. 19 de la Carta Magna que tutela el derecho de mantener la indemnidad y que se traduce en la máxima *“alterum non laedere”*. 3) Violación del principio de reparación integral: Rememora que al promover la demanda solicitó la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente de trabajo de fecha 15.10.2003. Nunca

se ocultó la percepción dineraria de la suma de $ 30.780,00 de parte de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo “P. ART S.A.”. La indemnización abonada por dicha aseguradora tiene que ver con un pago que merita la incapacidad laboral, por cierto en forma parcial, pero que no atiende el resto de las incapacidades y afecciones padecidas. Expresa que se refiere a parcial precisamente porque lo injusto del sistema instituido por la ley 24.557, es que lleva a que se abonen indemnizaciones sumamente reducidas que le permiten invocar a las empleadoras que han sido liberadas de todo tipo de responsabilidad a partir del pago por parte de las ART. Expone que desde hace algunos años en forma incipiente y en la actualidad con expreso reconocimiento del derecho a la reparación integral, la jurisprudencia ha reconocido el derecho *“alterum non laedere”*, de tal manera que el daño no deba ser soportado por la víctima sino que, por el contrario, aquel –agente- que intervino en la consecución del siniestro debe asumir las consecuencia dañosas. Expone que la Corte Suprema de justicia en el caso “Aquino” ha admitido la reparación integral de los perjuicios no permitiendo la liberación del empleador a consecuencia de las incapacidades sufridas por el dependiente que tienen origen en un accidente de trabajo. Expone que la equidad es una de las fuentes de las cuales se nutre el derecho y recurren a ella los jueces ante situaciones disvaliosas. Si las lesiones que padeció hubieran sido sufridas producto de un accidente de tránsito la suerte suya al tiempo de ser indemnizado habría sido diferente teniendo acceso en forma directa a la reparación integral de los daños y perjuicios pero como se produce en el ámbito del contrato de trabajo no se lo tutela en igual sentido. Expresa que la aseguradora de riesgos del trabajo no indemnizó la totalidad de los daños materiales sino que lo hizo en forma parcial, en atención a que las incapacidades que le provocó el accidente las padecerá de por vida, sólo indemnizó la incapacidad específica en base a un baremo emergente de una ley que resulta –dice- inconstitucional. Tampoco fueron objeto de indemnización los padecimientos de carácter moral, suficientemente abonados con prueba eficaz. Añade que se acreditó en autos la necesidad de someterse a intervenciones quirúrgicas y tratamiento psicológicos que no fueron brindados por la aseguradora de riesgos del trabajo, pero tampoco fueron afrontados en forma pecuniaria. La situación fáctica ni siquiera fue tenida en consideración por la juzgadora de grado. Efectúa cita jurisprudencial a cuya lectura remito. Entiende que resulta incongruente el pronunciamiento de la anterior instancia en la medida que por un lado hace lugar al planteo de inconstitucionalidad y por el otro, ordena el rechazo de la demanda, cuando se ha acreditado la existencia del daño, la entidad del mismo y su repercusión en su vida a nivel patrimonial y moral. Efectúa cita de jurisprudencia del juzgado laboral de Trelew a cuya lectura remito. 4) Arbitrariedad: Arguye que la sentencia debe ser derivación razonada de los hechos expuestos y del derecho vigente, con sujeción a las pruebas rendidas en la causa y en el caso que falte alguno de dichos elementos, el pronunciamiento judicial se transforma en arbitrario, correspondiendo en consecuencia que sea revocado, por encontrarse afectadas

garantías constitucionales que hacen al debido proceso. Cita, con trascripción parcial, fallos vinculados al tópico a los que remito por razones de brevedad. 5) Falta de valoración de la prueba: Sostiene que la sentencia que ataca incurre en tal déficit de valoración, advirtiendo que no valora la producción de la prueba testimonial de la cual emerge que el actor se encontraba desarrollando labores para la empleadora sobre la cubierta del barco al tiempo que una moladora que era utilizada por el jefe de planta corta un cable de acero producto del contacto con el mismo y ello impacta sobre su mano provocándole las lesiones que motivaron la promoción de la demanda. Omite el juzgador, agrega, valorar las deficientes medidas de seguridad brindadas a su parte, a quien a los fines de realizar las labores que desencadenaron en el accidente, se lo había provisto sólo de un par de guantes de material de hilo que, por cierto –expresa-, en nada lo protegió del efecto lesivo provocado por el cable de acero. 6) Violación del principio de primacía de la realidad: Postula que el juzgador tiene una premisa que es encontrar la verdad real. En base a las cuestiones planteadas en la demanda, a la documental ofrecida, los testimonios rendidos y las pruebas informativas (Hospital de Camarones), pericial médica y pericial psicológica, la Juez de grado se encontraba en perfectas e inmejorables condiciones a los fines de arribar a la verdad real, desinteresándose de dicha cuestión. Denuncia que la sentencia que apela ha violentado el principio de primacía de a realidad debiendo ser revocada. Formula reserva de caso federal.----------

--- B) AGRAVIOS DE LA PARTE DEMANDADA:----------

------ 7) Inconstitucionalidad declarada: Expresa que el planteo de inconstitucionalidad de normas de la LRT ha sido llevado a cabo de manera abstracta por la parte actora y también de manera abstracta fue admitido el mismo por la Sra. Juez a quo. El actor se limitó a efectuar la trascripción parcial de una opinión dada en doctrina del fallo de la C.S.J.N. en los autos “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”; y de precedentes pertenecientes a la Justicia Laboral de la provincia de Mendoza. La sentencia definitiva, en el punto I) del considerando, refiriendo que son incontables las decisiones jurisprudenciales que han declarado la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, al vedar el acceso a la reparación civil basada en la culpa, en la culpa del dependiente y/o en el vicio o riesgo de la cosa, por establecer un tratamiento disímil que es contrario al orden constitucional; ello con fundamento en la vulneración de los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la Constitucional Nacional, y tratados internacionales con jerarquía constitucional conforme lo dispone el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna nacional; decide que corresponde sin más hacer lugar en los presentes autos a la inconstitucionalidad de la norma. Queda así puesto de manifiesto, expresa, un planteo abstracto de inconstitucionalidad de una norma de derecho común y de igual manera, su acogimiento, contrariándose así la opinión unánime de la doctrina en cuanto a que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan al juicio en que la declaración se formuló, de manera tal que la ley o acto invalidados continúan surtiendo

efectos en los demás casos hasta tanto no recaiga en ellos un pronunciamiento semejante. Cita la fuente doctrinal en la cual se apoya. Agrega que es admitido dicho planteo sin haber mínimamente especificado y probado el perjuicio económico o moral que la norma impugnada ocasionaría a quien pretende lograr su invalidez constitucional. Efectúa cita doctrinal. Manifiesta que el planteo de inconstitucionalidad del art. 46 de la LRT no mereció tratamiento en la sentencia definitiva que es recurrida, limitándose el decisorio a declarar la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la LRT. Efectúa citas de fallos de la C.S.J.N., de esta Cámara de Apelaciones, de doctrina vinculada y del antecedente “Aquino” con trascripción parcial del voto de los Dres. Belluscio y Maqueda , a todo lo cual remito. Postula que la demanda incoada por el actor nada trae que permita afirmar que la contingencia en base a la cual se acciona no encontraría en el sistema establecido en la LRT una adecuada reparación; y, por ende, en la sentencia la declaración de inconstitucionalidad no viene precedida del necesario “test de razonabilidad”. Vuelve al voto de los ministros de la C.S.J.N. emitido en el caso “Aquino”, considerando 4° al que igualmente remito. Concluye en que la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1° de la LRT, que exime de toda responsabilidad civil a su parte, con la sola excepción de la impuesta por el art. 1072 del Código Civil, ha sido efectuada en abstracto y admitida de igual modo, sin ninguna prueba que acredite el menoscabo que supondría para el actor la aplicación al caso concreto del sistema tarifado establecido por dicha LRT. Plantea caso federal.----------

--- A fs. 370/371, se encuentra glosado el escrito de respuesta a los agravios de la demandada producido por la parte actora.----------

--- A fs 373/374 vta., luce el respectivo responde de la parte demandada respecto a los agravios de la actora.----------

--- II.- En los límites demarcados por los agravios previamente reseñados ingresaré en primer término al tratamiento del único que fuera formulado por la parte demandada –declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la L.R.T.-, en cuanto cuestiona la conclusión expresada en el considerando I) del fallo, por la que la Sra. Juez a quo determina que corresponde hacer lugar a la inconstitucionalidad peticionada. Ello así, merced a que cabe la posibilidad de que, eventualmente, de acuerdo al resultado al que se arribe sobre el tópico, los agravios planteados por la parte actora se tornen en abstractos.----------

--- B); 7).- **Inconstitucionalidad declarada**: Básicamente se postula en sustento del presente agravio que el planteo de inconstitucionalidad realizado en demanda fue abstracto siendo admitido también de manera abstracta por el fallo toda vez que no se especificó ni probó el perjuicio económico o moral que la norma impugnada ocasionaría a quien pretende su invalidez constitucional (vide: escrito de agravios -fs. 366). Se añade, a su vez, que se omitió en el pronunciamiento expedirse en concreto sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 46 de la L.R.T.----------

--- Principiaré por señalar, en el marco provisto por el art. 278 del C.P.C.C. que, magüer

de que ciertamente se incurrió en la omisión denunciada, toda vez que, en efecto, el específico planteo de inconstitucionalidad el art. 46 de la L.R.T., fue materia del marco litigioso sobre el cual debía expedirse la juzgadora del anterior grado, tal cuestión deviene en abstracta en la especie.----------

--- Es que, si se observan los términos en los que se trabara la presente litis, es evidente que con el reconocimiento del actor de haber percibido como “pago a cuenta” de parte de la aseguradora de riesgos del trabajo la suma de $ 30.780 (ver: punto 9 del escrito de demanda –fs. 35 vta./36-); y, concomitantemente, denunciado que fuera en el escrito contestatario que el actor percibió el importe liquidado con base al grado de incapacidad determinado por la comisión médica respectiva sin haber dirigido cuestionamiento alguno al respecto, el planteo de inconstitucionalidad respecto al art. 46 de la L.R.T., en cuanto prevé la competencia federal respecto a los “recursos” u acciones que se pudieran deducir en relación a *“Las resoluciones de las comisiones médicas provinciales...”* (sic)(conf. Art. 46, apart. 1° de la L.R.T.), carece de objeto y contenido en el caso bajo análisis.----------

--- Me restrinjo a puntualizar la ausencia de “caso constitucional” o materia de análisis en relación únicamente al apartado 1° del citado art. 46 de la L.R.T., toda vez que los apartados 2° y 3° no responden ni se adecuan a las circunstancias de la presente causa, puesto que no se dedujo en la especie una acción derivada del art. 1072 del Cód. Civ.; ni se trata de la ejecución de cuotas, recargos e intereses, ni de multas o contribuciones a cargo de los empleadores privados auto-asegurados y aportes de las ART. Ello, allende que, para tales supuestos, se prevé en la norma de cita la competencia de los tribunales locales.----------

--- Insistiré, de los antecedentes jurisprudenciales que se registran en la Corte Federal relativos a la norma de mentas (art. 46, apart. 1° de la L.R.T.) la competencia federal atribuida por dicha norma, en tanto atribuye la competencia federal para atender los recursos deducidos en contra de los dictámenes de las comisiones médicas, indicando que será de competencia de la justicia ordinaria la pretensión de otorgamiento de las prestaciones del sistema de la L.R.T. por una aseguradora de riesgos del trabajo, cuando no desee el trabajador o sus derecho habientes transitar la vía de las comisiones médicas, tiene interés sólo cuando concurran tales presupuestos fácticos (Vide: C.S.J.N., in re: “Castillo, Angel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.”, del 7/9/2004; y “Venialgo, Inocencio c/ Mapfre Aconcagua Aseguradora de Riesgos del Trabajo y otro”, del 13/3/2007; ver: comentario de Ackerman, Mario E., en “La Ley sobre riesgos del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2008, Cap. II, págs. 39 y sgtes).----------

--- Empero, si el trabajador no solo transitó la vía de la comisión médica sino que, además, ésta produjo su resolución y no solo no fue ésta cuestionada por el trabajador accidentado sino que, aparte de consentir su intervención y dictamen, éste percibió la indemnización tarifada según incapacidad determinada por dicha comisión, tal como

fuera admitido en demanda, la pretensión declarativa de inconstitucionalidad dirigida en contra de tal norma deviene en vacía de contenido no correspondiendo que la jurisdicción se expida en abstracto a su respecto.----------

--- En consecuencia, propondré al acuerdo suplir la omisión en la cual se incurriera en el pronunciamiento de primera instancia, desestimando el planteo de inconstitucionalidad del apartado 1° del art. 46 de la ley 24.557, por resultar el mismo vacío de contenido en el presente proceso.----------

--- Dicho lo anterior, en lo relativo al cuestionamiento constitucional dirigido al apartado 1° del art. 39 en cuanto establece *“Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil”*(sic), principiaré dando razón a la demandada recurrente en cuanto no corresponde juzgar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tal norma en abstracto sino que, siguiendo el criterio sentado por la Corte Suprema en el caso “Gorosito” y que estimo no lo ha variado en el caso “Aquino” que citara la juzgadora de primera instancia, deberá verificarse que concurran los presupuestos establecidos como “test de razonabilidad” en el primero de los citados antecedentes.----------

--- Es que, participo de la posición doctrinal que predica que, en sustancia, los fundamentos del caso “Aquino” no divergen del dado en la causa “Gorosito”. En éste se sostuvo que de la disposición contenida en el artículo 39.1 “no se podrá predicar en abstracto que el precepto...conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional”(consid. 18). En la referida causa se tuvo por no acreditada la violación de dicha garantía, situación distinta a la planteada en “Aquino”, en que dicho agravio surgió evidente. En definitiva, tanto en un caso como en otro se dio la misma solución práctica. En “Gorosito” se sostuvo que “las limitaciones son propias de la discreción del cuerpo legislativo, y por lo tanto, no son susceptibles de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado”(consid. 17). En “Aquino”, el Cimero Tribunal consideró que, en el caso, la indemnización que surgía en virtud de lo dispuesto en la LRT era irrisoria, por lo que declaró la inconstitucionalidad de la aplicación de la norma al caso, y dispuso que la reparación se realizara en virtud de otros parámetros.----------

--- Paralelamente, se expone, que dado que en nuestro régimen legal pueden coexistir varios regímenes de responsabilidad, a los fines de determinar su razonabilidad para reparar el daño ocasionado deben adoptarse algunos recaudos. Y a tal efecto se postula que no corresponde que la comparación se realice solo entre los montos que surgen por aplicación de uno y otro régimen, sin tener en cuenta las referidas ventajas comparativas y, en especial, se mencionan como ejemplo: amplios presupuestos de responsabilidad, restricción de eximentes, automaticidad de las prestaciones, aceptación práctica de la teoría de la indeferencia de la concausa y cierta seguridad en

la percepción del crédito en cuanto, a todo evento, responde el fondo de reserva de (art. 34 de la LRT)(Conf. Vázquez Vialard, Antonio, “La CSJN, en la causa “Aquino” en lo substancial, más allá del uso de ciertas expresiones abstractas, no ha modificado la doctrina del caso “Gorosito””, en Rev. de Der. Lab., número extraordinario, “Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. Año 2004, págs. 111 y sgtes.; id. ver también: Ackerman, Mario, op. Cit, Cap. IV, págs. 115 y sgtes.; idem., Maza, Miguel A., “Los recaudos del planteo de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 39 de la ley de riesgos del trabajo”, Rev. de Der. Lab., año 2002-1, “Ley de Riesgos del Trabajo-II”, págs. 55 y sgtes.).----------

--- Tal posicionamiento doctrinal sobre el asunto de marras encuentra anclaje, a su vez, en la distinción entre las inconstitucionalidades absolutas y relativas. Es decir, entre supuestos en los que la norma inferior resulta siempre y en todos los casos inconstitucional y aquellos otros en los que dependen de ciertas circunstancias. En esta distinción, podríamos acordar que el supuesto bajo examen se inscribe entre las denominadas situaciones de inconstitucionalidad relativa. Esto es, el apartado 1ro. del artículo 39 de la LRT milita en la segunda de las categorías enunciadas, ya que no en todos los supuestos de contingencias (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales) provoca agravio constitucional (Conf. Sagües, Néstor P., “Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario”, Ed. Astrea, 3ra. ed., año 1992, T. II, págs. 87 y sgtes.; y, Ackerman, Mario, ops. Cit., págs. 133/135; id. Maza, Miguel A., “Los recaudos del planteo de inconstitucionalidad contra el apartado 1ro. del artículo 39 de la Ley de riesgos del trabajo”, en Rev. de Der. Lab., año 2002-1 “Ley de Riesgos del Trabajo-II”, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 55 y sgtes.).----------

--- Sin embargo, resulta evidente por las propias circunstancias que concurren en el particular supuesto de autos, que el actor pretende una reparación integral que estima no ha satisfecho la indemnización tarifada de la ley del riesgo del trabajo que percibiera. De allí que descarto que pudiera evaluarse el dicente carácter abstracto de su pretensión indemnizatoria, al menos al momento de interponer la demanda, a partir de que no indicara cuál fue el perjuicio económico y moral que la norma impugnada le ocasiona. Es que, respecto al punto es de ver que, en el caso, no solo se indemnizó en el marco de la ley especial haciéndose de tal modo efectivo el marco de beneficios que promueve dicho marco normativo (las ventajas comparativas enunciadas “supra”) agotándose el mismo, sino que ahora se postula en el marco del presente proceso el reclamo por rubros no comprendidos en tal reparación y que arrojan “prima facie” –para el caso que fueran admitidos- un quantum resarcitorio notoriamente superior. Esto es, resulta en extremo difícil definir apriorísticamente, al momento de producirse la traba de la litis, si concurren en el supuesto los parámetros fijados por la Corte –menoscabo sustancial a la garantía invocada fin de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 39, apartado 1° de la ley de riesgos del trabajo a efectos de justipreciar si es viable el reclamo de la reparación de los daños

y perjuicios de acuerdo a las normas del Código Civil, o sea, más allá del tope de la tarifa que fija dicha LRT (art. 39, apart. 2° ley 24.557).----------

--- Este es el criterio que he seguido en antecedente análogo al presente en los cuales se ingresó a tal comparación arribándose a resultados atenidos a las particularidades del supuesto planteado, expidiéndose este tribunal de modo disímil sobre la constitucionalidad de la norma bajo análisis (Conf. S.D.L., N° 20/03, CANE).----------

--- En consecuencia, propondré al acuerdo primariamente que se ingrese al tratamiento de los agravios formulados por el actor relativos a su pretensión tendiente a obtener el reconocimiento de una indemnización integral bajo la aplicación de las normas del Código Civil o las que correspondan aplicar al supuesto según surja del ejercicio del *“iuria novit curia”*. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

------ A).- 1).- **Responsabilidad:** Básicamente la Sra. Juez de grado previo a poner de resalto la que estima como deficiente manera en que se invocó el derecho de aplicación al caso infiriendo que se pretendió fundar la demanda en las disposiciones del art. 1.113 del Código Civil, expuso: *“...más allá del relato del hecho accidental en sí, no se encuentra en todo el relato de la demanda por más que se busque entre las citas jurisprudenciales y doctrinaria desperdigadas, imputación de responsabilidad alguna a la demandada.(...) De tal modo no se sabe si la responsabilidad civil que pareciera pretenderse de la demandada tiene su fundamento en el obrar culposo de la demandada o de un dependiente...*”, concluyendo en párrafo subsiguiente luego de evaluar las alternativas posibles de atribución de responsabilidad en el marco de dicho artículo, en que *“Estas posibilidades entre otras que se podrían haber invocado, desde la responsabilidad por las cosas de las que el empleador pudiera haberse servido hasta el vicio o riesgo de las mismas, pasando por el incumplimiento del deber de seguridad, no pueden ser suplidas por el Juzgador. Claro para mi resulta que tan particular modo de proponer la demanda obsta a su admisión, ya que dentro del esquema de la responsabilidad civil la falta de imputación de responsabilidad no puede ser subsanada...”*(sic)(conf., considerando de fs. 342 y vta.).----------

--- A tenor de tal eje argumental trascripto que fue el dirimente para terminar desestimando el reclamo indemnizatorio, diré “ab initio”, que de manera alguna lo comparto. Es que, bastará con poner de resalto que las partes se encuentran solo impuestas de alegar los hechos fundantes de sus respectivas pretensiones activa y pasiva, lo cual ciertamente ambas partes del presente litigio hicieron. Y, consecuentemente, el punto de vista jurídico –calificación- del estado de hecho presentado por ellas en el proceso, será una cuestión que le competía al juzgador independientemente de cual hubiera sido la proyección jurídica que de tales hechos alegados hubieran querido dar a sus respectivas pretensiones activa o pasiva (“*da mihi factum et dabo tibi ius”*).----------

--- Es que nuestro ordenamiento procesal se adscribe a la denominada teoría de la substanciación por la cual basta con la alegación de los hechos. La relación entre los

hechos del caso y el supuesto de hecho normativo se patentiza en el funcionamiento de la norma, más concretamente en su aplicación. Y esta operación que se denomina “calificación jurídica” o “subsunción”, que consiste en determinar si los hechos del caso coinciden con los descriptos en el supuesto de hecho normativo, es tarea del juzgador.----- Ello así, máxime cuando como sucedió en el supuesto bajo análisis la parte demandada pudo identificar el derecho en el cual se sustentara la pretensión actoral (fs. 73 “in fine”).----------

--- Tengo dicho en un supuesto análogo al presente, que en tanto no se modifiquen los supuesto fácticos del caso traído al proceso por las partes en litigio, son los jueces quienes se encuentran bajo el poder-deber de calificarlos jurídicamente y elegir la norma que a su criterio es la que corresponde aplicar al caso puesto a su conocimiento y resolución, con prescindencia de los planteos que en relación a ellos hubieran o no hecho las partes. Esto es atinente, entonces, a la calificación jurídica –subsunción- que, en última instancia, es la que efectúa el juzgador para emitir su juicio.----------

--- Pues bien, el derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente del *iuria novit curia* como una circunstancia que exime a las partes de alegar y probar el derecho del caso, por un lado, y que justifica que inclusive el juez pueda apartarse de las consideraciones jurídicas que realicen aquellas, por el otro. Respecto a esta última cuestión, la Corte federal ha repetido en numerosos precedentes que, con arreglo a esta regla, el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (Conf. S.C.J.N., Fallos: 296:633; 299:78/429; 300:1034; 305:405; 308:778; 310:1536, etc).----------

--- El problema es determinar hasta dónde llega la libertad del juez en la selección de la norma (*iuria novit curia*) sin traspasar los límites de la *“causa petendi”* como elemento configurador del objeto del proceso; extralimitación que, de producirse, daría lugar al potencial vicio de incongruencia del decisorio.----------

--- Este problema, se dijo, es quizás el de más difícil solución de todo el Derecho Procesal, hasta el punto de que probablemente nunca llegue a resolverse satisfactoriamente en la doctrina ni en la jurisprudencia (Conf. Marín Castán, Francisco “Capacidad de influencia del juez sobre el objeto de proceso y congruencia de la sentencia”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, “Cuaderno de Derecho Judicial”, año 1996, N° XXIII, pág. 512).----------

--- De todas formas, en este contexto, en aras de tomar posición respecto al tópico, estimo que el presente caso pone en el tapete como juegan estas dos reglas técnicas de la actividad de sentenciar, como lo es el *iuria novit curia* y la de la *congruencia* que si bien de ninguna manera da pié a afirmar que resulten incompatibles, lo cierto es que a poco que se ingrese a su análisis da lugar a advertir cierta tensión, una puja entre ambas –y que no es más ni menos que la tensión que existe entre los poderes y los

límites del Juez- que torna necesario encontrarle el punto de equilibrio en cada caso a examinar.----------

--- Antes de entrar al tratamiento de la calificación legal y sus límites, es preciso abrir un paréntesis para precisar el concepto de pretensión por tratarse de un aspecto medular de la cuestión a resolver. A tal efecto, considero clarificador en la especie traer a colación la diferenciación que efectúa Adolfo Alvarado Velloso, quien distingue la pretensión social de la pretensión procesal. Respecto de la primera, mira la actividad que se cumple en la vida jurídica, sostiene que la pretensión es una declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cuál se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena (ejemplo: “págame todos los daños sufridos”). Si esa pretensión –por ahora ubicada en el plano de la realidad social- es satisfecha (“te pago los daños sufridos”), la cuestión concluye allí. Pero si es insatisfecha por la aparición contemporánea de una resistencia a ella (“no corresponde que te pague o ya te pagó la aseguradora del riesgo del trabajo” o “nada te debo”), se origina en esa realidad social el conflicto inter-subjetivo de intereses. Suscitado este conflicto y obviamente no solucionado el mismo en el plano de la realidad social, como aconteciera en el caso bajo tratamiento, la pretensión indemnizatoria que lo originó y que se encuentra expuesta en la demanda fundada en los hechos que fueran reconocidos (principalmente el acaecimiento del accidente laboral en el lugar y día denunciado -15/10/2003-)(ver: punto 3 “Hechos” -fs. 28/29- y punto II del escrito contestatario –fs. 72 y vta.-), se traslada al plano jurídico del proceso mediante el ejercicio del derecho de acción, por la cual se pretende la reparación integral por vía de la aplicación de las normas del Código Civil y que se materializa con la demanda judicial.----------

--- Es allí donde se perfila recién el concepto de pretensión procesal, como aquella declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el Juez emita –después de tramitado el proceso- una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento (Conf. aut. cit. en “introducción al Estudio del Derecho Procesal”, 1ra. parte, reimpresión, Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 97 y sgtes.).----------

--- En esta dirección, queda en claro que toda pretensión procesal implica entonces la afirmación de la existencia de una relación jurídica, es decir de un vínculo que surge entre dos sujetos con motivo de un acontecimiento de trascendencia para el derecho. Y, por lo tanto, en toda pretensión, al igual que en toda relación jurídica, puede advertirse la existencia de tres elementos que la integran: sujeto, objeto y causa. Los sujetos de la pretensión serán el actor y el demandado, que son las partes de una relación bipolar. El objeto de la pretensión (*petitum*), es obtener de la jurisdicción una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda. Así, Palacio sostiene que el objeto de la pretensión debe ser considerado desde un doble punto de vista: el *objeto inmediato*, que es el tipo de resolución o pronunciamiento que se reclama (por: ejemplo que se declare la obligación de resarcir los daños sufridos en la integridad psicofísica

del actor condenando, por ende, al pago de daños y perjuicios a la patronal demandada); y el *objeto mediato* que es el bien jurídico sobre el cuál debe recaer en forma concreta el pronunciamiento reclamado (por ejemplo: la suma de dinero que se pide que se admita por tal concepto). La causa de la pretensión (*"causa petendi"*), consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la que se le asigna una determinada consecuencia jurídica (el daño sufrido en ocasión o con motivo del trabajo)(Conf: Palacio Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", 16ta. ed., Ed. Abeledo Perrot, ed. año 2001, págs. 97 y sgtes.).----------

--- A su vez, resulta útil destacar que Alvarado Velloso repensando la mencionada concepción de la *"causa petendi"* y a modo de innovación propicia distinguir dos sub-elementos dentro de dicha causa: el primero constituido por el hecho o hechos afirmados en la demanda y, eventualmente, en la reconvención, a los cuales se le asigna por el actor o reconviniente trascendencia jurídica, convirtiéndose así en la base o fuente del derecho pretendido; y el segundo sub-elemento constituido por la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado o el reconviniente al actor, en base a aquel hecho (Aut. y op. cit., pág. 99).----------

--- Y, como se verá, tales precisiones conceptuales y distinciones tendrán relevancia para delinear la frontera entre el poder que el juzgador ejerce por vía de la calificación jurídica de la pretensión aplicando el *iuria novit curia*, con el límite impuesto por el principio procesal de congruencia.----------

--- Antes, asimismo, es pertinente distinguir entre objeto litigioso o relación jurídica litigiosa y pretensión procesal para determinar a cuales de tales situaciones alude el deber de calificación del Juez al que venimos refiriendo. Puede decirse que objeto litigioso es aquel que en el proceso se contradice entre las partes y que debe ser materia de resolución en la sentencia. Esto es, no puede identificarse el mismo ni con la petición, ni con la pretensión, ni con la resolución que se pide al tribunal. Es decir, el objeto litigioso es la controversia efectivamente concretada entre las partes, en el momento o etapa de afirmación y negación respectiva (en la especie que los daños por los que se reclama resarcimiento deban ser afrontados por la patronal toda vez que la aseguradora de riesgos del trabajo abonó solo una indemnización tarifada por aplicación de la ley especial de riesgos del trabajo). Es decir, la concreta controversia habida cuando ha quedado trabada la litis (Conf. Falcón, Enrique M., en "Derecho Procesal...", Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 2003, T. I, pág. 147/148).----------

--- E igualmente, es necesario indicar qué se entiende por calificación jurídica. Ella es subsumir o encuadrar los hechos en una norma jurídica. Esto es, fijados los hechos de la litis (aquellos afirmados y confirmados, los que en el caso tornan relevantes el acaecimiento del evento dañoso durante la navegación y en ocasión de encontrarse el Sr. D. desempeñando sus tareas en el buque) debe determinar el juzgador si existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que, como antecedente –supuesto de hecho abstracto normativo- prevea la situación de hecho concreta probada en el supuesto, y, a

partir de allí, si el efecto jurídico que la norma prevé para ese supuesto de hecho – consecuencia jurídica- concuerda o no con la perseguida por las partes. Es tal operación intelectual del sentenciante la que constituye la calificación jurídica que es tarea propia del juzgador derivada de la regla *iuria novit curia* e impuesta como verdadero deber a los jueces (Arts. 34, inc. 4to. y 163, inc. 6to. del C.P.C.C.).----------

--- Acordados que fueran tales conceptos y precisiones, tengo para mi que la calificación jurídica delegada como facultad-deber del juez opera solo sobre el objeto litigioso. Esto es, no puede el juez en ejercicio del *iuria novit curia* calificar la pretensión sino el objeto litigioso conformado por lo afirmado y contradicho respectivamente.---------

--- Habida cuenta de ello, el juez deberá evaluar la imputación jurídica efectuada por el pretendiente pero con relación a la reacción opuesta por el demandado y, en ese estado, calificar legalmente y aplicar el derecho que corresponda al caso. En consecuencia, así como por la regla de la congruencia no podrá bajo ningún concepto el juzgador variar las condiciones fácticas que son el fundamento de la situación que generó la controversia, tampoco podría, so pretexto de “calificar legalmente” o “aplicar el derecho”, sustituir la pretensión o pretensiones por otras que no fueron articuladas por las partes y, por ende, debatidas en el proceso. Dicho de otro modo, no podría el juzgador aludir a hechos no aportados por las partes, ni resolver pretensiones distintas o no efectivizada por ellas.----------

--- Es en este punto del análisis que cabe recordar la concepción del procesalista rosarino, profesor Adolfo Alvarado Velloso que ya citara “supra” en cuanto distinguió dos sub-elementos de la *“causa petendi”*, el primero constituido por el hecho o hechos afirmados en la demanda y contestación-reconvención, a los cuales cada parte les asignan trascendencia jurídica, y el segundo, constituido por la *imputación jurídica* que cada una de ellas efectúa en base a aquellos hechos. Pues, ninguno de tales elementos habrían de ser alterados o sustituidos por el juzgador a tenor a cómo se configuró la presente litis.----------

--- En el particular supuesto a resolver encuentro que ateniéndose a tal marco de entendimiento, el objeto litigioso transitó principalmente en negar que por los daños sufridos en el siniestro deba la patronal afrontar sus consecuencias merced a que el trabajador ya percibió la tarifa legal prevista en la ley de riesgos del trabajo, y no sobre la deficiente manera de postular el débito de responsabilidad que sin lugar a dudas se le atribuye al demandar a la patronal.----------

--- En este punto es que hubo, para mi, un exceso en la auto-limitación a la que se sometió la juzgadora a quo en su ejercicio del poder deber de fallar de acuerdo al *iuria novit curia*, en cuanto apartándose de lo debatido en el proceso o lo que es lo mismo decir, del objeto litigioso que conformó el *“thema decidendum”* sobre el que debía expedirse congruentemente, trajo a colación un aspecto supuestamente deficitario en el modo de proponer la demanda que derivó en que omita toda consideración sobre aquello en lo que sí debía expedirse, cual es, si existía o no derecho al resarcimiento de

los daños y perjuicios sufridos, o en su caso, cuáles debían ser resarcidos y en qué medida de acuerdo al marco legal que considerara es de aplicación en la especie.--------

--- La máxima *iuria novit curia* no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables; significa tan solo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. El límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto a sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio.----------

--- En definitiva, la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte, encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, cuya configuración pertenece al ámbito del poder de disposición de los sujetos involucrados en el conflicto.----------

--- Bastaba en la especie a que, si se consideró que existían falencias en el modo de proponer la demanda se requiriera su subsanación de oficio al actor en el primer despacho, a efectos de lograr una correcta traba de la litis (Conf. Art. 35, inc. 4°, apart. b, del C.P.C.C.).----------

--- Esto último, sin perjuicio que, de advertir la demandada obstáculos a su debido ejercicio de defensa en juicio, pudiera haberse planteado excepción de previo y especial pronunciamiento en tal sentido (Art. 347, inc. 5° del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del juego coordinado de los arts. 21, 52 y 76 de la Ley 69).----------

--- Es en tal marco hermenéutico que, tal como lo adelantara, tendrá acogimiento en mi voto la pretensión impugnativa deducida por la parte actora recurrente en relación al tópico, por lo menos en lo principal que comprende su queja.----------

--- Ahora bien, merced a ello es que se impone ingresar derechamente al núcleo de lo pretendido, estableciendo en primer lugar cuál es la órbita normativa de aplicación al supuesto. Esto es, si corresponde aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual o aquellas relativas a la responsabilidad contractual.----------

--- Y en tal sentido observo que la responsabilidad civil del empleador por el daño sufrido por el trabajador con motivo o en ocasión del trabajo, es consecuencia de la ejecución de un contrato de trabajo existente entre ambos, y sólo puede derivar el deber de responder por los daños y perjuicios sufridos por el dependiente por el incumplimiento doloso o culposo del empleador de las obligaciones a su cargo las que le son impuestas por el mismo contrato de trabajo o sea convencionalmente, o supletoriamente, por la ley. De ello se sigue, pues, que la normativa civil que regula la responsabilidad por los actos ilícitos, no es aplicable a los accidentes de trabajo salvo que éstos fueran delitos (Conf. art. 1107 del Código Civil).----------

--- Sabido es que la responsabilidad contractual es aquella que deriva del incumplimiento de una obligación, no solo impuesta por un contrato, sino también, de una manera más general, por la ley, como por ejemplo la que atribuye el Régimen Legal

del Contrato de Trabajo al empleador en el art. 75 –deber de seguridad que pesa sobre la patronal en tutelar la indemnidad física de los dependientes-. Tal responsabilidad contractual, la que deriva del incumplimiento a una obligación predeterminada y preexistente inclusive al contrato mismo, genera la obligación de responder por el daño ocasionado pasando de un débito de prestación a un débito indemnizatorio (conf. art. 519 y sgtes. del Código Civil.----------

--- No omito considerar la nueva redacción dada al art. 75 de la L.C.T. por el art. 49 de la Ley 24.557, por la cual se eliminó el epígrafe “Deber de seguridad”, lo cual dio para plantear alguna duda acerca de la subsistencia de ese deber luego de la reforma. En efecto, una interpretación literal y aislada del mencionado artículo 75 de la L.C.T., en su actual redacción llevaría a limitar el alcance del deber de seguridad a cargo del empleador a las siguientes prestaciones: a) observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo; b) hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal. Empero soy de la opinión que, pese a la modificación introducida, subsiste el contenido de la obligación de seguridad del anterior texto legal. Digo así por las siguientes razones: en primer lugar, la referida limitación del alcance de la obligación de seguridad no se compadece con los objetivos de la ley 24557 de reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo, y de promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención (Arts. 1°, inc. 2°, aps. a y d; 42, inc. b, LRT); en segundo término, la ley 24557. no derogó ni modificó toda la normativa de la L.C.T., que tiende a asegurar la indemnidad del trabajador a través de la tutela de su vida, su salud y su integridad psicofísica (Conf. arts. 4°, 65°, 66°, 68°, 70°, 72°, 73° y 77° de la L.C.T.).-------

--- La enumeración efectuada no pretende de modo alguno ser taxativa ni mucho menos, pero revela que de ningún modo puede interpretarse que hubiera sido suprimido del ordenamiento protectorio laboral el deber de seguridad que debe proveer a la tutela de la integridad personal y de los bienes del trabajador.----------

--- Es en tal contexto que, a mi juicio, la plena vigencia de los deberes de buena fe, diligencia e iniciativa a cargo del empleador, en el marco de un contrato que tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí prestada en una organización ajena, permite concluir que el contenido de la obligación de seguridad a cargo del empleador debe ser amplio, pese a la reforma del art. 75 de la L.C.T. dispuesta por la L.R.T.. Esta inteligencia, por otro lado es compatible con la Ley de higiene y seguridad en el trabajo a la cual reenvía el apartado 1° del citado art. 75 de la L.C.T. vigente. Y, por otro lado, antes de todo ello, constituye un principio general del derecho laboral (vide: arts. 4°, 5°, 8° de la ley 19.587)(Conf. Lombardi, J. C. “Artículo 75 de la ley de contrato de trabajo “Deber de seguridad”. Reforma de la ley 24557 de riesgo del trabajo”, en D.T., 1996-A-1135/1158; id., Vázquez Vialard, Antonio, “Aspectos fundamentales de la ley de riesgos del trabajo –N° 24.557-“, en T. y S.S., 1995-741; id. Gaetán, Julio César “Ley de riesgos del trabajo. Análisis crítico”, D.T. 1997-B-

1935/1989, en especial capítulo tercero, punto 1°, pág. 1981 y sgtes.; Conf. Fernández Madrid, J. C. “Tratado teórico práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, ed. año 1990, T. II, pág. 1082; id. Peretti Griva, Ricardo D., “Sobre la garantía de incolumnidad del trabajador en el ambiente de trabajo”, D.T. 1947-257; Livellara, Carlos A., en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dir. por Vázquez Vialard, Antonio; Ed. Astrea , ed. año 1982, T. III, pág. 715; Alvarez, Eduardo O., “El deber de seguridad y los infortunios laborales en la ley de contrato de trabajo”, en”La responsabilidad”, obra colectiva publicada en homenaje a Isidoro H. Goldenberg, Dir. Alterini-Lopez Cabana, ed. Abeledo Perrot, ed. año 1995, pág. 843 y sgtes).---------- Y en tal dirección encuentro en extremo útil traer a colación el análisis relativo a si cabe considerar a este crédito de indemnidad, del cual es titular todo trabajador como contrapartida del débito de seguridad que recae sobre su empleador, como una obligación de medios o de resultados. Es que ello implica diversos factores de atribución de responsabilidad a utilizar para atribuir las consecuencias derivadas de un daño sufrido por el dependiente en su lugar de trabajo, o bien, con motivo o en ocasión de ejecutar su prestación de tareas. Será la culpa en las obligaciones de medios y responsabilidad objetiva –factor de imputación “seguridad” o de “garantía”- en las obligaciones de fines. El distingo entre ambos tipos de obligaciones se encuentra ubicado en el alcance del cumplimiento (obtención del fin en los deberes de resultado y actuación diligente en los deberes de medios), circunstancia que, por consecuencia, permite concluir que en las obligaciones de fines el factor de atribución es objetivo y en las obligaciones de medios es subjetivo.----------
--- En tal sentido, pues, encuentro indudable, al menos lo es para mi, que el deber de seguridad implicado en los contratos de naturaleza laboral, en el modo en que fuere éste enunciado “supra”, da contenido a una obligación de resultado en la cual el factor de atribución es objetivo fundado en la garantía o crédito a la seguridad especial según sea la óptica desde la cual se lo mire. Es que no encuentro que pudiera pensarse que el fin perseguido con el deber de seguridad impuesto al empleador por la normativa laboral pueda considerarse contingente, y por ende, sea suficiente la observancia de la conducta prudente y diligente del empleador. Y en esta inteligencia la patronal debía invocar y acreditar la causa ajena (sea el hecho de la propia víctima, de un tercero por quien no debe responder o el *casus* del art. 514 del Cód Civil), no siéndole suficiente su no culpa o la ausencia de culpa, la que deviene inocua en la especie. Ello allende que es de poner de resalto que no fue siquiera sugerida la inexistencia de culpa imputable a la patronal (Conf. Bueres, Alberto J, “Responsabilidad contractual objetiva”, en J.A. 1989-II-964; id. Vázquez Ferreira, Roberto, “Responsabilidad contractual objetiva”, en L.L. 1988-B-998; ver: Zavala de González, Matilde, en”Actuaciones por daños”, Ed. Hammurabi, ed. año 2004, págs. 226 y sgtes., & 125, 126 y 127).----------
--- Sólo a título de mayor abundamiento destaco que aún cuando me posicionara en una interpretación que podría calificar como “tradicional” en la cual se exigiría que el

actor en autos, para poder obtener el resarcimiento por los daños sufridos, debiera haber demostrado el incumplimiento de una norma precisa de seguridad, o más genéricamente, la violación a un deber de previsión de su empleador, inscribiéndome de tal manera en la postura doctrinaria que predica que el empleador solo está obligado a adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica de los trabajadores bajo su dependencia, lo cual traduciría la conceptualización de una obligación de medios a su cargo; tampoco alteraría el sentido que se perfila en mi voto. Es que bastaría con evaluar el testimonio del Sr. J. C. B., quien no solo era compañero de trabajo del actor a la fecha del accidente (era el contramaestre del barco) sino que, además, manifestó estar vinculado laboralmente con la demandada desde hace 22 años. Por tal circunstancia, obvio es destacarlo, dicho testigo es en extremo relevante para la elucidación del aspecto bajo puntual análisis, cual es, reitero, si existió o no un apartamiento del deber de diligencia y prevención de la patronal –traducido en un deficiente cumplimiento a las normas de seguridad-. El mismo expresó ante preguntas específicas relativas a donde ocurrió el evento dañoso “en la planta del barco” (resp. a la 3ra.), con qué elementos curativos contaba la embarcación M. P. al tiempo que sufrió el accidente el Sr. D., “no sabe, agua oxigenada y alcohol” (resp. a la 6ta.) y si con posterioridad al accidente sufrido por el Sr. D. se hayan modificado las medidas de seguridad en las embarcaciones de C., respondiendo “no, no cree” (resp. a la 10ma.). Y, específicamente repreguntado dicho testigo en relación a si el actor se lo proveyó de guantes para trabajar, el mismo respondió “si, tenía puestos unos guantes de hilo” (resp. a la 1ra. repregunta). Asimismo, preguntado sobre cómo sucedió el accidente expresó que el jefe de planta estaba cortando un cable y se le escapó la moladora en el momento del rolido (rol del barco por mal tiempo) y el actor que sostenía el cable es víctima del accidente. Esta versión del suceso corrobora en general a la dada por el actor en su demanda (fs. 28 y vta.). Me parece suficiente el testimonio aludido a los efectos de ponderar como acreditado en autos la absoluta falta de previsión y diligencia de la patronal, la que lejos de adoptar las medidas de seguridad mínimas y que se induce sin mayor esfuerzo de dicho relato las omitió, se generó con ello las circunstancias propicias para que acaecieran los daños sufridos por el actor en el evento. Esta inteligencia estimo que se encuentra plenamente adecuada al nexo de causalidad entre el incumplimiento (disconformidad con la conducta debida con la obrada –omisión de obrar con previsión y diligencia-) de aquello que requería las mínimas medidas de seguridad en la ocasión (guantes adecuados para maniobrar con las redes y demás artefactos de pesca, como aquellas medidas de resguardo de una situación que es propia de la navegación) y el evento dañoso sucedido (corte del cable que venía maniobrando el actor provocado por la moladora con motivo del movimiento abrupto del barco)(Arts, 519 y sgtes. del Código Civil; arts. 386 y 456 del C.P.C.C.; y, art. 45 de la Ley 69)(Conf. De La Fuente, Horacio H., “Los accidentes de trabajo y la

acción de derecho común", D.T. 1980-597).----------
--- En tal tesitura, admitido que fue la existencia del contrato laboral y el acaecimiento del siniestro en el buque mientras se encontraba prestando las tareas propias de la pesca por el dependiente; asimismo, probado que fue el daño (más allá de su entidad que será motivo de puntual análisis "infra") y el vinculo de conexidad causal entre ambos, dado el factor de atribución objetivo, que estimo, es el que opera en el supuesto, corresponderá admitir el reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios contractuales efectuado por el Sr. S. L. D.. Así lo voto.---------- Añadiré sólo a título "obiter dicta" que aún, si por ventura no se compartiera el marco normativo propio de la responsabilidad contractual que indico como de aplicación al caso, de todas maneras la patronal habría de responder por los daños sufridos por el actor en tanto no fue siquiera controvertida su calidad de dueña o guardiana del buque ni de los artefactos que comprenden su armado, los cuales en navegación tornan casi sin excepción en cosas riesgosas "per se". Máxime el cable con el que se produjo el nocimiento, el que dada la maniobra que generó su corte se transformó en un elemento extremadamente peligroso para la integridad, y aún para la vida, de los tripulantes del barco en esa oportunidad (conf. Arts. 1.113, 2do. párrafo del Código Civil).----------
--- 2).-; 3).-; 4).-; 5).-; y 6).- **Daño-reparación integral-arbitrariedad-valoración de la prueba y primacía de la realidad:** En los límites demarcados por los agravios reseñados en el epígrafe precedentemente, ingresaré a su tratamiento sin particularizar en demasía las diversas cuestiones que contienen cada uno de los enunciados, toda vez que se encuentran vinculadas entre sí, al punto que unas y otras se entrelazan confundiéndose en una sola conformando, de tal modo, en un único y principal motivo fundante del recurso cual es, el rechazo del reclamo indemnizatorio.----------
--- En demanda se aludió a los daños físicos y psíquicos sufridos con motivo del siniestro del que fuera partícipe el actor damnificado, con cita de los dictámenes periciales producidos indicando que su proyección resarcitoria opera tanto en la órbita patrimonial como extrapatrimonial.----------
--- Atento a lo expuesto, entonces, corresponde ingresar ahora al tratamiento concreto de los daños cuya resarcimiento se reclama. Al respecto, es necesario tener presente que la reparación de los daños resarcibles sufridos solo alcanzarán a los que sea derivación inmediata y necesaria del accidente sufrido (Doct. art. 520 del Código Civil).--
--- Habida cuenta de ello rememoro que del escrito de inicio puede inducirse que la actora reclama indemnización por los siguientes rubros, a saber: 1) por daño físico y su proyección en la pérdida de su potencialidad productiva y social o de interrelación personal derivada de su incapacidad parcial y permanente que denuncia padecer; 2) daño moral y psicológico; y, 3) gastos médicos y sanatoriales (vide: escrito de demanda –fs. 30 vta./35 vta.-).----------
--- Ante lo cual, para propiciar un prolijo desarrollo del análisis a efectuar, lo realizaré particularizadamente respecto de cada uno de los rubros indemnizatorios pedidos.-------

------ 1) Daños a la integridad psicofísica-incapacidad sobreviniente: De la lectura del planteo en virtud del cual se postula el fundamento por el cual se estima ser acreedor de un resarcimiento de $ 120.000 por los daños comprendidos en el rubro, se induce que para la parte actora correspondería asignar a la integridad física un valor en sí misma. En relación a ello debo decir “ab initio” que no comparto tal postura desde que no constituye una categoría autónoma e independiente a las resonancias materiales o espirituales que el hecho dañoso ocasiona. La prestigiosa doctrina nacional que alude al reconocimiento autónomo del denominado “daño biológico” y que se cita en apoyo de su pretensión la actora, confunde el daño resarcible con la misma ilicitud. Adviértase que de la existencia de un derecho y de su agresión surge una situación antijurídica, pero no necesariamente un daño económico. Asimismo, tal posición contradice lo previsto por el art. 1067 del Código Civil que indica que para que el acto ilícito genere una obligación resarcitoria debe haber causado un daño u otro acto exterior que lo pueda causar. Por lo demás, reitero, nuestro ordenamiento común positivo tampoco recepta otra categoría diferente al daño moral o patrimonial.----------

--- Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales proclives a admitir un tercer género como el de un derecho a la integridad física, reconocen como origen razones vinculadas a regímenes normativos distintos al vigente en nuestro país, lo cual dio lugar a que se adopten posturas también extrañas a nuestro ordenamiento jurídico proveyendo soluciones que se explican por la estrechez de dichos sistemas jurídicos en los cuales el daño moral solo es admisible cuando la ley lo determina. O bien, se explicaría jurisprudencialmente en nuestro país, por cuanto antes de la reforma de la ley 17711, la indemnización por daño moral solo procedía en casos de delito del derecho criminal (art. 1078 derogado). Ello generó como contrapartida que los tribunales buscaran una vía para indemnizar por daño moral sin decir qué se indemnizaba. Es de tal situación que surgió, según explica Orgaz, la doctrina de que la vida humana tiene un valor económico en sí misma. Obviamente que después de la reforma aludida, por la cual el art. 1078 del Código Civil admite la reparación del daño moral sufrido como consecuencia del hecho ilícito, tal doctrina y jurisprudencia ya no cuenta con tal sustento finalista ni axiológico que la propiciara (Ver: Orgaz, Alfredo, “La vida humana como valor económico”, E.D., t. 56-851).----------

--- En tal línea de análisis entonces, el agravio a la incolumnidad de la persona será fuente de un daño moral porque repercute en sus afecciones legítimas (Conf. art. 1078 del Cód. Civil); o de un daño patrimonial, en cuanto se proyecta en un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria (Conf. art 1068 del Cód. Civil).----------

--- Comparto, pues, la posición doctrinaria que interpreta que la integridad física no puede ser objeto de resarcimiento *per se* en caso de menoscabo porque no tiene valor pecuniario por si mismo. Para ello basta con advertir que no es un bien que esté en el mercado, ni vale “menos” intrínsecamente por razón del deterioro (Conf. Zavala de González, Matilde en “Resarcimiento de daños –daños a las personas [integridad

sicofísica]-“, Ed. Hammurabi, 2° ed. ampliada, 3° reimpresión, año 1996, T. 2 a, pág. 102; id. Bustamante Alsina, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, 9° ed., año 1997, pág. 234; id. Borda, Guillermo A., “La vida humana, ¿tiene por sí un valor económico resarcible?, E.D., T. 114, pág- 849).----------

--- Es decir, insisto, soy de la opinión que la integridad personal no vale materialmente en sí misma, sino en su despliegue o dinamismo sea en el ámbito productivo como social. Si, el daño repercute en el primero de los ámbitos indicados quien lo sufre será acreedor a un resarcimiento por daño patrimonial; en cambio, si se proyecta en la órbita extrapatrimonial o espiritual, el resarcimiento será por daño moral.----------

--- Principio por establecer como suficientemente acreditado en autos que con motivo de dicho accidente el actor sufrió una lesión traumática en su dedo índice izquierdo, puesto que dicha contingencia y su vinculación con la lesión antedicha no fue rechazada por la aseguradora de riesgos del trabajo de la patronal.----------

--- En tal ideario, en el marco del presente proceso jurisdiccional y acreditado que fue tal nexo de causalidad entre el siniestro y la dolencia, corresponde reconocer como daño resarcible la incapacidad total sobreviniente dictaminada en la pericial médica producida en autos (14%)(ver: punto VI de la pericia obrante a fs. 277/278 vta.)(Arts. 386 y 477 del C.P.C.C., art. 45 de la Ley 69).----------

--- No soslayo de modo alguno que en la apreciación de este rubro de la cuenta indemnizatoria debe contemplarse que el porcentual de minusvalía informado por la pericial médica tiene un carácter indicativo y no vincula al tribunal a quien le toca en definitiva juzgar sobre la real incidencia económica que puede provocar el detrimento físico y psíquico constatado (ver también: pericia psicológica obrante a fs. 297/300 y las explicaciones de fs. 311).----------

--- Pues bien, en el dictamen médico se expide puntualmente el galeno sobre la incapacidad laboral (16%) y la total (14%). Es decir, en dicho dictamen se computó por un lado, la potencialidad productiva, o sea, la dimensión económica o material que proyecta la minusvalía sufrida. En cambio la total, computa o abarca las proyecciones de la incapacidad en lo personal tanto en lo individual (potencialidad de ganancia) como en lo social (vida en relación). Ahora bien, ambos parámetros son distintos. Primero y principal, por cuanto el primero de los mencionados cuenta con un límite resarcitorio que el otro no, cual es la “vida útil” que podría ubicarse en la edad requerida al hombre para acogerse a los beneficios jubilatorios (65 años). La incapacidad vital no encuentra dicho límite, sino el de la propia existencia del sujeto (vida probable), dato que según el INDEC se ubicaría en nuestro país en los 72 años para el hombre. Ello, puesto que lo que se aprecia es la minoración del damnificado en cualquier ámbito de su existencia.---

--- Empero pondero como importante en la especie que si bien ambos porcentuales informados por el experto aparecen “prima facie” muy cercanos disminuyendo la incapacidad total respecto de la laboral, lo que se explica en las circunstancias particulares del actor, quien a la fecha tiene ** años de edad -según la fecha de

nacimiento consignada en el formulario de solicitud de junta médica (fs. 16)-, el que además de registrar un nivel intelectual promedio alto, cuenta con una instrucción secundaria habiendo inclusive cursado estudios superiores universitarios (carrera de contador público)(ver: dictamen pericial de fs. 297-). No obstante, también es de ponderar que se encuentra inserto en un contexto socio económico donde incide relevantemente su condición física plena, lo que implica entender que su fuerza laboral se remite a la realización de tareas manuales que exigen un buen estado de salud físico y que, por ende, impacta de modo decisivo en la justipreciación del déficit de su potencialidad productiva, aunque aminora desde la perspectiva de la capacidad existencial genérica en la práctica. Ello así, por cuanto la más mínima afectación a la integridad física de quien depende relevantemente de su fortaleza y plenitud física se traduce en la realidad con mayor intensidad, tanto en su actividad económica como de cualquier otra índole en comparación de aquél sujeto que puede valerse predominantemente de sus capacidades intelectivas o del dominio de un área del conocimiento que no requieren mayor esfuerzo físico. Esta consideración encuentra respaldo en el psicodiagnóstico producido en autos a propósito de los requerimientos efectuados por las partes, en el que se expresó que *“Existe al momento actual un Cuadro sintomatológico atribuible al siniestro vivido donde se registra en forma inmediata un Trastorno de su Estado Anímico,* ***con implicancias en diferentes áreas de desenvolvimiento de este sujeto****”*(sic)(lo destacado me pertenece)(vide: punto XIII de las conclusiones del dictamen de fs. 297/300).----------

--- En este sentido para establecer el monto indemnizatorio por la incapacidad derivada del accidente se debe analizar necesariamente la aptitud que registra potencialmente el actor, según tales datos provistos por la pericia producida y que se citara “supra”, para futuros trabajos, como también la edad de la víctima y la proyección que esa disminución ha de provocar en la persona. Esto es, básicamente cabe indemnizar las lesiones corporales atendiendo al conjunto de actividades del sujeto y los efectos que provocará la secuela del ilícito sobre la personalidad integral (Conf. CNEsp. Civ. y Com., Sala 5°, 6-6.87, L.L. 1987-E-113; id. CNCiv., Sala C, 23-12-83, RepED, 18-360; id. C.N.Civ. sala C, L.L. 1991-E.633).----------

--- Al fin de cuantificar la incapacidad laboral, entonces, bien podemos servirnos de la conocida fórmula de matemática financiera desarrollada para el cálculo actuarial por Moore y Bernasconi, método que lleva a establecer un capital que invertido a interés según tasa compatible con una moneda de valor constante, permita retiros periódicos equivalentes a los ingresos frustrados, retiros estos que al estar integrados por los intereses producidos y porciones de capital, irán amortizando al último hasta agotarlo al fin del período computable. Tal fórmula, sabido es se explicita: C = a.[1-1/(1+i) n].1/i; donde “C” es el capital a determinar, “a” el retiro periódico a realizar, “i” la tasa de interés propia de una moneda estable y “n” el número de períodos pendientes.----------

--- El primer elemento a considerar son las sumas que el damnificado podía alentar la

esperanza de recibir, es decir, sus ingresos predecibles en la actividad que desempeñaba para la patronal. Únicamente se cuenta para tal fin con el hecho no controvertido de que prestaba tareas de marinero.----------

--- Al respecto pongo de resalto el escasísimo aporte de datos o comprobantes documentales que permitan establecer o inferir mínimamente la proyección que sobre la órbita patrimonial generaran la minusvalía sufrida por D. con motivo del siniestro. Nótese que ni siquiera se denunció en demanda cuánto era el salario que percibía en cada viaje de pesca, ni tampoco se acompañó planillas de producción o recibos de haberes a efectos de poder cuantificar la proyección de la incapacidad total que padece el actor.----------

--- Abro un paréntesis para resaltar, a esta altura del análisis, que en la reparación de los daños no puede pretenderse una equiparación absoluta entre el perjuicio y el resarcimiento; han de tolerarse algunas diferencias y tener en cuenta que más consideración debe merecer el perjudicado que el responsable del daño, porque éste ha violado un precepto jurídico: el del *“alterum non laedere”* (Confr. Cám.Apel. C y C. Junín, 16-3-88, cit. por Manuales de Jurisprudencia La Ley n° 8, “Daño Patrimonial y Daño Moral”, Ed. La Ley, ed. año 1993, pág. 25, sum. 174).----------

--- Es por ello que, no sin esfuerzo, se deberá inducir un salario bruto mensual aproximado para la categoría “Marinero” que es de $ 4.521 –monto determinado en la escala salarial correspondiente al C.C.T. 538/2008-, el que se toma como un parámetro objetivo fiable en tanto importa el salario informado para la categoría prevista para la actividad cumplida en todos los buques y artefactos navales que efectúen navegación marítima y/o fluvial y/o portuaria o lacustre (conf. Arts. 3° y 4° C.C.T. 538/2008). De este importe base surgiría la renta a compensar con motivo de la minusvalía ponderada como ya se estableciera precedentemente en un 14% de la capacidad total, porcentual que computa integralmente la minusvalía que padece D.; esto es, no solo la afección en lo laboral sino también en la influencia en lo personal y social de la víctima. Sobre el monto indicado conduce a la suma de $ 632,94, importe que multiplicado por 13 períodos mensuales en el año, arroja el valor de la renta que debiera obtenerse del capital indemnizatorio a conceder por este rubro, esto es “a” debería ascender a la suma de $ 8.228,22.----------

--- Tocante al valor “i”, es el 6% anual, aceptando como tasa de interés “puro” propio de la moneda estable en nuestra jurisdicción (S.T.J.Ch., S.D., N° 7/91).----------

--- En lo concerniente al valor “n”, contando al momento del accidente el trabajador contaba con 29 años, el tiempo de vida útil o de actividad social y personal estimados hasta la edad de vida estadísticamente indicada para los hombres es de 43. Tomaré pues para el cálculo como valor “n” el de 43 años.----------

--- Con tales datos es posible aplicar la fórmula antedicha, reemplazando ya por los valores los símbolos algebraicos, todo lo cual arroja el siguiente resultado, a saber:

$$c = a \times \left[1 - \frac{1}{(1+i)^n} \right] + \frac{1}{i}$$

i	0,06
a	$ 8.228,22
n	43
c	$125.942,56

--- Corresponderá, entonces, fijar en concepto de indemnización por incapacidad total, la suma de **Pesos Ciento Veinticinco Mil Novecientos Cuarenta y Dos con Cincuenta y Seis Centavos ($ 125.942,56)**, con más la tasa de interés activa que fija y cobra el B. C. S.A., para sus operaciones de descuento comerciales a treinta días, a calcular desde la fecha del accidente y hasta el día de su efectivo pago. Así lo dejo propuesto al acuerdo.---------- 2) Gastos terapéuticos: Bajo tal nominación se incluye el rubro de “gastos médicos y sanatoriales” por los que se reclama en demanda resarcimiento. Comprende el mismo aquellas erogaciones que deberá el actor hacer frente para el restablecimiento de su integridad psicofísica. Estos gastos están contemplados en el art. 1086 del Código Civil y constituyen un daño patrimonial indirecto, por implicar un perjuicio económico reflejo a raíz del mal sufrido en su persona (Art. 1068 Cód. Civil).----------

--- Cabe indicar como criterio general para evaluar la procedencia de la indemnización de los gastos examinados y que atañen a la finalidad de éstos (terapéutica), la razonabilidad de las erogaciones (ausencia de excesos) y la causalidad, en cuanto deben conectarse con las lesiones producidas por el hecho.----------

--- Para ello no es dable prescindir en la evaluación de procedencia del presente reclamo en tanto que en el marco de la seguridad social, la ley 24557 regula todo lo relativo no solo a la prevención de accidentes de trabajo sino también a la inmediata atención médico, asistencial y farmacológica del trabajador accidentado, así como a su rehabilitación para reintegrarlo a la actividad en la medida de lo posible (Conf. Art. 20 de la LRT).----------

--- De lo cual, se sigue, no obstante los criterios jurisprudenciales, los que en general son amplios y permeables a aceptar el acogimiento de reclamos indemnizatorios por este ítem, cuando se han acreditado daños a la integridad física entendiendo que cabe presumir que deberán ser afrontados para el tratamiento y rehabilitación consecuente, en la especie tal dato –la cobertura de los gastos terapéuticos por la ART- imponen la carga de probar que la misma no se efectivizó o lo que resulta con iguales efectos probatorios reflejos, que quien afrontó los costos fue el trabajador damnificado.----------

--- Y, nótese que ello es así advertido implícitamente por el propio actor reclamante quien en su escrito de demanda deslizó que *“Si bien es cierto que...fue cubierto en gran parte de sus dolencias por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo y por la obra social que lo cubría mientras trabajaba para la accionada, no es menos cierto que...se*

desvinculó de la accionada por culpa de esta última, no contando en consecuencia con cobertura médico asistencial de parte de obras sociales o de aseguradoras de riesgos del trabajo, debiendo afrontar la totalidad de los gastos médicos –sanatoriales en forma íntegra con dineros de su propio patrimonio, debiendo dicho extremo ser tenido en cuenta... "(sic)(fs. 35 vta.). Es que no es admisible que por vía de la sola invocación y apoyatura en una opinión o criterio jurisprudencial, se la exima de probar un concreto hecho invocado en sustento de su pretensión, cual fue, que afrontó con su peculio los gastos terapéuticos que se suscitaron con motivo de sus dolencias (Conf. Art. 377, 2do. párrafo del C.P.C.C., Art. 45 del Ley 69).----------

--- Añadiré, de otro lado, que tal aseveración desoye que el derecho a las prestaciones de la LRT es independiente de la suerte que pueda correr el contrato laboral. Ello quiere decir que efectivamente es posible que el trabajador accidentado quede en situación de desempleo, conforme a la ley 24.013 y sus normas reglamentarias, durante alguna de las etapas de su incapacidad laboral. Pero, no debe desatenderse que la resolución de MTySS 488/99 (B.O. 28/07/99) ha declarado que no tendrán derecho a la prestación por desempleo los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad laboral temporaria o permanente (parcial o total) provisoria (art. 1°). Otorgada el alta médica o declarada definitiva la incapacidad laboral permanente parcial, el trabajador tiene noventa (90) días para solicitar a la ANSES la asignación por desempleo (art. 2°)(vide: Ramírez, Luir Enrique, en “Riesgos del Trabajo-Manual práctico” , Ed. B de F, 4ta. ed., año 2007, pág. 110, n° 11).----------

--- Ahora bien, lo dicho, lo es en relación a los gastos terapéuticos habidos durante el tiempo en el que intervino la Aseguradora de Riesgos del Trabajo de la patronal.----------

--- No sucede así, en cambio, con respecto a los daños terapéuticos futuros que se acreditaron en autos como necesarios y que se deberán sufragar. Me refiero a los relativos a la atención psicológica, la cual se indica como aconsejable de efectivizar (ver punto XIV de las conclusiones de la experticia de la psicóloga del cuerpo médico forense –fs. 300-), y cuya cuantía puede inducirse de los valores que ante el pedido de precisiones indicara en su respuesta dicha profesional a fs. 311. En dicho informe técnico se apuntó que se no se aconseja que este caso sea tratado en un marco hospitalario por lo cual debe asumirse un tratamiento privado, estimando el tiempo del tratamiento psicoterapéutico de una extensión no menor a un (1) año con asistencia de dos veces por semana y de un (1) año más con asistencia de una vez por semana. Se indican como valores oscilantes promedio por cada sesión, entre $ 80 y $ 150, montos que se encuentran supeditados a variables como tipo de terapia elegida o cantidad de horas al mes que asista (ver: Punto XIV “in fine” de fs. 300).----------

--- En tal direccionamiento, computando a razón de dos sesiones semanales durante el primer año, se arriba a un total de 96 sesiones; y, de una por semana durante el segundo año de tratamiento, por un número de 48 sesiones, lapso total que comprendería el tratamiento psicoterapéutico, a razón de $ 115 por cada una (se

promedian las sumas indicadas por la perito), arroja el importe necesario para sufragarlo de $ 16.560. No omito advertir que se informó a título de ejemplo que la obra social SEROS, cubre 30 sesiones por año, debiendo abonar el paciente cada tres sesiones la suma de $ 30,60 (psiquiatria) y de $25,20 (psicólogo). Aun cuando, se pudiera tomar como aplicable tal cobertura al actor, se arribaría a un monto de $ 10.020 (resulta de computar 84 sesiones adicionales a la cobertura de 30 anuales –84 sesiones- multiplicar por $ 115 cada una y sumarle el costo de los pagos que cada tres están a cargo del afiliado -$ 360 anuales-).----------

--- No obstante, merced a que ello solo se extrae de pautas vinculadas a una cobertura que no necesariamente corresponde a la que goza el actor en autos, considero que deberá acogerse el monto reclamado en demanda de **Pesos Quince Mil ($ 15.000)**, a valores del presente pronunciamiento (Conf. Art. 165 del C.P.C.C.)**.**----------

--- En consecuencia, prosperará en mi voto el reclamo de indemnización por gastos terapéuticos futuros por la suma indicada. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

------ 3) Daño moral: Desde la perspectiva de qué se considera constituye daño moral, es útil rememorar su conceptualización diciendo que el daño moral importa *"...una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial...una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial"* (sic) (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño Moral", Ed. Hammurabi, ed. año 1996, pág. 47).----------

--- Esto es, el daño moral lesiona los valores más preciados del ser humano: los sentimientos, las emociones, la tranquilidad y el equilibrio anímico, entre otros valiosos bienes personales dañados por el padecimiento y secuela espirituales que provoca en el sujeto damnificado, afectando su vida de relación y su proyecto existencial conforme al criterio hoy dominante en la materia.----------

--- Y en tal conceptualización encuentro probado en autos que el Sr. D. ha sufrido tal minoración de su subjetividad o menoscabo a su bienestar en el modo de estar. Basta con remitirse al dictamen de la experticia psico-diagnóstica para sostenerlo (ver: dictamen de fs. 297/300).----------

--- Recuerdo que se concluyó en la misma que el actor registra una fuerte disminución de su autoestima, con sentimientos de soledad y vacío interno, sentimiento de insatisfacción a sus necesidades básicas, a sus proyectos de vida, con tendencia actual a caídas anímicas y actitudes de malhumor, tensión, irritabilidad, salidas desajustadas y angustias. Todos ello se traduce, indudablemente, en un deterioro progresivo en las áreas laboral, familiar y social (ver: dictamen de fs. 297/300) (Conf. Arts. 386 y 477 del C.P.C.C., Art. 45 de la Ley 69).----------

--- Consecuentemente con la naturaleza exclusivamente reparadora que le asigno a esta especie del género indemnizatorio, sostengo que el "quantum" deberá estar

referido solo a la dimensión del daño sufrido, correspondiendo entonces atender al tipo de interés lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó y la índole del hecho generador de la responsabilidad. Es en este último aspecto donde juega la relación entre la cuantía de la reparación y el factor de atribución de responsabilidad, porque para establecer el grado de sufrimientos a compensar importa tener en cuenta la clase de acción ofensiva ejecutada, en tanto cabe presumir que hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad del victimario se presenta.----------

--- A este efecto, opino que corresponde tener en cuenta: a) a propósito del interés herido, que se trata de un derecho de la personalidad, en concreto el derecho a la integridad psicofísica; b) respecto de las consecuencias del hecho, que el mismo provocó al actor, amén de los padeceres físicos propios de la lesión, de su largo tratamiento, con operaciones quirúrgicas inclusive, la angustia de verse disminuido en sus potencialidades tanto en la órbita laboral como familiar y social; y c) en lo tocante a la índole del ilícito, que el factor de atribución de atribución de la responsabilidad objetivo (deber de seguridad o garantía de indemnidad que pesa sobre la patronal respecto de sus dependientes), fuente que se encuentra alejada de cualquier grado de intencionalidad dañosa por lo cual ha de ponderarse menos hiriente para el ánimo de la damnificada.----------

--- Desde otra arista del análisis, justiprecio que no se intenta siquiera con el acogimiento de la pretensión indemnizatoria del daño moral sustituir el dolor del alma por su precio en dinero dada la distinta naturaleza de ellos que los hace inequivalentes, aunque sí se busca dar a la víctima medios para paliar los efectos del dolor (Conf. Aguiar, “Hechos y actos jurídicos”, Ed. TEA, ed. año 1951, T. IV, págs. 201/203; ver: Iribarne, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”; id. Goldenberg, Isidoro H., “El daño moral en las relaciones de trabajo”, en Rev. Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, N° 6, págs. 185/215 y 261/267, respectivamente).----------

--- Se trata de dotar al actor de un aporte económico que lo coadyuve a la posibilidad de acceder a algún deleite que mitigue la afección que lo embarga. Esta concepción de indemnización proveedora de medios con los que el damnificado pueda procurarse distracciones hábiles para apaciguar su pena –modo imperfecto de reparar, más el único posible-, nos suministra pauta cualitativa aproximada para la determinación cuantitativa del ítem.----------

--- Para apreciar bajo ese parámetro la cuantía pretendida ($ 50.000) (ver: punto 8.b. del escrito de demanda –fs. 33/34 vta.-), acudiré a la formula de matemática financiera que ya utilizara, bien que aplicándola en forma inversa para establecer, a partir del capital reclamado, la renta que él produciría, es decir: [a = C / 1-1/(1+i).1/i]. Tendremos de ese modo el siguiente resultado:----------

c	$50.000,00

n	43
a	$3.266,66

--- Esta renta anual de $ 3.266 dividida por los doce meses del año arrojan una mensualidad de $ 272,16 que, estimo, no se ajusta por excesiva a la entidad del daño moral comprobado, máxime cuando estamos refiriéndonos a un período comprendido por tal reparación mensual de 43 años computando la expectativa de vida restante del actor desde el momento de acaecer el evento dañoso que afectara su integridad psicofísica.----------

--- Es por tal motivo que ponderando más ajustado a la entidad del daño extrapatrimonial que padece el Sr. D. propongo fijar la suma por daño moral en la suma de Pesos Siete Mil Quinientos ($ 7.500) (Art. 165 del C.P.C.C.).---------- De dicho monto puede desagregarse para su ponderación que equivale a un monto mensual de $ 40,83 que, como renta que, consumiendo el capital generador de la misma por un período de 43 años, compensa adecuadamente a mi ver, el perjuicio extrapatrimonial a indemnizar. Este importe parcial surge del siguiente cálculo, a saber:-

c	$7.500,00
n	43
a	$490,00

--- En consecuencia, propongo al acuerdo se fije en concepto de daño moral la suma de **Pesos Siete Mil Quinientos ($ 7.500)**, a valores del presente pronunciamiento. Así lo voto.----------

--- III.- Dado que de resultas de todas estas consideraciones se arribaría al reconocimiento de una reparación indemnizatoria que asciende a un total de **Pesos Ciento Cuarenta y Ocho Mil Cuatrocientos Cuarenta y Dos con Cincuenta y Seis Centavos ($ 148.442,56)**, pone en el tapete del presente resolutorio nuevamente la cuestión constitucional dejada pendiente sujeta a tales consideraciones.----------

--- De allí, que merced que la indemnización tarifada percibida por el actor de la ART ascendió a la suma de $ 30.780, equivalente solo al 20,70% de lo que le corresponde le sea resarcido según las normas comunes, es factible concluir que la misma implicó una afectación substancial al derecho a ser reparado de los daños padecidos.----------

--- Recuerdo que en el contexto de análisis predispuesto, encuentro razón a la parte demandada recurrente en cuanto que siguiendo la tesitura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Gorosito J.R. c/ Rivas S.A. s/ Daños y Perjuicios” y que, insisto, estimo que no fue variada más allá del resultado diverso al que se arriba en el caso “Aquino” y en posteriores fallos en igual sentido como los casos “Cura”; “Llosco” y “Cachambí”, en que no en todas las situaciones posibles de ocurrir el Art. 39 de la Ley de Riesgo de Trabajo provocará ineluctablemente agravio constitucional (En este sentido ver: Ackerman, Mario “Pero ¿qué dijo la corte en “Gorosito”?”, en Rev. de Der.

Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2002-1 –Ley de Riesgo del Trabajo-II-; págs. 361/364).----------

--- Ello conlleva pues, la necesidad imperiosa de precisar que no basta para la declaración de inconstitucionalidad de una norma que se afirme que se conculca el derecho al trato igualitario de la Ley, sino principalmente hará falta que ese trato distinto provoque daño, es decir que resulte perjudicial para el que se dice desigualmente tratado. Esto es lo que señala el primer antecedente citado de la Corte Suprema, es que se requiere una comparación en concreto de los resarcimientos que en el caso correspondería según uno y otro sistema resarcitorio. Entonces, lo que es de acreditar, además de la concurrencia de los presupuestos que atribuyan responsabilidad al empleador, es que las prestaciones de la LRT son notoriamente insuficientes (menos del 66%) en el caso concreto en comparación de la que hubiera merecido según las normas comunes según el perjuicio concreto, provocando de tal manera “un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado”(Considerando 17)(Conf. Vazquez Vialard, Antonio, “La C.S.J.N. en la causa “Aquino”, en lo substancial, más allá del uso de ciertas expresiones abstractas, no ha modificado la doctrina del caso “Gorosito”, Rev. de Der. Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, número extraordinario “Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Rubinzal Culzoni, año2004, págs. 111 y sgtes.).----------

--- Es decir que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente en qué manera ésta contraria la Constitución Nacional causándole de ese modo un gravamen, identificando en la medida de lo posible la magnitud del daño. Para ello es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le meramente conjeturales (Conf. C.S.J.N. Fallos 316:687; 307:1656).----------

--- En la especie, en tal inteligencia y como vengo de establecerlo, la parte actora ha satisfecho la carga de explicar, en su escrito de presentación del planteo, de un modo circunstanciado, preciso y claro, sin sobreentendidos ni remisiones a declaraciones genéricas y dogmáticas de otros fallos jurisprudenciales u opiniones doctrinales, la razón por la que considera que en el caso concreto el artículo 39, apart. 1° de la Ley 24.557, viola garantías constitucionales. Esto se logra ilustrando con razonable certeza y objetividad en la demanda que esa supuesta colisión le irroga un perjuicio material identificando –en la medida de lo posible- la magnitud del daño (Conf. Maza, Miguel A. “Los recaudos del planteo de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 39 de la Ley de Riesgo del Trabajo”, en Rev. de Derecho Laboral, año 2002-1, págs. 55/65).---

--- Reitero, si se observa que la suma de la reparación tarifada de la LRT ($ 30.780), no alcanza más que al 20,70% del monto indemnizatorio que se propicia admitir en mi voto, es indisputable que existe agravio constitucional.----------

--- Por tales razones, propondré finalmente al acuerdo se desestime el agravio formulado por la parte demandada, confirmando para el caso la declaración de

inconstitucionalidad del art. 39, apartado 1° de la ley 24.557. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

--- IV.- Conclusión:----------

--- Por lo expuesto, procede revocar íntegramente el fallo apelado haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por el Sr. S. L. D., condenando a la patronal “C. S.A.”, a que en el plazo de diez (10) días de firme la presente, abone a la actora la suma total de **Pesos Ciento Diecisiete Mil Seiscientos Sesenta y Dos con Cincuenta y Seis Centavos ($ 117.662,56),** con más los accesorios que se hubieren indicado, en caso de corresponder en el respectivo rubro de la cuenta indemnizatoria, a la tasa de interés individualizada en el supuesto respectivo.---------- ---------- Triunfante finalmente la parte actora, las costas de ambas instancias deberán imponerse a la demandada vencida en ellas (Arts. 59 de la Ley 69 y 279 del C.P.C.C.).----- Por aplicación de la última norma citada, corresponderá asimismo adecuar a esta nueva decisión los honorarios regulados en el anterior grado. Atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado arrojado por las labores profesionales de primera instancia, opino que deben fijarse los emolumentos de los Dres. N. O. M. y P. O. A., letrados apoderados del actor; y, al Dr. L. A. N., letrado apoderado de la parte demandada, respectivamente, en las sumas equivalentes al 19,6% y al 14%, del monto final del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (Arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39, 47 de la Ley 2.200).---------- ---------- Por aplicación de idénticas pautas apreciativas y de lo preceptuado por el art. 14 de la ley del arancel, entiendo que los honorarios del Dr. P. O. A. y los del Dr. L. A. N., por sus tareas de Alzada, deben fijarse en las sumas equivalentes 6,86% al primero, y la equivalente al 3,5% al segundo de los mencionados profesionales, en ambos casos los emolumentos fijados en las alícuotas indicadas a computar sobre el aludido monto del pleito.---------- ---------- Todos los honorarios antedichos deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente (Leyes 23.349 y 23.871).---------- ---------- Por todo lo expuesto me expido en esta cuestión por la NEGATIVA.- ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó:----------

--- Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 340/345, y los agravios que contra la misma expresaran la actora a fs. 352/364 y la demandada a fs. 365/368, me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad. A fin de un más ordenado análisis seguiré el orden propuesto por el Dr. Lucero, amén de que el mismo responde a reglas de lógica en el examen de las diversas cuestiones planteadas.----------

--- I.- Comenzaré, entonces, por tratar en primer término los agravios de la demandada relativos a la declaración de inconstitucionalidad que se efectuara en la sentencia recurrida, para luego adentrarme en las quejas de la actora.----------

------ 1) La demandada se agravia de que el planteo de inconstitucionalidad que ejerció la contraria respecto de los arts. 39, inc. 1 y 46 de la ley 24557 fue configurado de manera abstracta, ya que se limitó a transcribir parcialmente una opinión doctrinaria, del fallo de la Corte Federal “Aquino c/ Cargo Servicios Industriales S.A.” y de precedentes de la Justicia Laboral de la Pcia. de Mendoza. Asimismo, añade, que la juzgadora, luego de referir que existen incontables decisiones judiciales declarando la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, decide la misma solución en los presentes autos, sin fundamentar los motivos concretos que llevan a dicha solución en este caso. A ello agrega que se omitió tratar el planteo de inconstitucionalidad del art. 46 de la misma ley.----------

--- En lo que respecta a esta última norma, cabe expresar que efectivamente la actora dedujo su inconstitucionalidad por cuanto en la misma ley se sustraen facultades que por nuestra organización constitucional se encuentran reservadas a las provincias (ver fs. 27 vta. “in fine”/28). La norma impugnada dispone, en su parte pertinente, que: *“ 1. Las resoluciones de las comisiones médicas provinciales serán recurribles y se sustanciarán ante el juez federal con competencia en cada provincia ante el cual en su caso se formulará la correspondiente expresión de agravios, o ante la Comisión Médica Central a opción de cada trabajador...”.* Se aprecia que, tal como advierte el colega preopinante, la referida cuestión de la competencia federal establecida en la norma resulta ajena al “thema decidendum”, ya que el accionante admite haber percibido por parte de la ART la suma de $ 30.780, monto que solicita que se tome a cuenta de lo que reclama, siendo el mismo de carácter tarifado (ver fs. 35 vta./36, pto. 9). Por lo tanto, dado que aquí se incoa demanda de daños y perjuicios, es decir de derecho común, en virtud de un accidente de trabajo, no se trata ni del recurso previsto en el inc. del art. 46 mentado, ni de las acciones referidas en los restantes incisos de la norma, ya que no se trata la presente de *“la acción derivada del artículo 1072 del Código Civil”* (inc. 2), y mucho menos del *“cobro de cuotas, recargos e intereses adeudados a las ART así como las multas, contribuciones a cargo de los empleadores privados autoasegurados y aportes de las ART”* (inc. 3), acciones que, por lo demás, no tienen asignada la competencia federal por la norma en cuestión. En síntesis, por lo señalado hasta aquí, coincido con el Dr. Lucero, en que, supliendo la omisión en la que se incurriera en el pronunciamiento apelado, corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad del art. 46 de la ley 24557 por devenir abstracto en el “sub exámine”.----------

--- En cuanto al art 39, inc. 1 de la LRT establece: *“Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción derivada del artículo 1072 del Código Civil”.* La actora dedujo la inconstitucionalidad de esta norma, efectuando citas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Nacional, en especial los fallos “Gorosito” y “Aquino”, y sin mayores explicaciones requiere la mentada

inconstitucionalidad en el presente caso (ver fs. 26 vta./27 vta.), sin explicar por qué en el “sub lite” se dan las mismas o análogas circunstancias que condujeron al máximo tribunal federal a declarar la inconstitucionalidad en el precedente “Aquino”.----------

--- En base a lo anterior cabe otorgarle razón a la accionada en cuanto a que el planteo de la contraria se efectuó en términos abstractos y que en iguales condiciones se expidió la sentenciante de grado (ver fs. 341 vta., I Considerando). Es que de acuerdo a nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad, salvo en los casos que se prevea un efecto derogatorio de la norma constitucional -como ocurre en la previsión del art. 175 de la Constitución Provincial-, el mismo se ejerce en casos concretos, tal como lo acuñara la Corte Federal desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 en que estableció: *“Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los* ***casos concretos*** (la negrita me pertenece) *que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”* (conf. Bidart Campos, Germán José: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, 1994, Tº I, pág. 139). Como consecuencia de que el control de constitucionalidad se ejerce en cada caso concreto, es que puede darse el supuesto de que normas generales que no son en sí mismas inconstitucionales pueden derivar a una inconstitucionalidad cuando se las aplica a un caso particular. Ello puede acontecer cuando las circunstancias concretas de ese caso no resisten la aplicación de esa norma, y de llevarse a cabo se efectúa una aplicación inconstitucional (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 156). De manera sumamente clara y profunda, y en el marco de la defensa del control judicial de constitucionalidad desde una justificación democrática del mismo, este tema es abordado por Gabriel Bouzat. Este autor en su artículo “El derecho como un sistema de razones para la coacción” (ver en “Homenaje a Carlos S. Nino”, Coordinadores: Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, Ed. La Ley, 2008, págs. 137/150) explica que: *“La concepción democrática de la legitimación se basa en la idea de que una norma es legítima cuando las consecuencias de dicha norma pueden ser aceptadas por todos los involucrados. Es por eso que la legitimación se da a través de un procedimiento colectivo tendiente al establecimiento de un interés común a partir de una preocupación recíproca por el punto de vista individual de las personas involucradas, esta idea de legitimación determina que, en general, el consenso necesario para dictar las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Ello plantea una dificultad porque sólo si fuese factible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la sanción de la norma, todas*

las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas puede considerarse que el procedimiento democrático ha respetado el principio de imparcialidad. Como decía el gran juez norteamericano Oliver W. Holmes, "generalizar es omitir"...A estas consideraciones debe sumarse la circunstancia de que el debate democrático es imperfecto porque la necesidad práctica de decidir determina que quede generalmente inconcluso y que las decisiones deban adoptarse por mayoría y no por unanimidad. Además, las limitaciones de la representación política impiden muchas veces que todos los puntos de vista relevantes sean tenidos en cuenta al momento de decidir...El procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores presupuestos en los procedimientos democráticos...La tesis que defiendo considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto..." (ver aut. cit., op. cit., págs. 145/148). En otro artículo, Bouzat vuelve a tratar el tema con conceptos preclaros, explicando que *"Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan la pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia"* (conf. aut. cit.: "La argumentación jurídica en el control constitucional" (Trabajo presentado en el Seminario "La Jurisdicción Constitucional", en la Universidad Diego Portales de Chile en noviembre de 1995). Entiendo, de acuerdo a las citas que preceden, que queda claro que el control de constitucionalidad debe llevarse a cabo en cada caso para examinar si por las circunstancias del caso, en dicho particular supuesto, la norma infraconstitucional a aplicar se aviene o no con las de rango constitucional, sin que resulte suficiente referirse en forma genérica a antecedentes jurisprudenciales sin una concreta referencia al caso a decidir.----------

--- Justamente, la jurisprudencia de la Corte Federal respecto del planteo de inconstitucionalidad que aquí se trata, la del art 39, inc. 1 de la ley 24557, remarca la necesidad de efectuar el control de constitucionalidad de acuerdo a las particularidades del caso. Seguiré en esto a Ackerman, quien expone de manera preclara esta interpretación al comentar los precedentes "Gorosito" y "Aquino" (ver Ackerman, Mario E: "La ley sobre riesgos del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008). En el antecedente "Gorosito, Juan

Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ daños y perjuicios” del 01/02/02, si bien se pronuncia sobre la validez constitucional de la norma referida, dicho pronunciamiento no supuso una valoración en abstracto de aquella norma sino una reafirmación de la necesidad de examinar cada caso en concreto para evaluar las circunstancias de hecho en las que se funde la impugnación de la norma (conf. aut. cit., op. cit., pág.121). La Corte consideró válida y admisible la existencia de un sistema especial para reparar los daños causados por el trabajo fundándose en que: a) El sistema de reparación de daños diseñado en el Código Civil no es exclusivo ni excluyente y es una de las reglamentaciones posibles del principio general del derecho que impone el deber de no dañar (considerando 8º); b) La reparación plena es un concepto sujeto a limitaciones tanto en el Código Civil como en otros sistemas de responsabilidad (considerando 16), y tal limitación no es susceptible de cuestionamiento con base constitucional, salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a garantías constitucionales (considerando 17); c) La limitación de acceso a la vía civil que establece el artículo 39 de la LRT no puede ser considerada de suyo discriminatoria. En primer lugar, porque no obstante abarcar a la mayoría de la población económicamente activa atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado de los restantes de la vida contemporánea, lo que permite prever y resarcir las consecuencias dañosas conforme a parámetros preestablecidos, y, en segundo lugar, porque sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no es posible efectuar comparación alguna (considerando 12); d) La regla del artículo 39 de la LRT no importa consagrar la dispensa de la culpa del empleador (considerando 13) (conf. aut. cit., op. cit., págs. 124/125). En base a lo anterior, admitida la posibilidad de un sistema reparador distinto del previsto en el Código Civil, la Corte debió definir en el caso en cuestión, si tal sistema vulneraba garantías constitucionales, pronunciándose por la constitucionalidad del art. 39 de la LRT *en este caso concreto,* en razón de que: a) No se demostró que, en este caso, la aplicación de la ley 24557 comporte alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación (considerando 11); b) No se demostró que por la aplicación en el caso o como consecuencia de un efecto presumible de la ley se produzca una discriminación arbitraria o se genere una ilegítima persecución o el indebido privilegio de personas o grupos de personas (considerando 12); c) No es posible predicar en abstracto que el artículo 39 de la LRT conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional y, en consecuencia, al no haberse acreditado violación de tales garantías, no cabe sino concluir en la validez de aquél (considerando 18) (conf. aut. cit., op. cit., págs.125/126).----------

--- ¿Qué dijo la Corte en “Aquino”, fallo del 21/09/04 (in re: “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”)?. Si bien todos los ministros coincidieron en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24557, siempre siguiendo

a Ackerman, lo hicieron con distintas argumentaciones y con una aparente discrepancia sobre el tipo de *inconstitucionalidad* que se configuraba en esta norma. Así los Dres. Petracchi y Zaffaroni, con fundamentos en normas constitucionales, en precedentes de la misma Corte, en el Derecho Comparado y en normas internacionales, hicieron reproches directos al modelo de limitación cuantitativa de responsabilidad de la norma en cuestión, y aunque en el considerando 5º hacen alguna referencia a la comparación con las prestaciones de la ley, al no limitar su conclusión al caso concreto, parecen entender en los considerandos 12 y 14, que la norma impugnada configura un supuesto de *inconstitucionalidad directa absoluta.* Sin embargo, en el mismo considerando 14, advierten que el desenlace del litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo que incluye al propio de la LRT. Lo que se sostiene es que la Constitución no puede consentir que dichas limitaciones obren válidamente para impedir que, siendo de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional respecto del principio *"alterum non laedere"*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. Por su parte los Dres. Belluscio y Maqueda rescataron en su voto la doctrina de "Gorosito" sobre el fondo de la cuestión, subrayando la exigencia de prueba *en el caso concreto* de la insuficiencia de las prestaciones de la LRT para poner en cuestión la validez del apartado 1 del art. 39 (considerandos 3º a 5º), desproporción que tienen aquí por acreditada (considerandos 8º a 9º), y se pronunciaron así por la declaración de inconstitucionalidad (considerando 11). También consideró que se trataba de un supuesto de *inconstitucionalidad directa relativa* el ministro Boggiano, quien, amén de remitirse a la doctrina del caso "Gorosito", expresamente adhirió a las razones expuestas en los considerandos 8º a 11 del voto de los Dres. Belluscio y Maqueda. Por último la Dra. Highton de Nolasco, si bien en el considerando 11 de su voto parece adscribir a la tesis de que se trata de un caso de inconstitucionalidad absoluta, en el considerando 17, luego de reiterar parcialmente las advertencias de los Dres. Petracchi y Zaffaroni y de Belluscio y Maqueda, afirmó que *en el "sub lite", ese desajuste se tradujo en la manifiesta insuficiencia de la reparación a que conduce la indemnización tarifada, frente a la magnitud de la que exige la reparación integral acorde con las circunstancias del caso* (conf. Ackerman, op. cit., págs. 126/129). Las diferentes posturas esgrimidas por los ministros en el antecedente citado han generado confusión, en tanto si bien, no ahorran críticas a todo el sistema establecido por la ley 24557, en verdad se han cuidado de advertir que la decisión de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 se limita a *este caso concreto.* Como se concluyera en un artículo de doctrina, en el caso concreto, las prestaciones correspondientes no guardaban relación coherente o razonable con el daño causado, pero para arribar a una solución justa en el mismo no era necesario atacar la piedra angular del sistema, que implica desvirtuarlo en su totalidad (conf. Anzoátegui, Ignacio:

“El fallo “Aquino” y la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24557. Un fallo justo en lo particular con consecuencias disvaliosas para la sociedad”, en Revista Lecciones y Ensayos LexisNexis, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires, 2006, Nº 82, pág 335).----------

--- Como síntesis, la doctrina de la Corte, tal como quedara configurada en los antecedentes mencionados y en los posteriores “Cura” (14/06/05), “Llosco” (12/06/07) y “Cachambí” (12/06/07), puede resumirse de la siguiente manera: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar el sistema, que según el artículo 39 de la ley 24557 era de *cúmulo restringido*, a un modelo de *cúmulo amplio;* 2) La posición mayoritaria parece entender que la limitación cuantitativa de responsabilidad del apartado 1 del artículo 39 configura un supuesto de inconstitucionalidad directa *relativa,* cuya consideración dependerá de las circunstancias de cada caso. Pero aún si se entendiera que la inconstitucionalidad es *absoluta,* esto sólo tendría trascendencia para la eventual declaración de oficio de tal inconstitucionalidad, pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes deberá demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido; 3) La percepción de las prestaciones del sistema, aun sin reservas, no constituye un *acto propio* que obste al planteo de inconstitucionalidad de la norma referida. Es más, en virtud de los deberes de conducta que le imponen al trabajador los artículos 62 y 63 de la LCT, si el empleador contrató una ART, aquél está obligado a recibir las prestaciones en dinero y especialmente las previstas en especie, para no agravar la responsabilidad que pretenda atribuir a su empleador, pudiéndose considerar la falta de recepción de las mismas a los fines de reducir la extensión de la responsabilidad del empleador en cuanto puedan suponer *culpa de la víctima* en la causación del daño (conf. art. 1113 del C. Civil); 4) En el caso de empleadores no asegurados, el trabajador o sus derechohabientes, cuando pretendan una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la LRT, deberían reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Ello porque en primer lugar son irrenunciables, en segundo término porque necesariamente deberán hacer la comparación para lograr la declaración de inconstitucionalidad, y finalmente porque en el supuesto de que el patrimonio del empleador fuera insuficiente para afrontar la reparación, el costo de las prestaciones del sistema de la LRT podría ser satisfecho con los recursos del fondo de garantía (conf. Ackerman, op. cit., págs. 133/135).----------

--- En virtud de todo lo expuesto, comparto lo propuesto por el Dr. Lucero, en cuanto a que no resulta factible declarar en abstracto y en forma previa la inconstitucionalidad requerida, sino que resulta necesario efectuar la comparación pertinente de la indemnización tarifada que brinda el sistema cuestionado con la que le correspondería al actor, en este caso concreto, de acuerdo a los principios y normas de la reparación integral solicitada en el ejercicio de esta acción de derecho común. Por ello es que

coincido en posponer la respuesta al planteo de inconstitucionalidad para una vez dilucidada la cuestión acerca de si procede el resarcimiento -y qué comprende cualitativamente y cuánto cuantitativamente- pretendido por fuera del sistema de la LRT.----------

------ 2) La sentenciante de grado argumentó, entre otros párrafos dirimentes para rechazar la acción, en cuanto a la atribución de responsabilidad a la demandada de acuerdo a las normas del derecho común, lo siguiente: *"...sólo incidentalmente y como parte de las abundantes citas jurisprudenciales que se efectúan, puede inferirse el derecho que la parte actora pretende invocar. Pero es del caso que aún partiéndose de tan irregular forma de encarar la demanda e infiriendo entonces que se ha pretendido fundar en las disposiciones del art. 1.113 del Cód. Civil, se pasa al otro escollo. Y, es que más allá del relato del hecho accidental en sí, no se encuentra en todo el texto de la demanda por más que se busque entre las citas jurisprudenciales y doctrinarias desperdigadas, imputación de responsabilidad alguna a la demandada. De tal modo no se sabe si la responsabilidad civil que pareciera pretenderse de la demandada tiene su fundamento en el obrar culposo de la demandada o de un dependiente...Tal vez la responsabilidad que se pretende derivaría de culpa consistente en haber permitido que se trabajara con una moladora a bordo...?, o se achacara que la actividad marítima es de por si riesgosa...? o en el vicio o riesgo del cable que en definitiva produjo la lesión...? Estas posibilidades entre otras que podría haberse invocado, desde la responsabilidad por las cosas de las que el empleador pudiera haberse servido hasta el vicio o riesgo de las mismas, pasando por el incumplimiento del deber de seguridad, no pueden ser suplidas por el Juzgador. Claro para mi resulta que tan particular modo de proponer la demanda obsta a su admisión, ya que dentro del esquema de la responsabilidad civil la falta de imputación de responsabilidad no puede ser subsanada"* (ver sentencia a fs. 341 vta. "in fine"/342 vta.).----------

--- Como se aprecia la juzgadora rechaza la demanda por considerar que el actor no efectuó una imputación concreta de responsabilidad a la accionada de acuerdo a las normas del derecho civil, no especificó el factor de atribución, como presupuesto necesario de la responsabilidad civil. La apelante, al sostener su agravio, entre otros fundamentos, expresó que realizó la suficiente imputación de los hechos y de los daños para que respondiera el principal, todo lo cual se desprende del relato de los hechos en el ámbito del trabajo, del riesgo de los elementos provistos por el empleador y del obrar culposo de un dependiente por el cual debe responder el empleador (ver fs. 356, 2do. párrafo). A su vez del contenido de la demanda surge que se efectuó un prolijo relato de los hechos (ver fs. 28/29, pto. 3), y que se fundó el derecho en el art. 1113 y concordantes del C. Civil (ver fs. 37 vta., pto. 14). Es así que más allá de que se invocó el art. 1113 del C. Civil, el cual en su extenso texto prevé varios factores de atribución -deber de garantía por el hecho del dependiente, dolo o culpa en el daño "con" la cosa, riesgo o vicio en el daño "por" la cosa-, al haberse efectuado el relato de los hechos,

correspondía a la sentenciante encuadrar la responsabilidad atribuida de acuerdo al principio “iura novit curia”. Es de señalar que podría cuestionarse aquí que existe un conflicto entre el citado principio y el de congruencia, en el caso de que se entendiera que el actor no fue claro o suficientemente explícito en la atribución de responsabilidad. Al respecto es de admitir que la cuestión no es pacífica. En un excelente artículo de doctrina de Andrea Meroi (conf. Meroi, Andrea A.: “Iura Novit Curia” y Garantías Procesales” en www.eldial.com.ar/bases/doctri/notas/nt021213.asp), la autora expresa que la “causa petendi” ha sido definida como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional y con cita de Alvarado Velloso adhiere a la teoría “dualista” o de la “individualización”, entendiendo que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: 1) los hechos invocados en la demanda y contestación y 2) la imputación jurídica que las partes efectúan con motivo de los hechos. Con todo esta autora admite que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias adscriben a la concepción unitaria o sustancialista de la “causa petendi”, según la cual el juez no está vinculado por la calificación jurídica del actor, pudiendo modificarla sin que la resolución pueda tacharse de incongruente con la condición, además de no alterar los hechos y respetar el principio de contradicción, de no modificar la “causa petendi”. Siempre según Meroi, la máxima “iura novit curia” no puede ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes; dicha máxima no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que les son favorables, sino que significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. Agrega que el límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Y finaliza la autora citada diciendo que la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, ya que no debe prevalecer sobre el superior criterio de la defensa y seguridad jurídica.---------- Dentro de la postura mayoritaria que critica la autora mentada, encuentro relevante destacar lo expuesto por Zavala de González, ya que se refiere en concreto a la aplicación del principio “iura novit curia” respecto del proceso de daños (conf. aut. cit., “Resarcimiento de Daños”, Tº 3, Ed. Hammurabi, 1997). Esta autora considera que el juez tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes, y si bien el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto, ya que una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el

principio de congruencia (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 240/241). Añade que el primer principio (iura novit curia) se emplaza en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero como no existe una separación tajante entre "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho", se presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 241). Así se ha entendido que *"Si bien el principio de congruencia veda al juzgador la posibilidad de introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa, ello no impide, sin embargo, la aplicación del derecho a los hechos acreditados"* (conf. SCBA, 4/4/89, ll, 1990-A-235).----------

--- Con relación al juicio de daños -continúa diciendo Zavala de González-, puede señalarse que el principio de congruencia opera con mayor vigor en lo que atañe al objeto de la acción, mientras que son más amplias las atribuciones jurisdiccionales oficiosas en relación con la causa, título o razones que apoyan la petición. Y en el proceso de daños, la causa de la acción, entendida en sentido estricto, radica en el perjuicio injusto sufrido por el actor -en conexión con un hecho lesivo que debe ser su causa adecuada- (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 242). Y concretamente respecto a la cuestión aquí planteada, la autora citada considera que las conclusiones sobre la instrumentación del principio "iura novit curia" son aplicables al encuadramiento de la responsabilidad, como contractual o extracontractual, en cuanto la invocación por el actor de uno de esos títulos de responsabilidad, no justifica el rechazo de la pretensión, por la circunstancia de que el juez considere procedente el otro, y en tanto y en cuanto el sustento fáctico en que se apoye la sentencia sea el mismo que el esgrimido por el pretensor. Y si esto cabe decir respecto al ámbito de la responsabilidad endilgada, con mayor razón en cuanto al factor de atribución, en cuanto al libre encuadramiento del juez sobre el mismo (conf. aut. cit., ídem, págs. 245/246).----------

--- En síntesis, y coincidiendo con el vocal prevotante, encuentro que la "a quo" se autolimitó en exceso en su ejercicio de decidir de acuerdo al principio "iura novit curia", ya que siendo suficiente el relato de los hechos en lo que concierne a la generación del siniestro, correspondía a la misma el encuadre del tipo de responsabilidad así como identificar el factor de atribución.----------

------ 3) Sentado lo anterior, coincido con el Dr. Lucero, en cuanto a que habiendo ocurrido el siniestro en el marco de la relación de empleo, la responsabilidad atribuida debe juzgarse en principio en el marco contractual, más aún cuando no se esgrime la existencia de delito que permita, en virtud de lo dispuesto por el art. 1107 de C. Civil, el corrimiento a la órbita aquiliana. Ello sin perjuicio de que tampoco resulta prohibido el encuadre bajo la esfera extracontractual. Es que de acuerdo a la jurisprudencia sobre el tema, en vigencia de la ley 9688, la Cámara Nacional del Trabajo en pleno consideró aplicable el art. 1113 del C. Civil en el caso de haberse optado por la acción de derecho común a la que se refiere el art. 17 de la ley 9688 (conf. CNAT, en pleno, 26/10/71,

Acuerdo Plenario Nº 169, in re: “Alegre, Cornelio c/ Manufactura Algodonera Argentina” cit. en Ackerman, op. cit., 116). Así también en algunas oportunidades se ha enmarcado la cuestión en el ámbito contractual (conf. CN. Com., Sala D, del 09/11/07, in re: “Samaniego, Nicolás c/ Copinco Invest S.A. s/ ordinario, elDial-AA44E5). Es más, la propia Corte Federal, en los antecedentes mentados, en “Gorosito” hizo referencia a las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521 del C. Civil), mientras que en “Aquino” se efectúa una referencia explícita a los arts. 1109 y 1113 del campo aquiliano. En resumen, sin perjuicio del primer análisis que efectuaré a la luz de la responsabilidad contractual, habré también de considerar el planteo de acuerdo a las normas que invocara el actor.----------

--- En el marco de la responsabilidad contractual, el art 75 de la LCT establece el deber de seguridad a cargo del empleador. Es cierto que en el actual texto de la norma, modificado por la ley 24557, se eliminó el epígrafe “Deber de seguridad” y la obligación del empleador de “adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la técnica y la experiencia sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores”, lo que ha llevado a la doctrina a replantearse sobre la subsistencia del deber de seguridad. Sin embargo existen diversas razones que conducen a afirmar la subsistencia de este deber. En el orden constitucional, el art. 14 de la Const. Nacional asegura al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor” y luego de la reforma de 1994, por el art. 75, inc. 22 se ha dado jerarquía constitucional a la protección a la vida, la salud y la integridad psicofísica y moral de los trabajadores. En el orden normativo, la propia directiva del art. 75 de la LCT sobre la observancia por parte del empleador de las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo remite al contenido obligacional de la ley 19587 que comprende “las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto” la protección de “la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores (art. 4, inc. b), e incluso estatuye expresamente que: “todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...” (art. 8). Finalmente existen motivos de índole contractual, por cuanto en todo contrato se considera ínsita la obligación de seguridad, como derivada de la buena fe contractual (art. 1198 del C. Civil), por lo que si esto se afirma en los contratos civiles y comerciales, con mayor razón cabe expresarlo dentro del ámbito del contrato de trabajo, donde el compromiso de la vida e integridad física del trabajador es mayor (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Ed. La Ley, 2007, Tº II, págs. 917/919).----------

--- En cuanto a este deber u obligación de seguridad, se lo ha caracterizado como de naturaleza contractual, dado que está presente, en forma expresa o tácita, anexa o independiente, en todo contrato. Asimismo existe en todo tipo de contrato, con independencia de las características de la obligación principal. Y es siempre una obligación de resultado, cuya violación genera responsabilidad de naturaleza objetiva;

ello por cuanto en todo negocio jurídico el deudor garantiza la indemnidad del accipiens en lo atinente a bienes diferentes al que constituye su objeto. Por lógica consecuencia, la sola circunstancia de que con motivo del desarrollo de la prestación principal, se produzca un daño adicional al accipiens, ello genera contra el deudor una presunción de adecuación causal, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo (conf. Agoglia-Boragina-Meza: “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Hammurabi, 1993, págs. 161/175). Este carácter objetivo de la responsabilidad generada por el incumplimiento de esta obligación, conlleva que, una vez acreditado el daño, el incumplimiento antijurídico, y dada la mentada obligación como factor de atribución -en verdad su violación-, el demandado podrá exonerarse mediante la demostración de la fractura del nexo causal, sea por caso fortuito, hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no deba responder (conf. Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., pág. 243).----------

--- Sentado lo precedentemente expuesto es destacar que la demandada no alegó, y menos acreditó, ninguna eximente del tipo de las señaladas. Es cierto que al contestar demanda, la accionada menciona que, de acuerdo a cómo se relató la maniobra del siniestro y las condiciones en las que se habría llevado a cabo, el actor habría exhibido un obrar contrario a la obligación dispuesta en el art. 4.1 de la LRT (ver fs. 73 “in fine”/vta., 1er. párrafo), lo que sugiere la existencia de un hecho de la víctima como interruptivo del nexo causal. Sin embargo no se explicita en qué habría consistido dicha conducta del actor o la relevancia de la misma para poder ser considerada como la causa del daño experimentado por D.. Por lo demás, como lo consignara el Dr. Lucero, del testimonio de B. (ver fs. 205/206) quien trabaja para la accionada, se da cuenta de que el accidente ocurrió en la planta del barco (respuesta tercera), que no sabe con qué elementos curativos contaba la embarcación, mencionando sólo agua oxigenada y alcohol (respuesta sexta), que luego del evento dañoso no se modificaron las medidas de seguridad en los barcos de la accionada (respuesta décima), que al actor le proveyeron guantes de hilo cuando sufrió el accidente (respuesta a primera repregunta), y relata los hechos explicando que el jefe de planta estaba cortando un cable y se le escapó la moladora en un momento en que el barco roló y el actor que sostenía el cable sufrió el accidente (respuesta a tercera repregunta). Como se puede apreciar, la versión que brinda del siniestro se compadece con la relatada por el actor en la demanda (ver fs. 28 vta., primeros párrafos). Y si bien el testigo M. (ver fs. 250/vta.) no presenció el accidente (respuesta primera), vio al actor lastimado bajar de la cubierta (respuesta primera), y que por lo que recuerda el accidente se debió a un corte con una moladora (respuesta segunda).----------

--- De lo antedicho encuentro acreditados los presupuestos de la responsabilidad contractual por el incumplimiento del deber de seguridad, ya que estamos frente a un daño padecido por un trabajador en ocasión de la prestación de sus tareas a favor de la empleadora y que aconteciera en el lugar de trabajo en condiciones de seguridad que

operaron como causantes del siniestro o al menos favorecedoras de su ocurrencia. Es así que encuentro que resulta acreditada la responsabilidad contractual endilgada a la demandada (conf. art. 519 y concs. del C. Civil).----------

--- Agregaré que en la hipótesis de que se considere que el caso en examen debe enfocarse bajo la óptica de la responsabilidad extracontractual, también resulta claramente demostrada la misma, ya que el daño experimentado por el actor fue consecuencia de elementos riesgosos propiedad de la demandada y aconteció en ocasión de la prestación de una actividad riesgosa -dadas las condiciones de navegación-, por lo que también se está en presencia de un caso de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, sin que se demostraran las eximentes pertinentes de hecho de la víctima, de tercero por quien no deba responderse o caso fortuito (conf. art. 1113, 2do. párrafo del C.Civil).----------

------ 4) Resuelta la existencia de responsabilidad de la accionada corresponde examinar los rubros cuya indemnización solicita la actora. En la demanda se refiere que el actor quedó con la secuela de una incapacidad del 37% de la total obrera, como consecuencia del accidente (ver fs. 30 vta., pto. 7). Al enunciar los reclamos indemnizatorios solicita en primer lugar indemnización por daños físicos, explicando que padece dolores permanentes en la mano izquierda con motivo de las lesiones sufridas en el dedo índice de la misma. Hace referencia a que debe otorgarse una reparación integral, ya que todo ser humano tiene derecho a conservar su integridad física, que tiene un valor en sí mismo aún cuando no se ejerciera ninguna actividad lucrativa y al margen de ésta y del daño moral. Agrega que el accidente además de dañar la integridad del actor como persona, mutó el estilo de vida de relación del mismo, sus actividades de esparcimiento, laborales y hasta familiares y de intimidad conyugal, requiriendo la suma de $ 120.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba (ver fs. 30 vta./33, pto. 8.a).----------

--- Cabe expresar en primer lugar que la integridad psicofísica carece de un valor económico “per se”, ya que como consecuencia de una lesión inferida a dicha integridad, sólo pueden derivarse dos tipos de daños: patrimonial y moral, es decir el que repercute disvaliosamente en el patrimonio -comúnmente englobado como incapacidad sobreviniente o lucro cesante-, y el que reside en las consecuencias espirituales o inmateriales de la lesión (ver cita de Pizarro y Zavala de González en Vázquez Ferreyra: “Daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de la persona”, LL, 1991-D-146 y sigs.). En tal sentido se ha precisado que el daño a la vida de relación no importa un *“tertium genus”*, por lo que debe encuadrarse dentro de alguna de las categorías tradicionales de daño según las repercusiones se produzcan en el ámbito material o espiritual o ambas; de allí que el interés práctico de este daño radica en que el magistrado debe tenerlo en cuenta para justipreciar la indemnización, redimensionando el monto que habría acordado de prescindirse de la perturbación a la vida de relación (conf. Zavala de González: “Resarcimiento de daños”, Tº 2º, Ed.

Hammurabi,1996, págs. 463/464). Otro tanto cabe manifestar con relación al daño de orden psíquico. Tampoco este daño es resarcible “per se”, sino que las lesiones psíquicas pueden tener proyecciones en los ámbitos patrimonial y espiritual (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, págs. 234 y 274). La proyección en la esfera extrapatrimonial queda evidenciada “re ipsa” por vía inferencia a partir de la propia constatación de la situación anímica patológica, en cambio la gravitación económica perjudicial debe ser objeto de prueba, si bien puede operar por vía presuncional (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, pág. 274).----------

--- Aclarado el aspecto anteriormente tratado, cabe considerar que, de acuerdo a lo dictaminado en la pericia médica a fs. 277/278, pto. VI, se concluyó en que D. padece una incapacidad parcial y permanente del 14%. Procede aclarar que el experto arribó a dicho porcentual teniendo en cuenta no sólo el aspecto productivo -en cuyo caso lo determina en un 16%-, sino teniendo en cuenta las potencialidades totales de la persona, considerando no sólo la actividad lucrativa, sino los demás aspectos de la vida de relación. Es así que, teniendo en cuenta las consideraciones desarrolladas extensamente por el colega preopinante, especialmente las referidas a las condiciones y circunstancias personales del actor, así como sus posibilidades de reinserción laboral, encuentro ajustado tomar el guarismo del 14% antedicho. Desde el punto de vista patrimonial cabe considerar la existencia de incapacidad sobreviniente, para cuyo determinación coincido con el Dr. Lucero en la utilización de la fórmula matemático-financiera de acuerdo a la doctrina establecida por esta Alzada (conf. CANE, SDC 79/94). El esquema de la fórmula es el siguiente:----------

$$C = a \cdot \left(1 - \frac{1}{(1+i)^n}\right) \cdot \frac{1}{i}$$

--- Explicitando la misma, “C” es el capital a determinar, “a” el valor de la renta a percibir -que en el caso se expresará sobre bases anuales-, “i” la tasa de interés puro que establecemos en un 6% y “n” el número de períodos computables que en la especie serán años. En consecuencia, dando contenido al esquema transcripto, “a” es la suma del ingreso mensual del actor. Al respecto, tal como lo señala el vocal prevotante, ante la ausencia de datos fehacientes y precisos que ilustren a cuánto ascendían los ingresos del actor, resulta apropiado atenerse al salario mensual para la categoría “Marinero” de acuerdo a la escala salarial del CCT 538/08, el que asciende a $ 4.521, ello en virtud de que la demandada admitió que D. se desempeñaba como marinero de cubierta (ver fs. 72 vta, pto. II). De este importe cabe tomar el 14%, de acuerdo al porcentaje de incapacidad antedicho, lo que arroja el resultado de $ 632,94. Dicho ingreso mensual debe multiplicarse por 13 períodos, dado que se incluye el aguinaldo. Este monto total de $ 8.228,22, es el guarismo correspondiente a la renta a percibir “a”.

En cuanto al número de períodos computables, dado que el actor contaba con 29 años al tiempo del evento (ver fecha de nacimiento en la cédula de embarque de fs. 24), teniendo en cuenta la edad de 72 años como el de expectativa de vida probable, corresponde computar 43 períodos. Por lo tanto la fórmula queda configurada de la siguiente manera:----------

$$C = 8.228,22\left(1 - \frac{1}{(1+0,06)^{43}}\right) \cdot \left(\frac{1}{0,06}\right) = 125.942,56$$

--- Se concluye entonces que corresponde acoger la indemnización por incapacidad sobreviniente por la suma de **pesos ciento veinticinco mil novecientos cuarenta y dos con cincuenta y seis centavos ($ 125.942,56).** Esta suma llevará los intereses a la tasa activa que percibe el B. C. S.A. en sus operaciones ordinarias de descuento desde la fecha del accidente hasta la del efectivo pago.----------

------ 5) En cuanto al ítem de indemnización de gastos médicos y sanatoriales (ver fs. 34 vta./35 vta., pto. 8.c), corresponde expresar en primer lugar que se ha entendido que este tipo de gastos no exigen necesariamente la prueba acabada de su existencia, si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento a que fuera sometido el actor. Sin embargo este criterio amplio necesita el apoyo de informe pericial o de las historias clínicas originadas en los establecimientos hospitalarios intervinientes" (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala I, in re: "Rogas c/ Fraga s/ sumaro", 4/11/81, cit. en Daray, Hernán: "Accidentes de tránsito", Tº 2, pág. 293, pto. 125, nº1). En la especie, cabe tener en cuenta lo dispuesto por el art. 20 de la ley 24557 que establece las prestaciones que la ART debe otorgar a los trabajadores en especie, los que involucran en tanto son relevantes en el "sub exámine" a los fines de este rubro: asistencia médica y farmacéutica y rehabilitación. En la demanda, el accionante reconoce que fue cubierto en gran parte de sus dolencias por la ART y por la obra social, mas señala que al desvincularse de la empleadora por culpa de ésta, no cuenta con cobertura médica asistencial, debiendo afrontar los gastos médico-sanatoriales de su propio peculio en forma íntegra, debiendo considerarse que la incapacidad y los dolores provocados por la lesión lo acompañarán de por vida (ver fs. 35 vta.).----------

--- A lo expuesto cabe añadir lo precisado por el Dr. Lucero en cuanto a que el derecho a las prestaciones de la LRT es independiente de la suerte que pueda correr el contrato laboral, lo que quiere decir que el trabajador accidentado puede quedar en situación de desempleo conforme la ley 24013 y sus normas reglamentarias durante alguna de las etapas de su incapacidad laboral. Es que la resolución MTySS 488/99 ha declarado que no tendrán derecho a la prestación por desempleo los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad laboral temporaria o permanente (parcial o total) provisoria

(art. 1) y otorgada el alta médica o declarada definitiva la incapacidad laboral permanente-parcial, el trabajador tiene noventa días para solicitar a la ANSES la asignación por desempleo (art. 2) (conf. Ramírez, Luis Enrique: “Riesgos de trabajo. Manual práctico”, Ed. B de F, 2007, pág. 110). Por lo tanto en cuanto a los gastos pasados, corresponde considerar que han sido cubiertos por la ART y la misma obra social como lo admite el actor.----------

--- Sí corresponderá aceptar el resarcimiento por los gastos futuros. Los mismos están dados por la atención psicológica necesaria que se dictamina a fs. 300, pto. XIV. En cuanto al monto del costo, cabe inferirlo de lo informado a fs. 311, donde se aconseja un abordaje psicoterapéutico de un lapso no menor a un año, con asistencia en no menos de dos sesiones semanales y un año más con una sesión semanal. Dados los valores que se informan, resultando correctos los valores que señalara el Dr. Lucero, el importe a reconocer asciende a $ 16.500. Mas tratándose de pautas estimativas y orientadoras, coincido con el colega preopinante en acoger la indemnización por la suma requerida de **pesos quince mil ($ 15.000)**.----------

------ 6) Resta considerar la indemnización por daño moral (ver fs. 33/34 vta., pto. 8.b). Es sabido que el daño moral ha sido reputado como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre, como ser la paz, la tranquilidad de espíritu, la integridad física, la libertad individual, el honor, los más sagrados afectos (conf. SCBA, ED, 14-14) Resulta obvio que dado el hecho de haber resultado lesionado, es dable inferir en el actor el daño extrapatrimonial. Ahora bien, para cuantificar este daño, que es el hecho que motiva el agravio, se ha interpretado que no tiene que haber vinculación porcentual con los daños materiales, y tampoco puede considerarse que sea un aspecto complementario y accesorio (CN. Civ., Sala C, ED, 61-520), habiéndose agregado en forma conteste que no existiendo ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral, la reparación de este daño debe determinarse ponderando esencialmente la índole de los sufrimientos y molestias experimentados por el damnificado y no mediante una proporción constante que vincule los daños cuya reparación se reclama, razón por la cual, en función de las particularidades del caso, dicha proporción puede variar (CN. Fed. Civ. y Com., Sala III, Rep. LL, 1983-A-I, pág. 642). Esta Cámara ha entendido, en la misma línea de pensamiento, que no cabe someter a proporcionalidad el resarcimiento del agravio moral por ostentar un carácter autónomo (conf. CANE, SDL, 194/94 del 12/12/94).--------

--- En cuanto a la suma que se fija como resarcitoria del daño moral, queda librada a la interpretación que hace el sentenciante, a la luz de las constancias aportadas, tratando siempre de analizar en cada caso sus particularidades (CN. Esp. Civ. y Com., Sala IV, RED 13-298, s. 74). Es decir que resulta constante la jurisprudencia que establece que en la materia, la fijación del monto resarcitorio se encuentra librada al prudente arbitrio de los jueces (conf. CN. Civ., Sala G, Doct. Judicial, 1986-2, p. 37, s. 125). Conocidas son las diez reglas sobre la cuantificación del daño moral debidamente enunciadas y

explicadas por Mosset Iturraspe (conf. aut.cit.: “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, LL del 03/02/94). Entre ellas destaco la gravedad del daño (nº 6), las peculiaridades del caso y de la víctima (nº 7) y las posibilidades de pago dentro del contexto económico del país y el general estándar de vida (nº 10). Es de tener en cuenta que las lesiones en cuanto a la incapacidad, no resultaron de gran gravedad, atento que el porcentaje de incapacidad no resulta de importancia. No obstante ello es de considerar que como consecuencia del siniestro el actor experimentó un cambio negativo en la faz anímica y afectiva, descendiendo su autoestima, todo lo cual resulta perjudicial para su vida de relación (ver pericia de fs. 297/300). Si a ello se agrega lo expuesto por el Dr. Lucero en cuanto a la renta mensual que resultaría de concederse la suma reclamada de $ 50.000, coincido con él en que la misma deviene excesiva, considerando apropiada la propuesta de **pesos siete mil quinientos ($ 7.500),** por la que se hace lugar al rubro aquí examinado.----------

------ 7) Como consecuencia de todo lo considerado más arriba se arriba a la suma de **pesos ciento cuarenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y dos con cincuenta y seis centavos ($ 148.442,56)**, por lo que la diferencia con el monto recibido por la indemnización tarifada de $ 30.780 (ver fs. 35 vta./36, pto. 9), resulta considerable, ya que la misma importa sólo el 20,70% del monto anterior. Es por ello que, retomando la cuestión planteada al examinar el agravio relativo a la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24557, y atento las argumentaciones desgranadas en los fallos de la Corte Federal que fueron objeto de reseña -básicamente “Gorosito” y “Aquino”- no cabe duda de que en la especie el valor recibido en virtud de la LRT dista de ser razonable a tenor del monto que por vía de la acción civil corresponde que reciba el trabajador como reparación integral. Es así que, en la especie, resultó bien declarada la inconstitucionalidad apuntada, correspondiendo el rechazo del agravio de la demandada al respecto.----------

--- II.- Por todo lo expuesto, corresponde revocar el fallo apelado para hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios deducida por S. L. D. contra C. S.A., condenando a esta última a que abone al actor, en el plazo de diez días de consentida la presente, la suma de **pesos ciento diecisiete mil seiscientos sesenta y dos con cincuenta y seis centavos ($ 117.662,56)**, monto que resulta de deducir de la suma total a la que se arriba, el valor denunciado como percibido por la actora de parte de la ART. Dicho monto llevará los accesorios oportunamente determinados en el considerando respectivo.---------- Como consecuencia de lo anterior, las costas de ambas instancias se imponen a la accionada vencida (conf. arts. 59 de la ley 69 y 68 y 279 del CPCC). En virtud de lo dispuesto por la última norma mencionada, corresponde adecuar los honorarios regulados en la instancia de origen. Es así que atento el resultado del pleito, extensión y mérito de las tareas desarrolladas, encuentro ajustado a derecho determinar los emolumentos de los letrados apoderados del actor, Dres. N. O. M. y P. O. A., en conjunto, en un 19,6%; y al letrado apoderado

de la demandada, Dr. L. A. N., en un 14%, en ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA (conf arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39 y 47 de la ley 2200, y leyes 23349 y 23871).----------

--- Teniendo en cuenta los mismos criterios de estimación y lo dispuesto por el art. 14 del arancel, por las tareas desempeñadas ante esta sede, corresponde regular al Dr. A., en un 6,86% y al Dr. N. en un 3,5%, ambos porcentuales a calcular sobre el monto total de condena, con más el IVA pertinente.---------- A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------

---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 39, apartado 1° de la ley 24.557.- 2) REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada, condenando a “C. S.A.” a que en el plazo de diez días, contados desde que quede firme la resolución que apruebe la liquidación final, abone al Sr. S. L. D., la suma de **Pesos Ciento Diecisiete Mil Seiscientos Sesenta y Dos con Cincuenta y Seis Centavos ($ 117.662,56)**, con más los accesorios que se hubieren indicado, en caso de corresponder en el respectivo rubro de la cuenta indemnizatoria, a la tasa de interés individualizada en el supuesto respectivo hasta la fecha de su efectivo pago.- 3) IMPONER las costas de ambas instancias a la parte demandada en autos.- 4) FIJAR por adecuación a la presente, los honorarios de los Dres. N. O. M. y P. O. A., en conjunto; y, al Dr. L. A. N., por sus labores de primera instancia, en las sumas respectivas equivalentes al 19,6% y 14% del monto final del proceso que surja de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución.- 5) REGULAR los honorarios de los Dres. P. O. A. y L. A. N., por sus tareas de Alzada, en la suma equivalente al 6,86% y 3,5%, del aludido monto del pleito.- 6) DECLARAR que todos los emolumentos antedichos deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente.----------

--- ASI LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------

--- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse en uso de licencia al efectuarse el sorteo para el estudio de la causa, el Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 8 de la ley 1130, To. de la ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

--- 1) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 39, apartado 1° de la ley 24.557.----------

--- 2) REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada, condenando a “C. S.A.” a que en el plazo de diez días, contados desde que quede firme la resolución que apruebe la liquidación final, abone al Sr. S. L. D., la suma de **Pesos Ciento Diecisiete Mil Seiscientos Sesenta y Dos con Cincuenta y Seis Centavos ($ 117.662,56)**, con más los accesorios que se hubieren indicado, en caso de corresponder en el respectivo rubro de la cuenta indemnizatoria, a la tasa de interés individualizada en el supuesto respectivo hasta la fecha de su efectivo pago.---------- 3) IMPONER las costas de ambas instancias a la parte demandada en autos.---------- 4) FIJAR por adecuación a la presente, los honorarios de los Dres. N. O. M. y P. O. A., en conjunto; y, al Dr. L. A. N., por sus labores de primera instancia, en las sumas respectivas equivalentes al 19,6% y 14% del monto final del proceso que surja de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución.---------- 5) REGULAR los honorarios de los Dres. P. O. A. y L. A. N., por sus tareas de Alzada, en la suma equivalente al 6,86% y 3,5%, del aludido monto del pleito.---- 6) DECLARAR que todos los emolumentos antedichos deberán incrementarse con el I.V.A. pertinente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009 – SDL.- Conste.----------