En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de noviembre del año dos mil diez, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de María Inés de Villafañe y presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G. S. M., J. A. c/ T. S.A. s / ACCIDENTE "**(Expte. N° 146 Año 2010) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 378 Año 2006), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** Corresponde decretar la nulidad de la sentencia planteada por el actor a fs. 472? **SEGUNDA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 498.

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

1. A fs. 444/452 la Sra. Jueza de la Instancia anterior dictó sentencia, admitiendo la demanda promovida por J. A. G. S. M., en orden al reclamo por despido indirecto, en contra de T. S.A.; rechazó la demanda por daños y perjuicios derivados de las lesiones padecidas por el actor, desestimando la intervención de P. ART en el presente proceso.

Para arribar a tales resultados la Sra. Jueza de la otra instancia consideró que no se había acreditado el hecho del accidente que el actor denunció en su líbelo de demanda, no pudiendo suplirse con la prueba pericial médica; particularmente remarcó la orfandad probatoria en cuanto a la producción del hecho en sí mismo, a que el actor se encontrara sometido a esfuerzos en ocasión de su tarea, y la conexión causal entre el daño y el hecho.

Admitió la demanda por despido, acogiendo el incremento del art. 2 de la ley 25.323, como así la del art. 4 de la ley 25.972.

Impuso costas por su orden y las comunes por mitades, con excepción de las derivadas de la intervención de T. S.A., que las dejó a exclusivo cargo de la demandada.

2. A fs. 458 apeló la parte actora, fundando su recurso a fs. 472/475.
La apelante solicitó la nulidad de la sentencia, sosteniendo que la misma violó el principio de congruencia. Señala que la pieza decisoria trató la cuestión como un accidente de trabajo, cuando en realidad ella adujo la existencia de enfermedad profesional.
Señaló también que del plexo probatorio surgían claramente las actividades del actor y que las mismas guardan directa relación con sus lesiones.
Realizó una enumeración de la prueba rendida, esto es, la incapacidad del actor para laborar, así como también los padecimientos morales y los gastos farmacológicos y terapéuticos.
Reclamó a esta Alzada que se modifique la forma en que fueron impuestas las costas a su parte.

3. A fs. 459 apeló la co-demandada T. S.A., fundando el recurso a fs. 461/471.
Se agravió respecto de la determinación de la procedencia de la indemnización prevista en el art. 4 de la ley 25.972, toda vez que ha acreditado mediante oficio de fs. 200/204 de la AFIP, haber su parte incrementado el personal a la fecha de ingreso del actor (23.06.03) respecto del 31.12.02.
También se agravió en cuanto a las costas impuestas, derivado ello de la intervención de P. ART. Ello, por cuanto: a) dicha intervención fue necesaria para elucidar la cuestión planteada; b) habida cuenta de la existencia de un contrato de afiliación entre las partes.
Transcribe profusa jurisprudencia.

4. Corridos los respectivos traslados de los agravios, los mismos fueron contestados a fs. 477/478 por P. ART, a fs. 480/483 por la demandada y a fs. 484/485 por la parte actora.

5. Por una cuestión de método es procedente comenzar por el tratamiento de los agravios de la parte actora.

Tal como se adelantara, la actora solicita en su queja que se decrete la nulidad de la sentencia de autos, con argumento en haber violado el decisorio el principio de congruencia.

Para ello, sostiene que el pronunciamiento ha "catalogado" al hecho como accidente de trabajo, cuando la parte actora promovió demanda invocando la existencia de una enfermedad profesional.

El principio de congruencia consiste en la conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones, oposiciones y defensas que constituyen el objeto litigioso, determinándose así el *"tema decidendum"* que limita y vincula al órgano jurisdiccional (cfr. Cám. Nac. Apel en lo Civil, Sala L, 11.06.99, in re" Pisarenko Blanco, Héctor c/ D'Angelis, Gabriel", AR/JUR/2056/1999).

Y si bien su violación acarrea causal de nulidad (cfr. art. 73, Ley XIV N° 1 y 34 inc. 4º C.P.C.C), en esta materia igualmente inciden los postulados de trascendencia y conservación -generales para toda la materia de las nulidades procesales-, de acuerdo a los cuales para el acogimiento del planteo es menester que la subsanación del defecto no pueda lograrse sino con la declaración de nulidad cuando el vicio es reparable por la vía de la apelación también interpuesta, toda vez que, en ejercicio de la competencia que la concesión de esta última le ha devuelto, el tribunal *"ad quem"* podrá revisar tanto los tópicos que hacen al fondo del litigio, cuanto los de índole formal conectados con aquéllos -tal la decisión sobre cuestiones no

propuestas- y, de asistirle razón al impugnante, bastará con rever el pronunciamiento atacado en lo que pecare de *"extra petita"* para restablecer el equilibrio entre el objeto procesal y la sentencia en que la congruencia consiste. Así, de hallarse en verdad configurada una auténtica demasía decisoria, alcanzará con que la Cámara de Apelaciones, revocación mediante, deje sin efecto aquel o aquellos puntos del pronunciamiento exorbitantes al *"thema decidendum*" (doct. de los arts. 172 y 253 cód. cit. y 65 ley ind.; Cám. De Apel de Trelew, sala A, "B., Luis Oscar c/ M., Juan Carlos s/ indem. accidente de trabajo" (Expte. 202 - Año 2009 CANE), c. 13.484 S.D.L. 89/98, c. 13.532 S.D.L. 78/98, c. 16.192 S.D.L. 60/00, c. 16.462 S.D.L. 62/00, c. 19.222 S.D.L. 5/04 y sus citas).

Asimismo, se ha dicho que *"la declaración de nulidad del fallo sólo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma que lo descalifican como acto jurisdiccional válido. Es decir cuando se ha pronunciado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar o forma prescriptos por la ley adjetiva. Los errores "in iudicando", en cambio, pueden ser reparados por medio de los recursos de apelación, hipótesis en que el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción"* (cfr. Cám. Apel de Trelew, Sala A, cit.; ídem, misma Sala 18/9/08, in re "S., L. M. c/ L., E. G. s/ Solicita autorización" – Expte. 22828 – Año 2008" (Expte. Nº 22.828 - año: 2008), 14/6/05, "S., E. c/ L. B. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", registrada bajo el Nº 17 DE 2.005 - SDC.-).

La pretendida trasgresión que invoca la actora no se ajusta a los preceptos referidos, ya que no ataca defectos de formas o solemnidades que habiliten la vía de la nulidad.

En todo caso, el análisis que se haga de la cuestión de fondo a propósito del recurso de apelación, permitirá la confirmación o revocación del decisorio en el aspecto cuestionado.

Consecuentemente, voto por la **NEGATIVA**

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

1. Corresponde abordar el tratamiento de la nulidad articulada del decisorio, con fundamento en la violación del principio de congruencia. Alude que la reparación integral fue demandada sobre la base de una enfermedad profesional y no a un accidente de trabajo como ha señalado la Sra. Jueza.

El art. 255 del CPCC prescribe que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia, esto es, cuando ella adolece de vicios o defectos de forma o de construcción que la descalifican como acto jurisdiccional. La finalidad del recurso no es, en definitiva, lograr la revisión de la decisión judicial que se considera injusta (error *in iudicando*), sino obtener la invalidación de la sentencia por haber sido pronunciada omitiendo los requisitos de lugar, tiempo y forma.

Por otro lado, las nulidades procesales carecen de un fin en sí mismas, por lo que deben revestir entidad suficiente para afectar la garantía constitucional de defensa en juicio, de modo tal que si la supuesta invalidez puede salvarse con la apelación sostenida, cuadra desestimar la nulidad.

"*De ahí que se haya sostenido que la nulidad de la sentencia debe interpretarse restrictivamente y declararse únicamente cuando el hipotético vicio no pueda remediarse al considerar el recurso de apelación a través del cual el Tribunal de Alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción*"(CNCiv. Sala F 2/6/76). "*Si bien es cierto que el artículo 34 inciso 4º CPC sanciona el quebrantamiento del principio de congruencia con la pena de nulidad, es ya un axioma en esta materia, reiteradamente decidido por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, inclusive por esta Alzada que, según el principio de trascendencia, no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma, de modo tal que si el perjuicio que el vicio provoca es reparable, en caso de asistir razón a la quejosa*

mediante la apelación también interpuesta, no hay por qué invalidar el pronunciamiento, irregular tal vez pero perfectible a través de la revisión a realizarse por la Cámara." (CANE Sala A SIC Nº 159/97).

Voto en consecuencia por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1. Se agravió la actora, en primer término, sosteniendo, que no demandó por virtud de un accidente de trabajo sino de una enfermedad profesional, pese a lo cual la Sra. Jueza de grado se expidió en su decisorio, en la inteligencia de tratarse de la primera de las figuras.

La actora, en un confuso planteo de la demanda, formuló *"reclamo indemnizatorio de daños y perjuicios con motivo de la enfermedad profesional"* del actor. Del relato de los hechos, surge claramente que *"en el mes de septiembre de 2004 al tiempo que el accionante se encontraba moviendo una pila de piedras de lajas siente un tirón en la zona lumbar"*, diagnosticándosele lumbociatalgia post esfuerzo.

Más adelante, hace puntual referencia a las "*lesiones"* que dice tener su parte, que en la primera acepción de la Real Academia española, no es otra cosa que el *"Daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad"*. Esto es, resultado de una causa determinada.

Como continuaba con dolores, reseña la apelante, el médico tratante ordenó una resonancia magnética, de la que surgió *"protución moderada del anillo fibroso fiscal de los espacios L4/L5 y lumbosacro"*.

En el primer párrafo de fs. 30 vta. sostiene que *"Se formulan los reclamos indemnizatorios tendientes a obtener una reparación integral de los perjuicios sufridos atendiendo a que se trató de un accidente sufrido mientras desarrollaba labores para la accionada y se pretende obtener una recomposición de la situación*

que provocó quebranto en la salud, integridad física, moral y material de la accionante"(el resaltado es mío).

De lo trascripto se colige que la actora utilizó los términos "enfermedad profesional" y "accidente de trabajo", indistintamente.

Es evidente que la accionante denunció la existencia de un hecho a partir del cual se habrían seguido una serie de consecuencias dañosas para la salud del actor.

Bien puede conceptualizarse al accidente de trabajo (como lo hace la ley específica en su art. 6), como todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo. Ese y no otro fue el sentido que le confirió el actor al reclamo, y en esa línea se dictó el pronunciamiento hoy cuestionado.

La conformidad entre la sentencia y la demanda en lo relativo a las personas, el objeto y la causa, es ineludible exigencia del cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez. (cfr. Cám. Nac. Apel. En lo Civ. y Com. Fed, Sala III, 18.06.96, in re "Faaf Soc. De Seguros c/ Capitán y/o Arm. y/o Prop. y/o Flet. Buque Katy V",AR/JUR/3420/1996). Y no advierto que la sentencia cuestionada hubiese incumplido con alguno de esos recaudos. De allí que la queja alzada por la pretendida incongruencia debe ser rechazada, y así lo propondré al Acuerdo.

Tengo para mí que es de aplicación al caso la doctrina de los actos propios, ya que la actora, a la luz de lo reseñado hasta aquí viene contra su propia conducta anterior.

Y así, una pretensión o una defensa formuladas dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente, toda vez que ello infringiría el

fundamental principio de la buena fe. Ya no se tratará de las razones que adunen la pretensión o la oposición a ella, sino de la lisa y llana improponibilidad de las mismas, bloqueadas por esta causa de inhabilidad intrínseca, obstativa a su atendibilidad sustancial" (Cám. Apels. Civ. y Com. de Trelew, Sala A, del voto del Dr. Velásquez, 10/10/06. "ASESORÍA CIVIL DE FAMILIA N° 1 c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ acción de amparo", causa 21.702, registrada al S.D.C. 48/06, con cita de MORELLO-STIGLITZ, "La doctrina del acto propio", L. L. 1984-A-865, cap. XVIII).

Se ha dicho también, que la doctrina de los actos propios resulta una derivación del principio de buena fe y constituye no una facultad sino una obligación del órgano jurisdiccional de hacerla valer de acuerdo a lo dispuesto por el apartado d) del inc. 5 del art. 34 del Cód. Procesal, en razón de lo cual nadie puede alegar un derecho que está en pugna con su propio actuar anterior. (cfr. Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala H, 05/03/2008, in re: " Huaman Ladera, Edgar Zoe c. Laje Adhelma, Ester", 11 - DJ 03/09/2008, 1246 - DJ 2008-II, 1246 , LLOnline: AR/JUR/1268/2008).

Si se autorizara tal conducta, dejándola al libre arbitrio de las partes, en función de su interés personal, cancelaríamos para el Derecho toda idea de seguridad, buena fe, coherencia, y previsibilidad.

2. De todos modos, fuese accidente o fuese enfermedad, lo cierto es que la suerte del reclamo no hubiese variado su destino, a la luz de lo probado en autos.

Para que una persona pueda ser tenida como civilmente responsable por un acto ilícito dañoso, resulta imprescindible –además de encajar con los demás presupuestos de la responsabilidad civil- que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de un hombre o al hecho de una cosa (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix – LÓPEZ MESA, Marcelo J,

“Tratado de Responsabilidad Civil”, T°I, Ed. La Ley, p. 579). Y es lo que se denomina en Derecho *“imputatio facti”* o relación de causalidad.

Cualquiera que sea el fundamento de la responsabilidad civil -dolo, culpa, riesgo o vicio de la cosa-, es doctrina uniforme que para que ella tenga lugar, esto es, para que pueda hacerse gravitar sobre una persona el deber de resarcir el daño sufrido por otra, resulta imprescindible la existencia de un lazo causal que una dicho daño a hechos imputables al tenido por responsable (ACUÑA ANZORENA, Arturo, "La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento...", en "Estudios sobre la responsabilidad civil", Ed. Platense 1963, pág. 41). De allí que, en la parte general de los actos ilícitos, el art. 1067 Cód. Civ. aluda a "daño causado" y el art. 1068 del mismo cuerpo mencione al daño "que se causare"; para el ámbito del dolo, el art. 1074 ídem se refiera al perjuicio "ocasionado" y los arts. 1078 y 1079 íd. al "daño causado"; en la esfera de la culpa, el art. 1109 cód. cit. refiere a "aquel que ocasiona un daño a otro"; y en el campo del vicio o riesgo de las cosas el art. 1113 de dicha normatividad apunte a "la obligación del que ha causado un daño", a "los daños causados con las cosas" y al daño "causado por el riesgo o vicio de la cosa".

Así pues, para el acogimiento de toda pretensión indemnizatoria es ineludible acreditar una vinculación entre la situación dañosa invocada y el sindicado como responsable, convirtiéndose en uno de los cometidos básicos del pretensor el comprobar que el demandado se halla involucrado causalmente con los daños, que el hecho generador de los perjuicios no le es ajeno; en el perímetro de la responsabilidad objetiva, la víctima ha de demostrar que la fuente de los menoscabos está emplazada dentro de una órbita vinculada al responsable, prevista en cada caso por la ley (confr.: González Zavala, "Prueba del nexo causal", en Revista de Derecho de Daños, n° 2003-2, ed. Rubinzal - Culzoni, agosto de 2003, pág. 92). En suma, es carga específica de quien reclama resarcimiento de perjuicios probar la

relación de causalidad, pues la existencia de ella integra el supuesto fáctico de aplicación del precepto sustento jurídico de su demanda (art. 377 C.P.C.C.) (cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala A, causa cit., del voto del Dr. Velásquez).

De modo, que, contrariamente a lo dicho por el apelante al sostener que *"habiendo acreditado la atribución de responsabilidad a la empleadora y que el actor sufrió un daño injusto que debe ser objeto de reparación*". Ese "daño" al que se refiere debe estar relacionado causalmente con el hecho generador.

En el caso de autos, donde la cuestión contiene ribetes de neta responsabilidad civil de carácter objetivo, al damnificado le hubiera bastado con probar que el daño aludido fue ocasionado por el riesgo de la cosa. Pero a diferencia de lo que infiere el apelante, la idea de riesgo no se identifica con la mera causación material, esto es, no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño: Crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas, multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad; de ahí que no toda cosa dañadora sea una cosa riesgosa (cfr. Cám. 1ª. CC Mar del Plata, Sala I, 06.06.96, DJBA,152-75 y JA 1997-II-192).

El mero contacto marca una nexo material de causalidad; para que esa causalidad se transforme en jurídica, debe existir en el caso una adecuación del resultado a la incidencia causal de la cosa riesgosa interviniente. Si esa adecuación no es demostrada (no alcanza con presumirla), en los hechos se está confundiendo causalidad material con causalidad jurídica, pese a que se declame la distinción (vid. LÓPEZ MESA, Marcelo - PASARIN, Carolina A.. "El mito de la causalidad adecuada", en La Ley 2008-B, pp. 863/864).

Por ello resulta gravemente erróneo y contrario a la ley el proceder de quienes confunden causalidad material con causalidad jurídica; ello ocurre, paradigmáticamente, cuando en los supuestos de responsabilidad objetiva,

algunos jueces presumen la existencia de responsabilidad civil del mero contacto con la cosa predeterminada como riesgosa (Cfr. TERRÉ, François – SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", 6ª edición, Edit. Dalloz, París, 1996, pp. 665 y ss.).

Lo que se requiere es la prueba de la causalidad entre el daño y la actuación del dañador, que no es lo mismo a la conjetura, ni a la intuición ni a la inferencia de ese nexo de causalidad. La prueba de la causalidad, eso y sólo eso es lo que permite una sentencia condenatoria a resarcir (cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala A, voto del Dr. López Mesa).

Se requiere, entonces, la prueba de la causalidad, no alcanzando con su conjetura. Ello pues, como bien dice Yvonne LAMBERT, *"en la prueba de la causalidad jurídica no puede llegarse por vía de la intuición a la arbitrariedad ... "* (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "De la poursuite à la contribution: quelques arcanes de la causalité", Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 311).

Precisamente, lo que no ha acreditado el actor fue esa relación de causalidad a la que aludo, lo que le veda toda posibilidad de resarcimiento. Ni siquiera ha logrado acreditar que la actividad del actor consistía en acarrear piedras, ni su peso o tamaño; menos que el traslado de alguna de ellas hubiese desencadenado la lesión que aduce.

Adelanto, en consecuencia que propondré al Acuerdo la confirmación del pronunciamiento de Primera Instancia, en ese aspecto.

3. En lo que respecta al segundo agravio y que el apelante intitula "Carga probatoria", el quejoso señala qué tipo de labores realizaba el actor, a tenor de la pericia del ingeniero, los esfuerzos que significaban y la relación de causalidad con la aludida enfermedad profesional.

Introduce además un aspecto que no trató en la demanda: las condiciones de trabajo del actor, ya que en aquélla se refirió genéricamente a las

"condiciones en que desempeñaba el débito laboral para la accionada", sin señalar en qué medida lo afectaban en su cotidiana labor.

Ya he adelantado que el actor no pudo probar las tareas que afirma desempeñaba y su conexión causal con el daño que apunta.

No puede en modo alguno estimarse su pretensión a partir de las genéricas consideraciones del experto técnico, pues éste, no pudo percibir con sus sentidos tales extremos. El apelante acude a una conjetura o suposición a partir de expresiones del perito que no son relevantes para la acreditación de las tareas que dice el actor que realizaba en un determinado espacio y tiempo.

Los endebles argumentos de esta parte del agravio no logran conmover el pronunciamiento que ha sido tajante al reprocharle al actor pretender probar lo alegado en la demanda estrictamente a través de las pruebas periciales.

Tampoco ha de prosperar esa queja.

4. En lo atinente al agravio titulado "Admisibilidad de la demanda", adelanto que no satisface los requisitos técnicos del art. 268 del CPCC, ya que no es una crítica razonada y concreta de algún aspecto del fallo. Tengo para mí que parece más un alegato que una queja en el marco de un recurso de apelación.

En ninguno de sus pasajes vuelca una sola frase que permita al juzgador deducir siquiera la existencia de esa crítica, al tiempo que refiere vaguedades, inclusive, respecto de cuestiones que en modo alguno introdujo al proceso.

Procurar una crítica de la sentencia apelada que sea superficial, basada en generalidades, o no interesar al discurrir del recurso los puntos centrales o dirimentes del decisorio que se cuestiona, implica quedarse a medio camino o errar el sendero, por parte del recurrente; y, en ambos casos, tal conducta

en esta instancia, donde la precisión debe ser el núcleo del recurso y las generalidades colapsan, lleva inexorablemente al apelante al fracaso de su intento. Propondré al Acuerdo que en este aspecto su agravio sea rechazado.

5. En lo referente a costas, y atento el agravio formulado por el actor, por razones de índole metodológico serán tratadas en su conjunto, en ocasión de tratar los agravios de la demandada.

6. Se agravia la demandada T. S.A., sosteniendo la improcedencia de la indemnización prevista en el art. 4 de la ley 25.972. Ello, con fundamento en los informes de AFIP de fs. 200/204, y en razón que a junio de 2003 dicha empresa había incrementado el personal bajo su dependencia.

El art. 16 de la ley 25561 estableció la suspensión de los despidos sin causa justificada, por el plazo de 180 días.

En caso de producirse despidos en contravención a lo dispuesto en ella, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente.

A su vez, dicho plazo fue prorrogado sucesivamente mediante Decretos del Poder Ejecutivo Nacional, hasta el dictado de la ley 25.972, que estableció que dicha prórroga debía prolongarse en el tiempo hasta tanto la tasa de desocupación publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) resulte inferior al 10%.

No obstante, el Decreto 2639, dictado en fecha 19.12.2002, exceptuaba del régimen del art. 16 de la ley 25.561 (entonces prorrogado por el Decreto 883/2002) a todos aquellos empleadores, respecto de sus nuevos trabajadores incorporados, en relación de dependencia, a partir del 1° de enero de 2003, siempre y cuando tal incorporación representara un

aumento en la planilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002.

Cabe destacar que, a fin de interpretar el cabal sentido y alcance de lo establecido en este tópico por el Decreto. 2639/02 es menester reproducir el texto del considerando cuarto de la citada norma que reza: *"...Que sin perjuicio de lo antedicho resulta actualmente necesario también, con la finalidad de facilitar la creación de nuevos puestos de trabajo genuino, excluir de la aplicación de lo dispuesto por las normas citadas en el Visto aquellos trabajadores que se incorporen en relación de dependencia a partir del 1° de enero de 2003, siempre y cuando la incorporación de los mismos represente un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002...."*. Esto es, se intentaba alentar a los empleadores a fin que contrataran nuevos empleados bajo relación de dependencia.

En síntesis, lejos de sancionar al empleador con un incremento indemnizatorio en caso de despido injustificado, se los premiaba en la medida del alta de trabajadores que verificaran en sus respectivas empresas.

Tengo para mí que ese y no otro ha de ser el espíritu que debe sostenerse en la interpretación de la norma.

De allí que, si el actor ingresó a trabajar el 30.06.03 y el número de personal se había incrementado entre el 31.12.02 y esa fecha, conforme surge del informe de AFIP, que bien apunta el quejoso, luce a fs. 200/204, la solución no puede ser otra que encuadrar a la co-demandada en la citada excepción normativa.

"En atención a la finalidad del citado art. 16 y toda vez que ha quedado demostrado en autos que la trabajadora ingresó a las órdenes de la demandada el 01.04.03 -lo cual evidencia que el ánimo del empleador era incorporar a la trabajadora a un puesto de trabajo-, considero que en el caso no procede la aplicación del art. 16 de la ley 25.561 (en igual sentido, SD Nro. 86.491, en autos "O. E. del C. c/ N. D. M."

y SD Nro. 86.689 del 10.05.05 en autos "C., M. M. c/ R. S.A. s/ despido", del registro de esta Sala). Por ello, corresponde rechazar la demanda en este punto." (CNT Sala III, 31.05.05, CAUSA 9929/2004 S. 86754 - "Coniglione Ivana Laura c/ Blas Simone Eduardo s/ despido"[elDial.com - AA2B46] Publicado el 29/06/2005.

Cabe recordar al respecto que el principio interpretación que señala que en caso de duda debe estarse a favor del trabajador (arg. art. 9, LCT), cede frente a la claridad de la norma. Esto es, que tal *"in dubio pro operario"* queda reservado para los supuestos de duda, pero no para los de certeza.

Se ha dicho que "*Aun cuando la regla de la norma más favorable se dirige a establecer un parámetro de interpretación en orden a decidir la aplicación de una norma entre varias propuestas, no puede vinculársela con la facultad del legislador de derogar, reemplazar o modificar las leyes si lo estiman necesario"* (Bolaño, M c/ Benito Roggio e hijos S.A., TySS, 1995-353).

Así las cosas, debe señalarse que la Sra. Jueza de la otra Instancia no hizo mérito de la excepción basada en un dato falso de la realidad, cual era la inexistencia de acreditación de incremento del personal, lo que efectivamente, como indica el quejoso, se haya plasmado en el informe del ente nacional de recaudación a fs. 200/204).

En tales términos, he de concluir que corresponde – y así lo sostendré en el Acuerdo- modificar la demanda en este aspecto, desestimando el incremento previsto en el 2° párrafo del art. 4 de la ley 25.972, por regir la excepción a que hace mención la citada norma en su 3° párrafo.

7. Con respecto a las costas que se impusieran en su totalidad a la demandada por la intervención de P. ART, he de formular la siguiente consideración:

Surge de autos que la aseguradora en cuestión ha sido erróneamente citada por el demandado como tercera al proceso. Ambos estaban vinculados por

un contrato de seguro de riesgos del trabajo y no por uno de responsabilidad civil, de modo que promovida una demanda invocando esta última, la controversia no era común a demandado y aseguradora, en orden a lo preceptuado por el art. 94 del CPCC.

Así las cosas, cierto es que la legislación adjetiva, para los supuestos de intervención obligada de terceros, no contiene normas específicas, ni es posible fijar doctrinariamente pautas generales, sino que el asunto debe ser decidido según las circunstancias de cada caso y las actitudes asumidas en la litis por las partes y el tercero (cfr.: Fenochietto - Arazi, "Código Procesal...", 2da. ed., I-394; Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", Astrea 1998, pág. 206).

Sería, en el caso bajo análisis, inadmisible hacer cargar al actor con las costas desde el momento que no demandó a la referida aseguradora.

Por tal razón, soy de la opinión que deben ser acarreadas por quien trajo a juicio a la tercera, excediéndose en su defensa y con detrimento del derecho ajeno (confr.: C.N. Civ., Sala "D", E.D. 98-691; ídem, Sala "F", E.D. 110-241).

Consecuentemente, en este tópico propondré la confirmación de la sentencia de autos.

8. Tal como se deciden las diferentes cuestiones traídas a revisión, corresponde readecuar las costas de la Primera Instancia derivadas de la modificación de la sentencia en la acción por despido, en los términos del art. 282 del CPCC, las que considero que deberán ser soportadas en un 40% por la demandada y en un 60% por la parte actora (art. 72, del CPCC), en atención a la entidad de los vencimientos parciales y mutuos.

Por todo lo expuesto, voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**

9. Asimismo, en virtud del principio objetivo de la derrota, las costas de esta Instancia serán soportadas por la parte actora en un 80% y por la demandada en un 20% (art. 72 del CPCC).

Consecuentemente, deben regularse los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, P. O. A. en el 25% de los correspondientes a la Primera Instancia, de los Sres. letrados de las parte demandada, P. D. G. y G. C.en el 15%, para cada uno de ellos, de los regulados en la Primera Instancia y de los Sres. Letrados de la aseguradora interviniente en autos, J. M. F. C. y R. L.en el 12,5%, para cada uno de ellos, de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

Así lo voto

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

Conforme han quedado planteados los agravios, resulta adecuado seguir el orden propuesto por el Dr. Vivas.

1) Agravios de la actora:

a) Violación al principio de congruencia:

He de compartir con el Sr. Juez que me precede en el voto, que no logra justificar la actora, la supuesta incongruencia en el modo de resolver de la Sra. Magistrada de la anterior instancia.

La acción procesal es el instrumento a través del cual se introduce la pretensión en el proceso y constituye una petición con relevancia jurídica en la que, a través de la demanda, debe expresarse el *petitum* y la causa *petendi* que son los extremos que perfilan el contenido de la pretensión y su oposición, de tal modo que se erige en un límite para el Juez, que no puede fundar su decisorio en hechos que no han sido objeto de alegación ni prueba.

En la demanda, la actora formula reclamo indemnizatorio por los daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional para luego señalar que procura aquellos como consecuencia del accidente sufrido, encuadre que también le dio en la carta documento que obra a fs. 3.

Tal confusión en el modo de plantear su demanda, no puede constituirse ahora en el vicio que alega.

De allí que, si la sentencia debe ser congruente con la demanda y su contestación, cuyas pretensiones respectivas - oportunamente deducidas en el proceso- delimitan el objeto del litigio, nada puede reprocharse a la Sra. Jueza.

b) Carga Probatoria:

1. La acción intentada requiere como presupuestos fácticos de procedencia, la demostración del acaecimiento del hecho que se describe como generador del daño, la instalación en el organismo del trabajador del daño denunciado y su entidad incapacitante y la verificación de la existencia de un nexo causal adecuado y jurídicamente relevante entre ambos extremos de hecho. Si el trabajador opta por ejercer sus derechos mediante la acción civil, debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño. "*En materia de accidentes laborales, cuando se ejerce la opción por el derecho común, se considera que la acción es de naturaleza extracontractual, con imputación objetiva de responsabilidad cuando los daños se han producido por riesgo o vicio de la cosa, en virtud de lo dispuesto por el art. 1113, Código Civil, o en su caso, por culpa o dolo del empleador en el cumplimiento de los recaudos aptos para el desenvolvimiento del trabajo en condiciones de seguridad adecuadas (art. 1109, Código Civil). De acuerdo a esta interpretación, el damnificado goza de dos posibilidades excluyentes: una, consistente en ampararse en el régimen de la ley de accidentes de trabajo, que sienta un sistema de responsabilidad fundado en el contrato de trabajo y cuyo factor*

de atribución reside en el riesgo profesional, y otra que se refiere al ejercicio de la acción de derecho común, que puede basarse en un factor subjetivo u objetivo de responsabilidad civil. Así, se trata de dos sistemas jurídicos diferenciados y una vez hecha la opción por uno de ellos, corresponde atenerse al régimen o limitaciones que éste establezca, tanto para regular la responsabilidad por el daño como para cuantificar el perjuicio experimentado por el trabajador."(Insúa c/Ferromel S.A. s/ Daños y perjuicios. CNCiv, Sala A. CABA. 12/01/08 WebRubinzal jula 3.19.1.r35).

Sobre tal base, adelanto que he de compartir con el Dr. Vivas que los agravios de la parte no tendrán andamiento.

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

Por su lado y de conformidad a lo enseñado por Emilio Bonnet, se conceptualiza como enfermedad profesional aquel "*estado patológico... que tiene su origen en el ejercicio normal, habitual, repetido y prolongado de una determinada profesión, incluida o no en una ley laboral", siendo una característica específica de la "enfermedad profesional", la íntima relación etiológica de aquella con la fuente de trabajo"* (Medicina Legal, 2° Edición, López Libreros Editores, 1980, t. 1, pág. 747), que no es el caso de autos.

El primer término de aquel conjunto de presupuestos concatenados que deben demostrarse como sustento fáctico de la acción intentada, es el hecho generador o el "accidente". Tal acaecimiento no solo no fue probado sino que la fecha del mismo no está acreditada. Adviértase que al demandar ubica el evento en el mes de septiembre de 2004, luego en el intercambio epistolar lo hace en fecha 25 de septiembre y denunció a la empleadora que aconteció el día 24 a las 5,30 hs. cuando se retiraba de su jornada de trabajo. En las actuaciones médicas cumplidas por la ART (fs. 139) el Dr. B. escribe

"refiere esfuerzo intenso el día sábado 25/09/04". Y valoro esta documental pues la actuación del Dr. B. ha sido reconocida por la actora al anexar los certificados médicos por él signados. Si hubiera acontecido el sábado 25 de septiembre de 2004 hubiera sido fuera del lugar y horario de trabajo.

Tampoco acreditó cuales eran las tareas que efectivamente se le había encomendado ni las -ahora alegadas- condiciones desfavorables de trabajo con incidencia en su salud. No alcanza a esos fines la pericial de ingeniería cumplida en autos, que no coloca al trabajador en una actividad específica, sin que -con la descripción de tareas que se cumplen en el establecimiento-, pueda inferirse las que efectuaba el actor.

Tampoco cabe darle relevancia a lo consignado por el perito médico, pues a más de reflejar los dichos del Sr. G., la descripción del hecho difiere de lo sostenido en la causa por el actor.

2. Luego, la responsabilidad generadora del deber de indemnizar también exige para su procedencia la relación de causalidad entre el hecho y el daño jurídicamente atribuible.

Ninguna de las pruebas aportadas por la parte da cuenta de ello, esto es no ha logrado la adecuada conexión de las tareas desarrolladas ni el evento que refiere como "tirón", con la enfermedad que dice padecer.

A esos fines debe señalarse que, aun cuando pueda valorarse la opinión del perito médico desde un punto de vista científico, lo cierto es que - a más de sostener el relato del actor como antecedente fáctico para atribuirle entidad de causa de las dolencias detectadas-, está fuera de su incumbencia determinar la relación causal, que queda reservada al juez quien, apreciando los hechos debatidos en autos, determina, en cada caso la existencia de aquella.

La Corte ha señalado *"No es admisible distinguir, a los efectos de determinar el derecho que pueda asistir al trabajador, si el daño fue producido por las cosas o en*

ocasión de realizar tareas con ellas propias de la actividad, pues ello implicaría un apartamiento del concepto jurídico que cabe asignar a aquel vocablo en el contexto del art. 1113 del Código Civil. El daño en cuestión no pude dejar de asociarse con las tareas que cumplió el trabajador, si es propio de ellas; su pretensión no puede desecharse sin el debido análisis de las labores desarrolladas y de las circunstancias en que se cumplieron" (Fallos 311:194, "H. J. N. c/ Y."), y así apreciadas las pruebas cumplidas, no puede soslayarse que la falta de acreditación de las tareas encomendadas (vg. acarreo de piedras, tamaño, peso, esfuerzos, movimientos), obsta a vincularlas con la lesión que aduce. Tampoco puede aplicarse como propugna en esta instancia la actora, la doctrina del Plenario Nº 266 "Pérez c/ Maprico" (27/12/88), que autoriza a imputar al riesgo de la cosa inerte el esfuerzo realizado para desplazarla. Aún cuando el plenario en su formulación ha recibido salvedades y sendas consideraciones -por la negativa- muy valiosas, no es admisible su aplicación a esta causa. Falta aquí el presupuesto fáctico que lo sostiene, cual es la acreditación de un episodio circunscrito a la realización de un esfuerzo concreto que produce una lesión localizada, por desplazar una cosa inerte también individualizada. Tampoco es antecedente del mismo las ahora invocadas condiciones de trabajo y la repetición de esfuerzos genéricos para manipular piedras (cuya talla y peso son indeterminados) y que, por hipótesis, determina -luego de un tiempo prolongado- la aparición de las lesiones informadas por una pericial médica.

Concluyo entonces que *"Cuando se hace uso de esa opción resulta imprescindible la prueba de que se encuentren reunidos los requisitos exigidos por las normas cuya aplicación se pretende ya que, si se prescindiera de esa exigencia, desaparecería toda diferencia entre ambos regímenes: uno, que asegura al trabajador una indemnización tarifada pero amplía el campo de responsabilidad patronal, y otro, que no impone límites a la reparación pero restringe el margen de responsabilidad"* (conf. C.S.J.N., Fallos 314:1505).

En el derecho civil vigente, la falta de acreditación del alegado hecho generador (ya el accidente ya las actividades encomendadas) y por consiguiente, la ausencia de un nexo adecuado de causalidad, obsta al reconocimiento de resarcimiento alguno y consecuentemente corresponde desestimar los agravios y confirmar la sentencia en este segmento.

2) Agravios de la demandada

a) El primer agravio se dirige a la indemnización prevista en el art. 4to de la ley 25.972 que reconoció la Sra. Jueza.

Ya ha referenciado el Dr. Vivas la finalidad que tuvo el dictado de la ley por lo que me adentraré directamente a determinar, si la indemnización reconocida en la anterior instancia se ajusta a esa normativa. Vale señalar que la empresa había cuestionado, al contestar la demanda, la procedencia de la misma y la Sra. Jueza señaló que no se acreditó que con el ingreso del actor haya aumentado su personal en relación al 31/12/02.

A las DDJJ de fs. 62/64 le correspondió la prueba informativa agregada a fs. 200/204 de la cual surge con evidencia, que la nómina de personal de T. S.A. se incrementó en el período 31/12/ 2002 a junio/2003, en el que ingresa a laboral el Sr. G. S. M.

Por lo que, acreditado el dato fáctico que torna operativa la exclusión dispuesta por Dec. 2639/02, corresponde modificar la sentencia en este segmento, para rechazar el incremento indemnizatorio con fundamento en el 2do. párrafo del art. 4to de la ley 25.972).

b) En el segundo agravio critica la imposición de las costas a su parte por la intervención de P. ART.

La empresa T. S.A. citó en garantía a su Aseguradora de Riesgos del Trabajo, cuando ésta solo responde por la responsabilidad contractual

prevista en el art. 6to de la ley 24.557 y en la medida de las prestaciones dinerarias y en especie que este ordenamiento consagra.

Reclamada la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en los arts.1109 y 1113 del CC, la ART no era ni aseguradora ni garante de la obligación que se demanda. La actora no solo no lo demandó sino que se opuso expresamente a la citación. *"La intervención que contempla el art. 94 del CPCC es admisible cuando la controversia es común, supuesto que se configura cuando una de las partes en caso de ser vencida se halla habilitada a ejercer una acción de regreso contra el tercero, o bien cuando existe conexidad entre la relación jurídica sobre la cual versa el proceso y el vínculo jurídico que existe entre el tercero y uno de los litigantes. En el momento de decidir sobre la integración del litigio no cabe exigir al peticionario las pruebas de la situación de hecho que invoca, pruebas éstas que han de producirse durante el proceso -precisamente con el control de la parte citada- y valorarse en la sentencia. En el momento inicial, lo único que cabe valorar es la viabilidad procesal del pedido de citación de tercero a la luz de los hechos invocados. Si el pedido es inadmisible debe ser desestimado in limine. Si no lo es, es preciso acogerlo; y, si más tarde los hechos invocados no se acreditaren, el citante tendrá a su cargo las costas del tercero indebidamente citado.-* (CNTRAB - SALA III, S.I. 58.532 del 23/11/2007 Expte. N° 18.526/07 "Bobinac Roxana Paola c/Telefónica Móviles Argentina S.A. s/despido" Base elDial.com - AL287A).

Por lo expuesto, debe desestimarse el agravio.

Voto a la cuestión por PARCIALMENTE LA AFIRMATIVA.

3. <u>Las costas:</u>

Conforme se resuelve, corresponde readecuar las costas de primera instancia (art. 282 CPCC), y en orden a los vencimientos parciales, comparto el porcentaje atribuido por el Sr. Magistrado prevotante. Así deberá la actora soportar el 60% y la demandada el 40% de las costas

irrogadas en la instancia anterior (art. 72 CPCC), con la salvedad de las generadas por la intervención de P. ART que correrán por cuenta de la citante. En cuanto a los honorarios, no se modifican desde que al haber sido regulados en porcentaje se ajustaran al monto que resulte de la liquidación.

Las costas de esta instancia serán soportadas por la actora en un 80% y la demandada en un 20%, ello considerando el resultado de los agravios. Los honorarios profesionales serán los propuestos por el Dr. Mario L. Vivas pues reflejan el mérito de la tarea profesional desplegada por los Sres. Letrados.

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

Por tales fundamentos, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1) RECHAZAR el pedido de nulidad de la sentencia formulado por la parte actora a fs. 472;

2)CONFIRMAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 444/452, revocándola en cuanto admitió la indemnización prevista en el art. 4to de la Ley 25.972.

3)ADECUAR las costas de la Instancia anterior (art. 282, CPCC), imponiéndolas, en un 40% a la parte demandada y en un 60% a la parte actora (art. 72, del CPCC) con la salvedad de las generadas por la intervención de P. ART que correrán por cuenta de T. S.A..

4) IMPONER las costas de la presente Instancia, en un 80% a la parte actora y en un 20% a la parte demandada (art. 72 del CPCC).

5) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, P. O. A. en el 25% de los correspondientes a los de Primera Instancia, de los Sres. letrados de las parte demandada, P. D. G. y G. C. en el 15%, para cada uno de ellos, de los regulados en la Primera Instancia y de los Sres. Letrados de la aseguradora interviniente en autos, J. M. F. C. y R. L. en el

12,5%, para cada uno de ellos, de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN: la Sra. Jueza María Inés de Villafañe dijo:

En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Vivas.

Tal es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse vacante una vocalía (Arts. 7 y 8 Ley V Nº 17).

Puerto Madryn, de Noviembre de 2010.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) RECHAZAR el pedido de nulidad de la sentencia formulado por la parte actora a fs. 472;

2)CONFIRMAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 444/452, revocándola en cuanto admitió la indemnización prevista en el art. 4to de la Ley 25.972.

3)ADECUAR las costas de la Instancia anterior (art. 282, CPCC), imponiéndolas, en un 40% a la parte demandada y en un 60% a la parte actora (art. 72, del CPCC) con la salvedad de las generadas por la intervención de P. ART que correrán por cuenta de T. S.A..

4) IMPONER las costas de la presente Instancia, en un 80% a la parte actora y en un 20% a la parte demandada (art. 72 del CPCC).

5) REGULAR los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, P. O. A.en el 25% de los correspondientes a los de Primera Instancia, de los

Sres. letrados de las parte demandada, P. D. G. y G. C. en el 15%, para cada uno de ellos, de los regulados en la Primera Instancia y de los Sres. Letrados de la aseguradora interviniente en autos, J. M. F. C. y R. L. en el 12,5%, para cada uno de ellos, de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2.010 SDL.- Conste.-