--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C. C., J. V. c/ D. S.R.L. y A.R.T. I. S.A. y/o q. rte. prop. y resp. s/ daños y perjuicios” (Expte. Nº 76 - año 2011)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 356.---------- **--- A LA PRIMERA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo: ----------

--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte codemandada a fs. 325, por la parte actora a fs. 326 y por el consultor técnico médico -por sus honorarios- a fs. 343, siendo concedidos los dos primeros a fs. 327, y el tercero a fs. 349. Todos los recursos se dedujeron contra el pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 312/318 vta., por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda entablada por J. V. C. C. contra D. S.R.L., condenando a ésta a que abone al actor la suma de $ 112.968,91, con más intereses y costas; y se rechaza la acción promovida por el actor contra la Aseguradora de Riegos del Trabajo I. S.A., con costas a aquél.----------

--- A fs. 328/330 obra la expresión de agravios del accionante y a fs. 331/339 la de la codemandada apelante, siendo conferidos los respectivos traslados a fs. 341, contestando solamente la actora a fs. 345/346 vta..----------

--- I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos, para luego adentrarme en el análisis de los mismos.----------

--- 1) La actora cuestiona el fallo en cuanto desestima la demanda contra ART I. S.A., dado que entiende que el comportamiento de la ART fue insuficiente y tardío, ya que a pesar de haber detectado en forma temprana las irregularidades que a la postre darían lugar al evento dañoso, no denunció las mismas a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, tal como era su obligación legal. Refiere dicha obligación luego de las inspecciones de los días 20/12/05, 24/04/06 y 26/06/06, por lo que considera que omitió denunciar en tiempo y forma urgente a la SRT los reiterados incumplimientos a fin de que se tomaran las medidas de compulsión necesarias, multas y demás sanciones previstas legalmente. Añade que la ART tampoco brindó la atención médica que le correspondía al actor, incumplimiento que dice no haber sido analizado por el juzgador, ya que el mismo fue atendido en el Hospital de Rawson y luego en el Hospital Zonal de Trelew, donde se le realizó una craneotomía, permaneciendo ocho días en terapia intensiva, para luego estar en una sala común hasta el 30 de agosto, fecha en la fue operado en la columna vertebral y al día siguiente en el cuello, siendo dado de alta 25 días después. Se agravia asimismo de que no se haya condenado a la ART a abonar la diferencia a su cargo del porcentaje de incapacidad que se le reconociera. --- --- Por

todo lo expuesto considera que la ART debe ser condenada en forma conjunta con la empleadora.----------

--- Reitera a continuación que la aseguradora debía pagar la diferencia entre el 25% de incapacidad que abonó y el 68% que se le detectó al trabajador, a lo que añade la cita de las obligaciones normativas de la ART de acuerdo a los arts. 4, inc. 1 y 14, inc. 1 de la LRT, y normas de la ley 19587 y sus decretos reglamentarios, repitiendo la obligación de la aseguradora de denunciar ante la SRT los incumplimientos que verifiquen en sus aseguradas. Cita en apoyo de su agravio el antecedente “Torrillo” de la Corte Federal, sobre el que se explaya, enumerando asimismo otros fallos anteriores del máximo tribunal nacional. Vuelve a manifestar, con relación al porcentaje de incapacidad, que a pesar de que la ART abonó el 25%, el juez de grado decidiera que la misma cumplió con las obligaciones a su cargo, cuando del dictamen médico rendido en autos se concluyó en una incapacidad del 68%, al que sin embargo no encuentra vinculante por cuanto no existen topes en la acción civil entablada. Destaca que en la esfera civil rige el principio de la reparación integral que manda a adecuar las indemnizaciones a las circunstancias particulares y concretas de cada caso sin ataduras a tablas o baremos, citando jurisprudencia al respecto. Culmina expresando que, por tal razón, se le debió reconocer al actor un 70% de incapacidad.----------

--- 2) La empleadora esgrime como primer agravio que se violó el principio de congruencia ya que se atribuyó a su parte la responsabilidad por el accidente sufrido con sustento en hechos no alegados debidamente en la demanda. Transcribe la parte pertinente de esta presentación en la cual destaca que C. se disponía a descender por el andamio desde el cuarto cuerpo del mismo, y al dar la vuelta para bajar se resbaló y al no haber barandas ni estar sujetado por arneses cayó al vacío desde siete metros de altura. En cambio, afirma que para el juez el siniestro sucedió porque el actor se desplazó para buscar unas herramientas que habían quedado arriba y que no pudo subir por las escaleras internas del edificio porque se estaba trabajando en ellas, teniendo por abonada la versión del actor de acuerdo a declaraciones testimoniales. Considera que la versión que el juez tuvo por cierta es opuesta a la brindada por el actor, apartándose de los hechos expuestos en la demanda y contestación. Entiende que el accionante no cumplió con su carga de narrar el hecho en el que fundó su pretensión, citando doctrina y jurisprudencia al respecto. Estima que ha quedado acreditado que el actor, el día del accidente, se encontraba trabajando en el interior de la obra en construcción, lo que fue reconocido por el mismo en la prueba confesional, por lo que el juez no pudo tener por probados hechos no invocados en la demanda por testigos. Añade que el actor debió probar el hecho que narró en la demanda: que estando trabajando en el segundo piso colocando cerámicas, cuando se disponía a bajar por el andamio, resbaló y cayó. Expresa que no lo hizo, y que lo que introdujo

mediante declaraciones testimoniales fueron hechos que debieron ser expuestos en su demanda, tales como que las escaleras de la obra se encontraban inutilizables y que al momento del siniestro el andamio era la única forma de subir y bajar. Explica que de haberlo hecho su parte hubiera podido aportar prueba irrefutable que habría acreditado la falsedad de dichas afirmaciones, ejerciendo así su derecho de defensa en juicio. Resume esta queja aseverando que el actor no acreditó la mecánica del accidente sostenida en la demanda y los testimonios sobre los que se funda el decisorio refieren a otros hechos. Agrega que aunque se dé por probada por el actor su versión expuesta en la demanda, no acreditó por qué utilizó el andamio cuando existían las escaleras que permitían el acceso a las plantas superiores de la obra. Añade que la contraria debió probar el nexo causal, cita jurisprudencia en cuanto a la distinción entre la causalidad material y la jurídica. Finalmente consigna que C. no se comportó con la diligencia necesaria para evitar el accidente.----------

--- La segunda queja de la empleadora versa sobre la apreciación de la prueba, ya que considera que el juez ha realizado una interpretación arbitraria de la prueba al no considerar la totalidad de los testimonios rendidos que demuestran que el actor utilizó, por decisión propia, un andamio que no estaba en uso, por lo que su conducta cae bajo la previsión del art. 1113 del C. Civil en cuanto culpa de la víctima. Entra en el análisis que se efectuara de las declaraciones testimoniales, expresando que el juez se equivoca al indicar que el testigo S. nada dijo acerca de la posibilidad de utilizar las escaleras internas de la obra. En cuanto a la conclusión del sentenciante respecto a la aceptabilidad de que los obreros utilicen los andamios en lugar de las escaleras, considera que no tuvo en cuenta la totalidad de la declaración. Afirma que su parte no permite el uso de los andamios como escaleras, citando tres testigos que depusieron sobre la existencia de dos escaleras para ascender, no pudiéndose deducir que no estaban inutilizables porque nada dijeron al respecto. Se refiere luego al testimonio de H. al que considera contradictorio con lo confesado por el propio actor en la absolución de posiciones, por lo que debía ser desechado. En cuanto al testigo A., considera que su declaración está en franca contradicción con los testimonios de G., S. y O. en relación a la imposibilidad de usar las escaleras. Manifiesta que atenta contra la lógica sostener que la empleadora -empresa constructora- haya obstaculizado el paso de las dos únicas formas de acceder a la planta alta del edificio, a lo que agrega que el trabajo de yesería se realiza en la última etapa de la obra. Agrega que el actor utilizó el andamio para acceder al segundo piso por su cuenta y riesgo, ya que tenía otras formas de acceder, amén de que había llovido y resbaló. Señala que el testigo O. expuso que los andamios habían quedado armados porque faltaba pintar, y que S. indicó que los andamios no se usaban, todo lo cual no fue tenido en cuenta en la sentencia. Con lo expuesto considera que está probada la culpa de la víctima, ya que C. utilizó el andamio para ascender y descender cuando estaban habilitadas las escaleras a ese fin. Asimismo objeta que el juzgador haya decidido que las lesiones neurológicas

del actor -acreditadas con las historias clínicas adjuntadas- no tuvieran influencia en el acaecimiento del hecho. Expresa que es imposible determinar si la caída se produjo o si el resbalón no se originó en el desvanecimiento o pérdida de conciencia transitoria del actor, pero entiende que existe una culpa y responsabilidad atribuible a C. al ocultar una información esencial para determinar la asignación de sus funciones. Concluye este agravio aseverando que, ya sea por la imprudente e innecesaria utilización del andamio que no estaba para servir como escalera, o ya por la omisión de denunciar al ingreso una patología proclive a generar alteraciones causantes de una caída, está probada la culpa de la víctima, y por ende la responsabilidad del actor en el siniestro.----------

--- Subsidiariamente, y para el supuesto de que se confirmara la responsabilidad de su parte, solicita que se revoque el decisorio y se condene a la ART a abonar solidariamente la suma respectiva. A tal fin señala que el andamio no estaba siendo utilizado como herramienta de trabajo, por lo que la recomendación de la ART debe entenderse efectuada para cuando el mismo fuera usado como tal. Asimismo señala que resulta inexplicable que no se condene a la ART al pago de la indemnización que conforme a la ley 24557 corresponde como consecuencia de la incapacidad derivada del siniestro. Al respecto afirma que su parte contrató a la aseguradora a fin de cumplir con la obligación y en virtud del vínculo contractual, ésta debía responder económicamente o a través de prestaciones específicas a los trabajadores que sufrieran accidentes comprendidos en la LRT. Indica que producido el siniestro, su mandante cumplió con la obligación legal de denunciarlo y a partir de allí tomó intervención la ART. Agrega que el porcentaje fijado del 25% por la Comisión Médica Nº 19 resultó exiguo y que citó en garantía a la aseguradora a fin de mantenerse indemne en la medida del seguro, de allí que juzga al fallo como incongruente. Cuantifica el monto por el cual debe responder la ART en $ 58.549,77, de los cuales la misma abonó solamente $ 25.236,97.----------

--- También en forma subsidiaria cuestiona el resarcimiento por daño moral. Al respecto expresa que no es un tema controvertido que el monto de esta indemnización es independiente de la suma de la del daño material, así como tampoco es discutible que la apreciación del monto quede librado al prudente criterio del juzgador, mas señala que dicha discrecionalidad debe tener pautas que permitan conocer los criterios de determinación. Añade que el decisorio recurrido pareciera indicar que toda condena derivada por responsabilidad civil originada en un siniestro laboral, inexorablemente apareja el derecho a compensación por daño moral, lo cual entiende inaceptable, considerando que en la especie no existieron motivos para que proceda este tipo de daño.----------

--- 3) La actora responde a los agravios de la codemandada, arguyendo en cuanto a la denunciada falta de congruencia de la sentencia que dicha afirmación es desacertada ya que en el fallo existió una adecuada fundamentación jurídica, congruente entre lo pedido y lo resuelto. Añade que la demandada jamás quedó en estado de indefensión, y que el actor no dejó de explicitar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del accidente. Indica que está fuera de discusión que el actor sufrió el accidente en ocasión de su trabajo al caer del andamio por las falencias del mismo y que los propios testigos que ofreciera la empleadora la terminaron incriminando. Expresa que en todo caso el capataz no debió permitir que C. utilizara el andamio, amén de que dicho uso era habitual, siendo un hecho previsible. Señala que la prueba del hecho de la víctima, en tanto causal de exculpación del victimario, debe ser aportada por éste en forma certera e indubitable, habiendo sido, la demandada, negligente en la producción de dicha acreditación. Cita doctrina y reitera que el uso de los andamios por los obreros es un hecho habitual y común, no siéndolo que los andamios no cuenten con las medidas de seguridad que impone la legislación. Agrega que para que pueda invocarse la culpa de la víctima, el demandado no debe haber provocado la conducta de la misma, así como que si la accionada faltó a su deber de seguridad y supervisión no puede invocar la culpa del actor, amén de que ésta debe ser grave y rayana en el dolo.----------

--- En lo que se refiere a la condena a la ART se remite a su expresión de agravios, donde requiere la misma extensión de condena. En cuanto al daño moral, indica que, al contestar demanda, la empleadora se limitó a negar que el accidente hubiera ocasionado daño espiritual o moral. Refiere que jurisprudencialmente se admitió este concepto en el caso de afectar la integridad psicofísica de la víctima, y culmina con citas doctrinarias relativas a la procedencia de este rubro, considerando que son aplicables al “sub exámine”.----------

--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados, comenzando por los que expusiera la demandada con relación a la ausencia de congruencia en el decisorio y la atribución de responsabilidad al actor, para luego, en su caso, indagar los referidos por ambos apelantes en cuanto a la extensión de la condena a la ART y culminar con el que cuestiona la procedencia del daño moral. Entiendo que ése es el orden lógico de tratamiento, ya que si se concluye que la responsabilidad es atribuible al actor, correspondería eximir a la empleadora y a la aseguradora.----------

--- 1) La demandada aduce que en la sentencia se violó el principio de congruencia, afirmando que el actor debió probar lo que narró en la demanda, esto es, que estando trabajando en el segundo piso colocando cerámicas cuando se disponía a bajar por el andamio, resbaló y cayó. Entiende que no lo hizo y que, a través de las declaraciones testimoniales, introdujo el hecho de que las escaleras no se encontraban utilizables, sobre lo cual su parte no pudo aportar prueba pertinente. En la demanda el actor narró los siguientes hechos: *“Que el día martes 27 de junio del año 2006 en ocasión que se*

encontraba trabajando para la accionada en la obra que la empresa D. SRL realizaba en el Centro Cultural de Rawson sito en esa ciudad, siendo aproximadamente las 11,30 hrs., en momentos que el Sr. C. se dispone a descender por el andamio desde el cuarto cuerpo del mismo, lo que equivalía a una altura aproximada de 7 mts., ya que estaba a la altura del 2 piso – en cuyo interior se estaban colocando las cerámicas, al dar vuelta para bajar C. se resbala en el piso del andamio – que era de metal y se encontraba mojado por la lluvia – y al no haber barandas, ni tener arnés de seguridad pasa directamente al vacío cayendo desde una altura de 7 mts. aproximadamente, pegando fuertemente con su cabeza y columna al caer sobre el contrapiso de cemento, donde quedó tendido permaneciendo más 30 minutos hasta que vino una ambulancia para llevarlo al hospital de Rawson" (ver fs. 08, pto. 3, 2do. párrafo).----------

---

--- Por su parte la demandada, al contestar demanda, refirió que *"Respecto de los acontecimientos sucedidos el día 27 de Junio de 2006, se debe expresar que el día del accidente llovía. Esto implicó que el Sr. C. no pueda realizar las tareas que venía desarrollando hasta ese momento en la obra, cual era la realización de las veredas perimetrales de la obra "Centro Cultural". Por decisión personal, C. resolvió tratar de escalar un andamio que se encontraba colocado cerca de donde se estaba colocando una ventana a fin de ayudar en dicha tarea. Dicho andamio era utilizado por los pintores de obra. Es decir, el actor se encontraba accidentalmente dentro de la obra realizando tareas distintas a las que le eran normales y habituales. Pues, estando dentro del edificio en construcción, y en momentos en que el actor se encontraba laborando junto al hueco de la ventana que estaba colocando el marco, choca y resbala (sin perjuicio de las apreciaciones que se vertirán sobre si efectivamente fue un accidente) con la estructura de hormigón (borde exterior del edificio), cayendo en consecuencia al vacío, esto es, en el hueco que se produce entre el edificio y la ubicación del andamio, produciéndose las lesiones que da cuenta la historia clínica"* (ver fs. 45 vta., pto. IV, 3er y 4to. párrafos). Asimismo, en cuanto a la causa del accidente, agregó que dado que el actor omitió informar afecciones previas, *"...de haberse sabido los antecedentes médicos neurológicos del actor, bajo ninguna circunstancia su empleadora le hubiere otorgado tareas que puedan poner en peligro su integridad...El actor aduce que se "resbala", que por la falta de barandas y no tener puesto el arnés de seguridad, sumado a que el piso estaba húmedo por la lluvia, se produce en definitiva el accidente.* ***Pero: el actor no cayó del andamio****. Atento los antecedentes que obran en autos, y sin perjuicio de la pericia médica que se realizará, ya no surgirán dudas que el accidente del actor está relacionado directamente con sus antecedentes neurológicos. Del solo analizar la forma en que cayó al vacío se determinará que el actor se encontraba en un estado de casi-inconsciencia o desvanecimiento. Prueba de ello es que, analizado*

desde un punto de vista objetivo, cualquier persona hubiere colocado los brazos delante de la cabeza para amortiguar el golpe; note V.S., el Sr. C. no lo hizo. En definitiva, esta parte no podrá aventurar con grado de afirmación irrefutable en este estado de la causa que el actor se haya desmayado momentos antes de producirse el accidente; tampoco podrá acreditar fehacientemente en esta instancia procesal la incidencia de los antecedentes neurológicos del actor en el accidente; pero objetivamente si ha quedado acreditado que el accidente laboral que sufrió C. no tiene relación alguna con las medidas de seguridad laboral que podría haber tomado D. S.R.L. para evitar el mismo" (ver fs. 49/vta., pto. C).----------

--- Por su parte el juzgador, en cuanto a la mecánica del accidente, decidió, en forma dirimente, que *"Se desprende del análisis precedente que J. V. C. C. se accidentó al caerse del andamio que se encontraba en la parte exterior del Centro Cultural de Rawson, obra ésta que estaba siendo construida por la demandada; que ese día, durante la noche y en la mañana había llovido o lloviznado, razón por la cual el piso de la estructura estaba mojado, pero no solo eso sino con barro -según lo afirman los testigos-, barro éste que depositado en la suela del calzado del personal que trabajaba allí quedaba en el piso del andamio –H. fs. 144, considero que en ese marco la razón le asiste al demandante, que el andamio desde donde se produjo la caída del empleado no se encontraba en condiciones, o mejor dicho las condiciones de inseguridad que el mismo presentaba deberían haber puesto en alerta a la empleadora para proceder a desarmarlo, o en caso contrario dotarlo de las medidas mínimas y máximas de seguridad para evitar un accidente, accidente cuya potencialidad había sido advertida por la ART con anterioridad al mismo...de tal manera resulta más que probable la ocurrencia de un evento de las características como el que sufriera el actor, la empresa había sido advertida de ello en distintas oportunidades y como por obra del destino justamente el día anterior a que ocurriera el mismo...Conforme lo que venimos de declarar es que ya puede afirmarse que el accidente se produjo en el marco de los incumplimientos de la demandada D. S.R.L. respecto a sus obligaciones como empleadora en lo que hace al andamio de donde cayera C. C. el día 27 de junio de 2006, pues éste no contaba con las medidas adecuadas de seguridad, no poseía barandas, no se encontraba sujetado a la pared, los botines de los trabajadores estaban llenos de lodo, el piso del andamio mojado debido a la lluvia o llovizna que ese día y el anterior cayeron sobre la ciudad de Rawson, todo ello hizo sin duda que el infortunio se produjera de la manera denunciada en demanda, vale nuevamente recalcar que a más de las declaraciones testimoniales de H. y A. tenemos la prueba documental aportada por la ART donde se da cuenta de los incumplimientos y advertencias de la codemandada, de la probabilidad de que suceda un evento de las características como el que sufrió el actor"* (ver sentencia a fs. 315 vta., último párrafo/316, 1er. párrafo y fs.316 vta., 3er. párrafo).----------

--- De lo expuesto se desprende que el eje argumental del sentenciante a los efectos de atribuir la responsabilidad a la empleadora transitó por señalar la inexistencia de medidas de seguridad en el andamio desde el cual cayó el actor, lo que unido a las condiciones climáticas del día del evento, importaron la causa adecuada del siniestro. Es cierto que en las consideraciones del decisorio se tuvo en cuenta las declaraciones testimoniales que hicieron referencia a que las escaleras internas del edificio no se podían utilizar (declaraciones de H. y A., ver sentencia a fs. 315, dos últimos párrafos/vta., 1er. párrafo), sin embargo dicha consideración no resultó dirimente en la argumentación del juzgador. Es que debe razonarse que aún cuando las escaleras internas pudieran utilizarse, el uso del andamio por parte del trabajador en las condiciones de inseguridad vigentes al día del hecho, no relevaba de responsabilidad a la empleadora, ya que en todo caso se debió haber advertido que correspondía el uso de las escaleras interiores o directamente prohibido la utilización del andamio. Por lo demás es de indicar que si bien, ninguna de ambas partes hizo expresa mención de la posibilidad o no de usar las escaleras, la demandada señaló que el accionante decidió utilizar el andamio por decisión personal, con lo cual implícitamente hizo referencia a la existencia de otros medios para subir los pisos de la obra y de esa manera realizar las tareas encomendadas. Es así que la circunstancia del uso o no de las escaleras no resultaba ajena al marco fáctico que las partes brindaron en sus relatos respectivos a la litis.----------

--- Con relación al principio de congruencia me he expedido en dos antecedentes de esta Sala “B” (SDC Nº 19/08 del 21/05/08 y SDL Nº 14/11 del 25/04/11). Si bien en tales fallos la cuestión giraba en torno del eventual conflicto entre el principio de congruencia y los límites del principio “iura novit curia”, algunas de las consideraciones allí expuestas resultan de utilidad para el presente. Comencé por señalar que la cuestión no es pacífica. En el excelente artículo de doctrina de Andrea Meroi que citara el vocal prevotante en la causa referida en primer lugar (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, encontré 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 planteada en el primer antecedente referido -donde se invocaba un argumento defensivo que surgía de los hechos no controvertidos, pero que la demandada invoca recién en la expresión de agravios-, Zavala de González considera que así como el juez debe encuadrar oficiosamente el título en función del cual cabe la responsabilidad, también puede decidir que no procede ninguna o que ella debe ser limitada, por intervenir un factor eximitorio, total o parcial, y a pesar de que éste no haya sido explícitamente invocado por el demandado, siendo esto una manifestación del principio “iura novit curia”; es que frente a la realidad, probada en autos, de un motivo excluyente o limitativo de la responsabilidad, sería inconcebible que el magistrado dictase un pronunciamiento de condena, al que le faltaría el esencial presupuesto de un deber del sujeto pasivo. No se infringe pues el principio de congruencia, a pesar de que el factor liberatorio no haya sido aducido por el demandado, pues se está siempre ante el problema de si la acción misma se encuentra fundada en derecho (conf. Zavala de González, op. cit., ídem, págs. 247/248).----------

--- En el presente, entiendo que cabe realizar el mismo razonamiento, ya que si bien la circunstancia de la posibilidad o no de usar las escaleras no fue expresamente invocada por ninguna de ambas partes, se trata de una circunstancia que hace al marco fáctico que las partes desarrollaron en sus relatos, ya que la accionada invocó que el actor utilizó el andamio por propia decisión, por lo cual resulta implícito en su versión que existían otros medios de ascensión. De allí que el actor bien pudo producir prueba tendente a demostrar que la utilización del andamio no fue por propia voluntad, por lo que no encuentro infringido el principio de congruencia como se invoca en el agravio analizado. Sin perjuicio de ello, reitero, aún cuando las escaleras estuvieran utilizables, el uso dado por el actor al andamio no relevaba de responsabilidad a la demandada, ya que el sentenciante fue muy claro al expresar la ausencia de medidas de seguridad en el mismo, lo que aunado a las condiciones climáticas vigentes, hacían de dicho elemento una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del C. Civil.----------

--- En síntesis de todo lo expuesto, postulo que se desestime el agravio analizado.--------

--- 2) La accionada aduce, como segunda queja, que el juez de grado realizó una interpretación arbitraria de la prueba, ya que no tuvo en cuenta la totalidad de los testimonios rendidos que demuestran que el actor utilizó el andamio por cuenta propia, por lo que era de aplicación el art. 1113 del C. Civil en cuanto a la eximente de culpa de la víctima (ver fs. 334, pto. 2, 1er. párrafo). En cuanto al análisis de los testigos señala que el juzgador se equivocó al afirmar que el testigo S. nada dijo respecto de la posibilidad de usar las escaleras internas (ver fs. 334 vta., 2do. párrafo). Al respecto cabe decir que es cierto que el testigo referido dijo que las escaleras podían utilizarse el día del siniestro (ver fs. 145, respuesta dieciseis), sin embargo, de acuerdo a lo expresado en el considerando anterior dicha circunstancia resulta irrelevante ya que la

empleadora no debió haber permitido el uso del andamio ya que dadas las circunstancias resultaba una cosa riesgosa, tal como surge del razonamiento dirimente del juzgador transcripto más arriba. Otro tanto cabe manifestar acerca del cuestionamiento a la interpretación brindada por el “a quo” a dicho testimonio con relación al uso común que los obreros daban al andamio. La apelante argumenta que lo expuesto en cuanto a la habitualidad de dicho uso según lo narrado por el testigo (ver fs. 145 vta., respuesta veintiuno), no puede ser descontextualizado de otras respuestas del declarante, como que el actor tenía como trabajo hacer veredas (ver fs. 145 vta., respuesta vigésima), que el andamio no estaba puesto para ser utilizado (ver fs. 145, respuesta doce), y que en todo caso se trata de una apreciación personal del testigo (ver fs. 334 vta., 3er. párrafo). Todas estas apreciaciones si bien son correctas en cuanto a que debe considerarse la totalidad de las respuestas, no hacen mella en la atribución de responsabilidad enrostrada a la demandada, ya que si el actor no tenía motivos para usar el andamio y el mismo estaba en desuso, con mayor razón debía haberse prohibido su uso por tratarse de una cosa riesgosa. Nuevamente aquí encuentro conveniente recordar la argumentación del juez respecto a que la potencialidad del accidente había sido anteriormente advertida por la ART, es más, lo había hecho un día antes (ver sentencia a fs. 315 vta. “in fine”/316, primer párrafo), lo que da cuenta de la probabilidad de la ocurrencia del evento (ver sentencia a fs. 316, 1er. párrafo y a fs. 316 vta., 3er. párrafo). En consecuencia resulta irrelevante si era habitual o no el uso de los andamios por parte de los obreros, ya que más de allá de que dicha habitualidad se diera o no en la práctica, ello no eximía a la empleadora de tomar los recaudos necesarios para evitar el uso del andamio o de dotarlo de las medidas seguridad correspondientes.----------

--- A la luz de lo razonado tampoco resulta atendible lo expresado por la agraviada en relación a que la habitualidad en dicho uso no significa que su parte lo permitiera, así como la referencia de los testigos O., G. y S. a la existencia de la posibilidad de ascender por las escaleras internas (ver fs. 334 vta., dos últimos párrafos). Otro tanto cabe señalar en cuanto al cuestionamiento que se realiza del testimonio de H., ya que se pone en duda su veracidad por las circunstancias de que no queda claro qué hicieron el mismo y el actor hasta las 11.30 horas y que el propio actor declaró que el día del accidente estaba laborando en el segundo piso, por lo que no pudo considerar el testimonio si resultaba contradictorio con la confesión del accionante (ver fs. 335, tres primeros párrafos). Es que reitero, toda vez que la objeción al testimonio de H. tiene por objeto poner en duda sus dichos con relación a la imposibilidad del uso de las escaleras internas, ya se ha razonado que dicha argumentación deviene estéril a fin de relevar de responsabilidad a la empleadora. Gran parte del agravio, en los párrafos posteriores -lo que incluye la desconsideración del testigo O.- (ver fs. 335 “in fine”/336), discurre por el sostenimiento de la misma argumentación, esto es, que existiendo otros medios de acceso disponibles, el actor asumió a su propio riesgo el uso del andamio, por lo que

me remito a lo expuesto en los párrafos precedentes para desechar esta porción del agravio. Es que el recurrente pretende con dichos argumentos que se tenga por acreditada la culpa -en realidad la falta- de la víctima, en los términos de los arts. 1111 y 1113 del C. Civil. Y al respecto debe recordarse que tal encuadre normativo determina que acaecido el daño, el dueño o guardián no se libera demostrando que de su parte no hubo culpa, porque ella no interesa a este régimen de responsabilidad, por lo que la víctima del hecho dañoso sólo debe probar el daño, la calidad de dueño o guardián, el riesgo o vicio de la cosa y la relación causal entre la actuación de la cosa y el daño. Por su parte el dueño o guardián sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa o falta de la víctima (conf. art. 1111 del C. Civil) o de un tercero por quien no debe responder. En ese orden de ideas se ha entendido que causa extraña -como eximente- es todo hecho dañoso ajeno al denunciado como responsable y que la negación de la responsabilidad a la que conducen estas eximentes se explica por la contundente razón de que el daño cuya reparación se pretende no fue generado por el hecho del demandado (concepto comprensivo también de los hechos de las cosas o de las personas por las que no debe responder), el que resulta irrelevante en la causación de las consecuencias lesivas. En esta categoría de eximentes quedan comprendidos el caso fortuito, el hecho de un tercero por el que no se debe responder y el hecho de la víctima. Este último tiene vigencia en el campo de los actos ilícitos cuando el comportamiento del perjudicado es la causa de su propio daño, su fundamento se asienta en el principio del autodaño, en virtud del cual carece de derecho a indemnización quien se ha visto perjudicado exclusivamente en razón de su propia conducta. Sin embargo debe señalarse que la reiteración de planteos basados en esta causal obedece a que, si se observa la cuestión desde la óptica de la causalidad estrictamente material, el damnificado, de un modo u otro siempre participa en el evento dañoso. Si su participación se limita a la asunción de un rol meramente pasivo, su obrar reviste la naturaleza de simple condición del daño, y no puede dar sustento a la eximente en estudio. Por el contrario, si la participación de la víctima tuvo incidencia dañosa, esa intervención produce la liberación del demandado, al impedir que nazca la responsabilidad que se le atribuye (conf. Castro Durán, Ricardo Manuel: “El hecho o “culpa” de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor”, en “Revista de Derecho de Daños”, Eximentes de Responsabilidad-II, 2006-2, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 207/208). Es así que para que se configure esta eximente deben darse los siguientes requisitos. El hecho de la víctima debe tener eficiencia causal, si no tiene aptitud generadora del daño propio, como causa o concausa, no libera ni siquiera parcialmente de responsabilidad al agente. Además el hecho de la víctima no debe ser impuesto por el demandado, por ende, la conducta del damnificado no debe estar forzada por el agente,

porque, en este caso, la acción del primero sería consecuencia del obrar del segundo, y obviamente, no tendría efectos liberatorios (conf. Castro Durán, op. cit., págs. 211/212).----------

--- En la especie, se desprende claramente del razonamiento del juzgador, que la causa adecuada del siniestro no fue la decisión del actor de utilizar el andamio, en todo caso esta circunstancia operó como una mera condición, mas la causa adecuada fue la ausencia de medidas de seguridad adoptadas por la empleadora a fin de que no se utilice el andamio o que el mismo pueda ser usado sin riesgo para la integridad corporal de los operarios. En concordancia con lo que vengo sosteniendo, recientemente se decidió en un caso análogo de accidente laboral, que el hecho de que el ascensor se encontrara fuera de servicio desde hacía 30 días o que todos supieran que ese ascensor no se podía usar, no basta para establecer que el causante se expusiese voluntariamente al riesgo de la cosa. Asimismo se consideró que el perito técnico expresara que el citado ascensor no disponía de un mecanismo concreto que evitara la apertura de las puertas para impedir la caída al vacío y que, en la actualidad, la puerta tijera se abre sin inconveniente, no contando con suficiente iluminación. En base a tales consideraciones es que se concluyó que el infortunio se produjo por una cosa riesgosa de propiedad de la empleadora, y que no se probó la culpa de la víctima como condición eximente de la responsabilidad objetiva consagrada en el art. 1113 del C. Civil (conf. CNAT., Sala I, 18/03/11, elDial.com - AA6A1F). La analogía del precedente citado con el “sub exámine” resulta clara, ya que se trata de dos cosas riesgosas -ascensor y andamio-, que no contaban con las medidas seguridad suficientes para su uso o para impedir el mismo, y en ambos casos la empleadora invocó la culpa o falta de la victima alegando que tales elementos se encontraban fuera de uso.----------

--- Finalmente, en lo que se refiere a este agravio, la demandada entiende que es imposible determinar si la caída o el “resbalón” no se originara en el desvanecimiento o pérdida de conciencia transitoria del accionante, pero aún así es claro -considera- que existe culpa y por ende responsabilidad subjetiva del actor al ocultar una información esencial para determinar la asignación de sus funciones y dicha omisión y su probable vinculación con la ocurrencia del hecho es responsabilidad de C. (ver fs. 336 “in fine”/vta., tres primeros párrafos). Sobre dicha circunstancia, el sentenciante de grado discurrió *“Por otra parte, y más allá de lo dicho en el responde, donde se argumenta como defensa de exculpación el hecho de que C. C. haya ocultado al momento de practicársele el examen preocupacional que era aquejado por una patología neurológica y que haya sido ésta -según la demandada la que provocó un desvanecimiento y la posterior caída en altura- no ha sido tan siquiera mínimamente acreditado en autos, lo cierto es que la lógica indica que nada tuvo que ver la posible enfermedad del actor respecto al infortunio, siendo así y dado que ha quedado demostrado de manera cabal no solo mediante la prueba testimonial sino a través de prueba documental, tal por caso los informes levantados por la ART a los cuales he hecho referencia párrafos arriba*

donde justamente se señalaba como incumplimiento a las normas de seguridad e higiene todo aquello vinculado al trabajo en altura entre otros incumplimientos, como puede observarse con claridad del detalle agregado a fs. 233 y específicamente en lo que hace a la cuestión en concreto en la documental incorporada a fs. 235/240 de fecha 26/06/06 se indica como posibles o probables causales de accidente ni más ni menos 46 items, ello señalado dentro del programa de reducción de siniestralidad llevado adelante por la ART codemandada; con esto tenemos por un lado el poco apego de la empleadora a cumplir con todo aquello vinculado a la seguridad laboral mientras que por el otro, y ya a esta altura de la circunstancia clarificando la cuestión los ingentes esfuerzos de la aseguradora para que D. S.R.L. se atenga, cumpla, acate las disposiciones legales, de esta manera no abrigo ninguna duda que de parte de la ART se hizo todo lo posible para evitar un accidente de trabajo de las características como el de autos, siendo así, de lado quedará la imputación de responsabilidad a esta codemandada" (ver sentencia a fs. 316, 2do. párrafo/vta., 1er. párrafo).----------

--- Del confronte de lo vertido en el agravio con lo razonado por el juez, se concluye que la propia recurrente considera que el vínculo entre la omisión del actor de denunciar la patología padecida y el siniestro es meramente conjetural, y lo expresado en cuanto a que la denuncia habría modificado en todo caso la asignación de tareas al actor, en todo caso, hace concluir que dicha omisión también opera como una mera condición en el resultado dañoso pero no como causa adecuada. Es que del párrafo de la sentencia transcripto anteriormente, se desprende en forma meridiana que el nexo causal se dio con la falta de prevención y de ejecución de la medidas de seguridad pertinentes por parte de la empleadora, sin considerar, incluso, la advertencias de la aseguradora.-------

--- Como síntesis de lo todo lo argumentado en este considerando cabe concluir que no ha existido falta del actor en los términos de los arts. 1111 y 1113 del C. Civil, en los términos de causa adecuada que permita asignarle, total o parcialmente, la responsabilidad del evento dañoso, por lo que postulo al acuerdo que también se desestime este agravio.----------

--- 3) Desestimados los agravios tendentes a eximir a la demandada empleadora de la responsabilidad por el siniestro, corresponde ahora examinar las quejas -tanto del actor como de la empleadora- respecto a la extensión de la responsabilidad a la ART. El actor considera que el juez de grado ha errado en haber apartado de toda responsabilidad a la ART, dado que considera que el comportamiento de la misma fue insuficiente y tardío, pues a pesar de haber detectado tempranamente diversas irregularidades, no denunció tales inobservancias a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, tal como era su obligación, a fin de que se adopten las medidas de compulsión necesarias, multas y demás sanciones legales (ver fs. 328/vta., 1er. párrafo). Agrega que la LRT

impone en su art. 4, inc. 1, tanto a los empleadores como a las ART, la obligación de adoptar las medidas legalmente previstas y el art. 14, inc. 1 dispone el deber de las aseguradoras de denunciar ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad del trabajo, historiando la jurisprudencia de la Corte Federal respecto a que las ART son sujetos coadyuvantes para la realización plena en materia de prevención de accidentes y enfermedades laborales (ver fs. 328 vta. “in fine”/329). ----------

--- El sentenciante “a quo”, como ya se expresó, excluyó de la atribución de responsabilidad a la ART, debido a que realizó *“ingentes esfuerzos”* a fin de que la empleadora cumpliera las disposiciones legales, de allí que concluyó que aquélla hizo todo lo posible para evitar el accidente de trabajo (ver sentencia a fs. 316 “in fine”/vta., 1er. párrafo). Debe recordarse que el actor demandó de acuerdo a la normativa del derecho civil y no de la LRT (ver fs. 08, pto. 2), a cuyo fin planteó la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 de la LRT (ver fs. 09 vta., pto. 6). En dicho marco endilgó responsabilidad a la ART *“ante su grave omisión de no haber controlado el estado de las condiciones de trabajo, al no ejercido* (sic)*, tal cual era su deber el debido contralor de que en dicha obra se cumplieran con las normas de seguridad del trabajo -culpa in vigilando- tal como lo establece la legislación vigente conforme se explicitara ut supra”* (ver fs. 09, antepenúltimo párrafo). ----------

--- Recientemente me he pronunciado respecto de la responsabilidad de la ART en el marco de la acción de derecho común (conf. CANE, Sala “B”, SDL Nº 14/11 del 25/04/11). Allí consideré que la circunstancia de escoger uno u otro régimen, altera no sólo el monto por el cual el responsable debe responder, sino también las prestaciones de las que debe hacerse cargo. Pero amén de ello, y fundamentalmente, los hechos atribuidos en uno u otro sistema no son los mismos. En el supuesto de que se hubiera demandado de conformidad con la ley 24557, las prestaciones, tanto dinerarias como en especie, a cargo de la ART se encuentran claramente detalladas en los arts.13, 14, 15, 17, 18, 19 y 20 de la ley 24557. De allí que demostrado el supuesto fáctico de los perjuicios indicados en tales normas, la ART debe abonarlas en la medida que el sistema de la LRT lo dispone. Es de hacer notar que en este régimen no se requiere demostrar ningún tipo de omisión o negligencia por parte de la ART que pudiera haber sido la causa adecuada del perjuicio padecido por el trabajador, sino que sucedido el infortunio, corresponde efectuar la denuncia pertinente por parte del empleador, del trabajador, sus derecho habientes, la ART, o un tercero en su caso (conf. Foglia, Ricardo A. en Rodríguez Mancini-Foglia: “Riesgos del Tabajo”, Ed. La Ley, 2008, págs. 573/577). La ART tiene la obligación de aceptar o rechazar la misma en forma expresa y notificar fehacientemente su decisión (conf. art. 6 del decreto 717/96) y aceptada la denuncia por la ART, ésta es la única responsable por el otorgamiento de las prestaciones que la LRT prevé (conf. arts. 3, 26 y 28 de la ley 24557 y art. 1 del decreto 334/96) (conf. Foglia, op. cit., págs. 585/588). La apelante -en el antecedente citado-

adujo que cumplió con las prestaciones a su cargo de acuerdo al régimen de la LRT y que como no fue eso lo que se le reclamó en la demanda, sus defensas en la contestación a la misma no estuvieron dirigidas a alegar y demostrar tal cumplimiento.---

--- ¿Significa lo anterior que la ART no puede ser legitimada pasiva en una acción de derecho civil como la presente?. Ello no es así. Es cierto que a diferencia de lo ocurrido con la responsabilidad civil del empleador, que fuera prevista en la regla del art. 39 de la ley 24557, nada se contempló en la LRT sobre la eventual responsabilidad civil de las ART por los daños que pudieran sufrir los trabajadores de los empleadores asegurados por ellas. Lo cierto es que, cuanto sujetos de derecho, nada obsta para que las ART puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico, y ello fue lo que comenzaron a decir los tribunales (conf. Ackerman, Mario E.: “La Ley sobre Riesgos del Trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rubinzal-Culzoni, 2008, págs. 219/220). Una acción no prevista por la LRT, y que no requiere la declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma de dicho texto legal, es la que puede intentar el trabajador contra la ART con fundamento en el art. 1074 del C. Civil, siendo su finalidad condenar a la ART a abonar a la víctima del infortunio el resarcimiento pleno en base a la normativa civil independientemente del otorgamiento de las prestaciones de la LRT. Se trata de indemnizaciones que no están incluidas en la cobertura pactada con el empleador y desde la perspectiva contractual se trata de un caso de “no seguro”. La aplicación del art. 1074 del C. Civil presupone el incumplimiento por parte de la ART de un deber propio de obrar emergente, no del contrato de seguro ya que dicha responsabilidad es ajena al mismo, sino de una obligación impuesta por la ley a la ART. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes, esto es, en el que se debe probar la culpabilidad, en sentido amplio, es decir abarcativo del dolo o la culpa, por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal. El sistema de culpa objetiva -en realidad responsabilidad objetiva- y de inversión de la carga probatoria que para los casos que contempla, prevé el segundo párrafo del artículo 1113 del C. Civil, es inaplicable por cuanto la aseguradora en tal caso es responsable a título propio y no del seguro, y por ende no es ni dueña ni guardiana de las cosas que intervienen en el daño. La eventual responsabilidad de la ART es independiente de la del empleador ya que no emerge del contrato de seguro, dicho contrato es la ocasión pero no la causa del deber de obrar que surge de la propia ley (conf. Foglia, op. cit., págs. 655/656). ----------

--- El art. 1074 del C. Civil expresa que *“Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.* En ese sentido el régimen de la LRT impone determinados deberes a las ART, contenidos en

los arts. 4, ap. 1 y 31, ap. 1 de la ley 24557; a lo que deben añadirse las obligaciones de las mismas de acuerdo a los arts. 16, 18 y 19 del decreto 170/96 (conf. Foglia, op. cit., págs. 656/659). Bajo dicho marco normativo, la Corte Federal adoptó un criterio restrictivo, según el cual se exige un escrutinio riguroso de la configuración de un nexo de causalidad adecuada entre la conducta omisiva reprochada a la aseguradora y el daño cuya reparación se pretende. Así en "Rivero c/ Techo Técnica" (conf. CSJN, del 03/12/02) se consideró que *"Está fuera de discusión que el accidente se produjo por el incumplimiento de la empleadora, en el que bien pudo haber persistido a pesar de la advertencia de la ART -que carece de facultades para impedir la realización de las tareas- o de la denuncia de ésta a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Tampoco cabe soslayar que, según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 902 y concs. del Código Civil), el siniestro era susceptible de producirse antes de la intervención del ente supervisor, aun cuando haya tenido tempestiva noticia de la falta de provisión del cinturón de seguridad. O bien pudo ocurrir que la autoridad no hubiera cumplido las funciones que le son propias o lo hiciera deficientemente. En ese contexto, es palmario que la prognosis respectiva sobre el nexo causal enfrenta una amplia gama de hipótesis que torna discutible la conclusión a que arribe el juicio de probabilidad que al respecto se haga".* En el caso "Soria J.L. c/ R.A. y C.E.S.A." (CSJN, del 10/04/07), se mantuvo un criterio similar, y si bien se produce una importante disidencia de Lorenzetti y Fayt, la misma giró en torno al contenido del deber de prevención impuesto por la ley, pero no en la exigencia de la acreditación del nexo causal. Las posturas mayoritaria y minoritaria de este antecedente se volvieron a plasmar en "Galván, Renée c/ Electroquímica Argentina SA y otro" (CSJN, del 30/10/07). En "Torrillo c/ Gulf Oil Argentina", CSJN, del 31/03/09), la Corte amén de reiterar una vez más la postura restrictiva, aportó importantes precisiones sobre el lugar que ocupan las ART en la prevención de los riesgos del trabajo, y especialmente, la identificación de las obligaciones de ellas cuyo incumplimiento podría desencadenar su responsabilidad civil. --- En suma la ratificación del criterio restrictivo de la Corte Suprema sobre la posibilidad de responsabilizar civilmente a las aseguradoras de riesgos del trabajo por los daños a la persona sufridos por los trabajadores en circunstancias laborales se expresa en el citado caso "Torrillo" en tres importantes precisiones -en torno de las cuales no parecen advertirse disidencias- que sintetizan el pensamiento del alto tribunal en esta materia: 1) las ART pueden ser responsabilizadas en el marco del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, cuando concurren los presupuestos previstos en ese ordenamiento general para imponer tal responsabilidad; 2) el marco regulador de la LRT y sus normas reglamentarias establecen las obligaciones de la ART en materia de prevención de los riesgos del trabajo; y 3) acreditado el nexo de causalidad adecuado entre el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las ART y el daño sufrido por el trabajador, aquélla puede ser obligada a reparar tal daño con el fundamento y alcances previstos en el Código Civil (conf. Ackerman, Mario E.: "Ley de Riesgos del Trabajo

Comentada y Concordada", Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, págs. 102/110).---------- En el agravio, la actora esgrime que la ART no cumplió con su deber de denunciar a la SRT los incumplimientos de sus afiliados, obligación contenida en el art. 31, ap. 1, inc. a) de la LRT. Sin embargo no esgrimió dicho incumplimiento en la demanda cuando atribuyó la responsabilidad a la ART (ver fs. 09, pto. 4. RESPONSABILIDAD DE LA ART). Es de hacer notar que genéricamente le enrostró no haber controlado el estado de las condiciones de trabajo y no haber ejercido el debido contralor de que en la obra se cumplieran con las normas de seguridad del trabajo. En dicho contexto es que la ART, al contestar la demanda, adujo que sí dio cumplimiento con las obligaciones a su cargo, efectuando un detalle de las acciones que realizó consistentes en visitas de control de seguridad laboral y una inspección integral ante la falta de presentación del programa de seguridad (ver fs. 54/vta., pto.V). Y en base a lo postulado en la demanda y en la contestación, de acuerdo al principio de congruencia, el juzgador concluyó que la ART hizo todo lo posible para evitar el siniestro, de acuerdo a la documentación de fs. 233/240. Esta conclusión resulta conforme a la adoptada, si bien por "contrario sensu" en el antecedente citado "ut supra" (CNAT, Sala I, 18/03/11, elDial.com - AA6A1F). En el mismo se decidió que no surge que la ART haya presentado programas de seguridad y/o procedimientos de seguridad, ni que haya formulado recomendación alguna tendiente a la prevención de accidentes, debiendo destacarse que la última visita realizada lo fue ocho meses antes del accidente y el año anterior sólo lo habría hecho en dos oportunidades, con lo cual no existiría el nexo "cercano" y "permanente" con el ámbito laboral al que se alude en el fallo "Torrillo"; así como que la aseguradora no presentó programas de seguridad y/o procedimientos de seguridad, ni inspeccionó con asiduidad el establecimiento de la demandada, lo que le impidió verificar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en relación al ascensor y la omisión en cuestión resultó jurídicamente relevante en el resultado de los acontecimientos, por lo que se verifica un adecuado nexo de causalidad entre los daños cuya reparación se reclama y el incumplimiento de la ART. La diferencia con el "sub lite" es palmaria, en tanto en la especie la ART llevó adelante un programa de reducción de siniestralidad y señaló el incumplimiento a las normas de seguridad e higiene, siendo advertida la empleadora incluso un día antes del evento (ver fs. 235/240 y sentencia a fs. 315 vta./316). Como consecuencia de todo lo expuesto, resulta extemporánea la invocación del incumplimiento de denuncia ante la SRT que realiza el actor recién en la alzada. Pero amén de ello, y en virtud de la jurisprudencia de la Corte que se reseñara más arriba, debe recordarse que aún cuando se considerara dicho incumplimiento, la actora debía acreditar el nexo causal entre el mismo y el evento dañoso, lo cual se encuentra lejos de estar acreditado en autos. ----------

--- El actor aduce en sus agravios que la ART también resulta responsable en razón de no haberle brindado la atención médica que correspondía, dando detalles de sus primeras internaciones en nosocomios del sistema público de salud (ver fs. 328 vta., 2do. y 3er. párrafos). Al respecto cabe señalar que resulta claro que dicha omisión no fue denunciada como causa de atribución de responsabilidad a la ART (ver demanda a fs. 09, pto. 4 RESPONSABILIDAD DE LA ART). Consecuentemente le está vedado al actor introducir dicha cuestión en esta instancia. Es que debe recordarse que, en virtud de lo dispuesto por los arts. 271 y 277 del CPCC -actuales arts. 274 y 280 del CPCC Chubut-, la Cámara no puede conocer sino de las cuestiones planteadas previamente a la primera instancia, a consecuencia de obrar como controladora de las decisiones del juez recurrido (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 951). Es que el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (art. 277, párr. 1º), quedando vedado a la Alzada tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación, o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41 CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL, 1982-A-550; íd., Sala F, 1/12/81, LL, 1982-B-198; entre muchos otros). De allí que la expresión de agravios no sea la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN. Fed. ContAdm., Sala III, 10/5/88, JA, 9189-III-321; C. Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala I, 31/3/78, LL, 1978-C-441). Es así que no corresponde considerar este argumento que la actora ha introducido en su expresión de agravios. ----------

--- Finalmente la actora objeta que no se hubiera extendido la condena a la ART respecto de la diferencia a su cargo del porcentaje de incapacidad, ya que en sede administrativa se le abonó el 25% y en esta sede judicial se le reconoció el 68% -en realidad fue el 58% (ver sentencia a fs. 317 vta., 2do. párrafo)-, sin perjuicio de que luego entiende que se le debe reconocer un 70% de incapacidad en virtud del principio de la reparación integral (ver expresión de agravios a fs. 328 vta., 4to. y 6to. párrafos y fs. 329 “in fine”/330). Al respecto cabe manifestar en primer lugar, en que no existe controversia respecto a que en sede administrativa se determinó un 25% de incapacidad en el actor y que se abonó la indemnización equivalente a dicho porcentual (ver demanda a fs. 09 vta., primer párrafo y saldo denunciado como pagado en la liquidación de fs. 10 vta.; contestación a fs. 54, 2do. párrafo; y expediente acollarado Nº 9762, Año: 2008, Letra: 9762). Como consecuencia de la determinación de dicho porcentaje en sede administrativa, el actor dedujo recurso de apelación judicial de conformidad con lo dispuesto por el art. 46 de la ley 24557, lo que dio origen al expediente citado Nº 9762, Año: 2008, Letra: 9762, sin que el mismo prosiguiera en su tramitación. De lo señalado se deduce que el actor promovió el recurso judicial

establecido en el sistema de la LRT a fin de que la ART abone el total de incapacidad que, a su juicio, correspondía determinar. ----------

--- Es de hacer notar que en este agravio, la actora no persigue que la ART sea condenada “in solidum” por el total de condena -el que incluye la indemnización por daño moral-, sino por la diferencia por lo que se determinó en el decisorio recurrido en concepto de incapacidad. Es así que no pretende que la ART sea condenada en los términos de la acción civil, sino en los términos de la LRT. ¿Puede acumularse esta pretensión de conformidad a la LRT a la acción de derecho común?. Se ha sostenido en la doctrina que es posible que en la demanda de reparación integral contra la ART se acumule objetivamente y con carácter subsidiario la pretensión tarifada o sistémica contra la ART (a la que el empleador resulta ajeno). Esta alternativa es interesante en la medida en que previene un eventual rechazo de las pretensiones civiles, posibilitando que el mismo juez considere acreditados los presupuestos de la LRT y condene a la aseguradora. Los argumentos para proponer conjuntamente en el mismo expediente estas acciones distintas son los que ordinariamente autorizan la acumulación procesal, es decir: 1) economía, y 2) evitar sentencias contradictorias sobre los mismos hechos. Es que si bien se trata de juicios distintos (cada uno de los cuales debe ser fallado en base al análisis separado de los presupuestos de responsabilidad de cada demandado, según cada régimen jurídico), son conexos o afines por el elemento fáctico de la causa del pedimento que no es sino la ocurrencia misma del siniestro (conf. Machado, José Daniel: “Perfiles y matices de la acción civil contra las ART”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010-I, Ley de Riesgos del Trabajo-III, pág. 165).----

--- En la especie, la actora promovió la acción de derecho común por fuera del sistema de la LRT, es más interpuso la inconstitucionalidad de varias de las normas de la ley 24557 (ver fs. 09/10, pto. 6), sin que dedujera en subsidio la acción sistémica para hacer responsable a la ART en los términos de la ley mencionada. En consecuencia la pretensión de que la aseguradora responda por la diferencia del porcentaje de incapacidad en los términos del contrato y de la LRT deviene extemporáneo, ya que no fue capítulo propuesto en la instancia precedente. Es más se afectaría el principio de congruencia, ya que la ART ha respondido la demanda en los términos de la responsabilidad civil que se le achacara (ver fs. 54/55 vta., pto. V). Doy por reproducida aquí las consideraciones que efectuara con relación al principio de congruencia en el considerando 1), con la diferencia que, tal como lo decidiera en el antecedente de esta Sala “B”, SDL Nº 14/11 del 25/04/11, en el presente cabe concluir que la ART contestó la demanda de acuerdo a la eventual responsabilidad civil que pudiera haber cabido a su parte, negando que se dieran los presupuestos que hicieran viable la misma. En el mentado precedente el juzgador de origen había extendido la condena a la ART *“...sólo hasta el límite del contrato de seguro refiriéndome con ello a que deberá hacer frente a*

la indemnización que conforme la incapacidad y demás pautas de la LRT le correspondía asistir a su asegurado", por lo que de acuerdo a lo expuesto razoné que se había incurrido en incongruencia, ya que se hizo responsable a la ART en virtud de las prestaciones que le impone la ley 24557, sobre lo cual no se le dio la oportunidad de explicarse, dado que se demandó por la responsabilidad civil endilgada con expresa exclusión de las normas de la LRT. Las resoluciones judiciales deben adecuarse al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido de aquéllas y el objeto de las peticiones -pretensiones y oposiciones- que delimita el *thema decidendum.* La comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar estricta correspondencia. Cuando la resolución se aparta de la materia que fijaron las partes se menoscaba el aludido requisito. Es que sobre el particular gravita el señorío de los justiciables, quienes en virtud del principio dispositivo que impera en este sector del proceso, vinculan al órgano jurisdiccional (conf. Morello-Sosa-Berizonce: "Códigos...", Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1982, Tº I, págs. 116/117).------

--- A la luz de todo lo expuesto corresponde concluir que nada impedía que el actor, en subsidio de la acción del derecho civil, dedujera la acción sistémica en los términos de la LRT, mas al no haberlo hecho en la instancia de grado, la pretensión de que la ART sea condenada por la diferencia del porcentaje de incapacidad, amén de devenir extemporáneo, afecta el principio de congruencia, por lo que nada podría resolverse al efecto. En consecuencia postulo el rechazo del recurso del actor.----------

--- Queda por examinar, siempre respecto a la extensión de la condena a la ART, el agravio de la empleadora, en cuanto solicita en subsidio que se condene a la ART en forma solidaria a abonar la suma resultante. A tal fin esgrime dos argumentos. El primero se fundamenta en la existencia de responsabilidad civil por parte de la ART, ya que aduce que la eximición de responsabilidad decidida con el argumento de que efectuó recomendaciones acerca de las medidas de seguridad resulta una afirmación desconectada de la realidad de la obra al 26/06/06, ya que el andamio en ese momento no estaba siendo utilizado (ver fs. 337, cinco primeros párrafos). Sobre este argumento entiendo que basta con remitir a lo considerado "ut supra" al tratar el agravio del actor en tanto consideró que le cabía responsabilidad civil por omisión de sus deberes a la aseguradora, lo cual fue desestimado. Sólo agregaré que ha quedado sumamente claro, tanto en la sentencia de grado como a lo largo de este voto, que el accidente tuvo como causa adecuada la inexistencia de medidas de seguridad para el uso del andamio o en su caso para evitar su utilización -aún cuando eventualmente el mismo no estuviera en uso-, por lo que las recomendaciones y advertencias formuladas por la ART no pueden entenderse circunscriptas al tiempo en que tal andamio fuera utilizado como elemento de trabajo como lo asevera la empleadora recurrente.----------

--- Y en segundo término la citada codemandada aduce que resulta inexplicable que la ART no sea condenada al pago de la indemnización conforme a la LRT como consecuencia de la incapacidad derivada del siniestro. Explica que su mandante

contrató a la aseguradora a fin de cumplir con la obligación y dicho vínculo contractual impone a la ART a mantener indemne a su parte en la medida del seguro, por tal motivo fue que la citó en garantía, y el fallo apelado incurrió en incongruencia al no haberse expedido sobre lo peticionado en subsidio a fin de condenar a la ART al pago de las sumas que correspondieran conforme la real incapacidad del actor (58%) (ver fs. 337, tres últimos párrafos/338, hasta el pto. C). Con relación a este argumento, cabe aclarar que, al igual que la última petición que el actor impetrara en su expresión de agravios, la empleadora no pretende que la ART sea condenada a abonar solidariamente el total de condena, sino la diferencia entre el porcentaje de incapacidad entre lo determinado en sede administrativa y en esta sede judicial. La demandada, al contestar demanda, solicitó la citación en garantía de la ART *"Al solo efecto de proteger la indemnidad de mi mandante"* (ver fs. 52, pto. IX), por lo que la citación debe entenderse en los términos de la LRT. Resulta interesante recordar, que como consecuencia de la "fuga" del sistema de la ley 24557 a través de la inconstitucionalidad del art. 39 de la misma, los empleadores han sido autorizados recientemente a contratar un seguro por responsabilidad civil por la Resolución 35550/2011 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (S.S.N.) del 28/01/11, que en su artículo 1 establece: *"La cobertura de riesgos correspondientes a Responsabilidad Civil por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en exceso a riesgos amparados por la Ley Nº 24.557, se regirán por las condiciones y cláusulas adicionales que obran como Anexo I, o por los planes que se aprueben en el futuro, presentados por aseguradoras y/o Asociaciones que las agrupan, los que, una vez aprobados por esta SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, podrán ser utilizados por las entidades a operar en dicha cobertura".* Acerca del beneplácito por la emisión de esta resolución se ha considerado que los empleadores reciben con complacencia la decisión de la Superintendencia de Seguros de la Nación de regular y admitir el aseguramiento del riesgo emergente de la responsabilidad civil por los infortunios del trabajo, ya que desde la vigencia de la ley 24557 la inadecuada regulación de las situaciones que se originaban por culpa del empleador había convertido a la posibilidad de reclamar la reparación integral del infortunio en un verdadero "riesgo" para éstos, dado que el seguro de personas que dicha ley establece solamente considera una reparación tarifada, propia de los casos en que el accidente o la enfermedad laboral se produce sin culpa de quien tiene la potestad de requerir la prestación del trabajador y disponer sobre la forma de su cumplimiento, dentro del marco de la relación laboral (conf. Meilij, Gustavo Raúl: "El aseguramiento de la reparación integral de los infortunios laborales", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, abril 2011, Nº 4, pág. 50).----------

--- Se advierte, entonces, que en la actualidad, los empleadores están en condiciones de asegurarse por su responsabilidad civil en los infortunios laborales, con relación a

todos los riesgos no cubiertos por el sistema de la LRT. Sin embargo, como lo dijéramos más arriba, la recurrente se agravia de que no se condenara a la ART a cubrir la diferencia de incapacidad determinada en los términos del seguro contratado y por ende de la ley 24557, explicando que a tales fines requirió la citación en garantía. Podría cuestionarse si la empleadora puede citar en garantía a la ART en los términos de la ley 24557, cuando el trabajador actor no demandó en subsidio de la acción de derecho común, la pretensión por la LRT, como acontece en la especie. No obstante ello, podría considerarse con un criterio amplio, que así como el trabajador puede acumular ambas acciones, en realidad se trata de una acumulación en subsidio, corresponde reconocer al empleador que, al contestar la acción de derecho común, cite a la ART en la medida del seguro, es decir, en los términos de la LRT. Mas en el “sub lite” el juzgador de grado desestimó “in limine” dicha citación, por haber sido la ART codemandada en autos (ver fs. 57). Más allá del acierto o no de dicha decisión, lo cierto es que la misma adquirió firmeza, resultando de aplicación el principio de preclusión. Es sabido que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada. Mediante la clausura definitiva de cada una de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o produzcan con posterioridad resultan ineficientes. En un tipo de procedimiento escrito, la ley prescribe un orden taxativo, señalando distintas fases preclusivas. La consagración del referido principio importa, en esencia, que el dogma de la voluntad aparezca sustituido por las consecuencias de carácter objetivo. Quien pierde una expectativa en el proceso, fundamentalmente se abstiene de ejercer un derecho o una facultad que hace a su defensa. Y es precisamente de esta idea de la preclusión, de la que nace, tan rico en matices, el concepto de cargas procesales. A partir de las enseñanzas de Chiovenda, la preclusión se concibe como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal (conf. Morello-Sosa-Berizonce, op. cit., ídem, págs. 621/623).----------

--- En la especie, la empleadora ha consentido la desestimación de la citación en garantía, en consecuencia, mal puede traer como argumento en su expresión de agravios, la circunstancia de haber ejercido el derecho de dicha citación, ya que su pedimento en ese sentido careció de efectos. Nótese que, en correspondencia con lo indicado con relación al agravio de la actora, la aseguradora contestó el traslado de la acción de derecho común que le entablara el trabajador, pero no tuvo oportunidad de responder la citación en garantía solicitada por la empleadora codemandada por la simple razón de que la misma fue desestimada “in limine”, por lo cual, si ahora se extendiera la condena con fundamento en dicha citación, además de infringirse el principio preclusivo, se afectaría el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa en juicio de la aseguradora.----------

--- En síntesis, en razón de los motivos desplegados es que postulo también el rechazo de este agravio.----------

--- 4) Por último la codemandada empleadora se agravia de la procedencia de la indemnización por daño moral (ver fs. 338/vta., pto. C). Sostiene que la discrecionalidad del juez en la materia debe tener mínimas pautas que permitan conocer los criterios que sustentan la determinación de su procedencia y de su monto. Entiende que no es aceptable que toda condena derivada por responsabilidad civil originada en un siniestro laboral apareje inexorablemente una compensación por daño moral. Reitera que no se brindaron razones para justificar la procedencia de este rubro.----------

--- Cabe manifestar que es cierto que en el decisorio se receptó este concepto por la suma de $ 15.000 sin que se efectuaran consideraciones acerca de su procedencia y del monto. Sin embargo es de señalar que dada la entidad de la incapacidad sobreviniente experimentada, así como las secuelas del accidente, intervenciones quirúrgicas practicadas y tiempo de recuperación (ver pericia de fs. 290/291 vta. y 295), corresponde concluir en que se ha admitido correctamente la procedencia de este resarcimiento. Es 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 (SCBA, ED 14-14). Encuentro al reclamo harto procedente, dado que el actor debió ser sometido a diversas intervenciones quirúrgicas, con un largo y lento período de recuperación, y que bien puede calificarse asimismo de penoso. A ello debe agregarse que la recuperación no es plena, de allí que cabe considerar la repercusión de la lesión en la esfera espiritual. Para cuantificar este daño se ha interpretado que no tiene por qué 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 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). También esta Alzada ha entendido 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 el maestro 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) y las peculiaridades de la víctima (nº 7), por lo que a la luz de tales consideraciones no encuentro excesivo el monto de $ 15.000 reconocido en la sentencia apelada.----------

--- En definitiva, por todo lo expuesto, postulo que se rechace asimismo esta última queja.----------

--- 5) Resta por examinar el recurso de apelación de fs. 343 del consultor técnico para la pericia médica, Dr. G., por sus honorarios, los que fueron establecidos en un 1% del monto total de condena. Al respecto cabe expresar que el consultor técnico estuvo presente durante el examen médico del actor (ver pericia a fs. 290), mas no suscribió la misma ni efectuó informe por separado, ni firmó las objeciones a la experticia. De allí que de acuerdo a lo normado por el art. 60 de la ley XIII Nº 4, encuentro razonables los emolumentos determinados, procediendo el rechazo del recurso.----------

--- III.- En consecuencia de todo lo expuesto, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de apelación, con costas por su orden dado que ambas apelantes han resultado vencidas (conf. arts. 69 y 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A, conforme remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1).----------

--- Propongo asimismo regular los honorarios, atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, del letrado apoderado del actor, Dr. A. E. M., por sus presentaciones de fs. 328/330 y 345/346 vta., en un 27%; y los de los letrados apoderado y patrocinante de la codemandada, Dres. J. E. P. y D. E. F., en conjunto, en un 25%; en ambos casos sobre el monto regulado a los mismos en la instancia anterior, con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------

---------- Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por la codemandada D. S.R.L. y por el actor a fs. 325 y 326, respectivamente, que fueran concedidos a fs. 327, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 312/318 y vta. que hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por J. V. C. C. y condenó a D. S.R.L. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $112.968,91.-, con más sus intereses y costas, y rechazó la demandada promovida contra ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO I. S.A., con costas a cargo del demandante vencido. ----------

--- Asimismo, a fs. 343 el consultor técnico médico Dr. R. A. G., por derecho propio, apeló la regulación de sus honorarios por considerar exiguo el monto, recurso concedido a fs. 349.----------

--- Las expresiones de agravios de las partes actora y codemandada lucen a fs. 328/330 y 331/339, los traslados fueron conferidos a fs. 341 en tanto que el actor contestó a fs. 345/346 y vta., y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar. ----------

--- 2. Sostiene la codemandada que se violó el principio de congruencia ya que el actor no cumplió con la carga de narrar el hecho al dejar librado a la “suerte” de las declaraciones testimoniales la explicación del mismo. Concretamente sostiene que debió probar el hecho que narró en su demanda referido a que estando trabajando en el segundo piso colocando las cerámicas, y cuando se disponía a bajar por el andamio, resbaló y cayó. Considera que no lo hizo y que mediante los testimonios introdujo hechos que debieron ser expuestos en su demanda, tales como que las escaleras con que contaba la obra se encontraban inutilizables, y que al momento del accidente el andamio era la única forma de subir y bajar. ----------

--- Al respecto, por razones de brevedad procesal no resulta necesario reiterar la narración de hechos efectuados por el actor en demanda a fs. 8, penúltimo párrafo (“3.- FACTICIDAD”), y por la codemandada en su contestación a fs. 45 vta., tercer y cuarto párrafo, y fs. 49 y vta. (“IV. HECHOS” y “VI. FUNDAMENTOS MÉDICO-LEGALES.**-** *C) CAUSA DEL ACCIDENTE*”), pues me remito a lo expuesto adecuadamente por el vocal que me precede en la votación.----------

--- Y con relación al accidente producido el Sr. Juez de la anterior instancia consideró a fs. 316 vta. ***que el accidente se produjo en el marco de los incumplimientos de la demandada D. S.R.L. respecto de sus obligaciones como empleadora en lo que hace al <u>andamio</u> de donde cayera C. C. el día 27 de junio de 2006, pues <u>éste no contaba con las medidas adecuadas de seguridad</u>, no poseía barandas, no se encontraba sujetado a la pared, los botines de los trabajadores estaban llenos de lodo, el piso del andamio mojado debido a la lluvia o llovizna que ese día y el anterior cayeron sobre la ciudad de Rawson*** ... (el subrayado es propio). ----------

--- En tales condiciones, surge de modo evidente que el núcleo del razonamiento mediante el cual se atribuyó la responsabilidad del evento a la sociedad empleadora se estructuró a partir de considerar que el andamio no contaba con las medidas adecuadas de seguridad. ----------

--- Dicho de otro modo. La causa adecuada del accidente (art. 906 del Código Civil) fue que el andamio carecía de medidas adecuadas de seguridad, sumado a las adversas condiciones climáticas por la lluvia que se produjo ese día y el anterior, por lo que la falta de utilización de las escaleras internas por el trabajador resultó un hecho indiferente en la producción del evento. ----------

--- En tal sentido, se puede afirmar pues, que el vigente artículo 906 receptó la doctrina de la “causación adecuada”. Siguiendo esos lineamientos, nuestra jurisprudencia tiene resuelto que es “adecuada” la conexión causal que vincula un hecho antecedente a uno consecuente, cuando el primero tiene virtualidad para producir normalmente al segundo, de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas; y que por el contrario no lo es: cuando la acción debe considerarse indiferente, según la experiencia de la vida, para la producción del daño (Cazeaux - Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, Librería Editora Platense S.R.L., 1994, T. IV, págs. 775/776). ----------

--- No dejo de advertir que el fallo en crisis también ponderó los testimonios de H. y A. que aludieron a que no se podía en ese momento subir por la escalera existente en la parte interior del Centro Cultural por estar trabajando los yeseros (fs. 315 y vta., dos últimos párrafos y primer párrafo, respectivamente), pero lo cierto es que tal valoración no fue esencial en el razonamiento seguido por el juzgador pues la circunstancia de poder utilizarse las escaleras internas no eximía a la empleadora de su responsabilidad por la falta de medidas adecuadas de seguridad respecto del andamio.-

--- Asimismo, desde otra perspectiva cabe señalar que aun cuando el actor y la codemandada no hicieron referencia alguna en cuanto a la posibilidad de utilizar o no las escaleras, lo cierto es que la codemandada expresó que: “Por decisión personal, C. resolvió tratar de escalar un andamio ...” (p. IV, fs. 45 vta., cuarto párrafo), lo que importa de modo implícito aludir a la existencia de otros medios para ascender a los pisos de la obra a los fines de cumplir con las tareas asignadas. En tales condiciones, la posibilidad de utilizar o no tales escaleras no era dato fáctico ajeno a la narración contenida en los escritos de demanda y contestación. ----------

--- Tocante al principio de congruencia debe expresarse que la decisión debe ajustarse a las pretensiones deducidas en juicio (art. 163, inciso 6º, del C.P.C.C.).----------

--- Y la pretensión procesal esta compuesta por una serie de elementos que, con su reunión, determinan el contenido sustancial de la figura. En lo fundamental, tales elementos son ya conocidos, pues, aparte de haberse hecho reiteradas alusiones a ellos, son los mismos de toda la institución procesal, es decir, sujetos, objeto y actividad (Guasp, Jaime “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Tomo Primero, pág. 224). ----------

--- Despejado el primer elemento ya que alude a los sujetos que en ellos intervienen, el segundo, objeto, permite distinguir entre objeto inmediato, sentencia de condena, y objeto mediato, suma de dinero reclamada. A su vez, el tercer elemento, la indicación de la actividad en que la pretensión se traduce, se denomina fundamento, título o causa de pedir. Son los hechos en que se apoya. Se trata de la alegación fáctica de introducción.----------

--- Así, la pretensión es concreta y el pretensor aspira a algo, y por ello la pretensión procesal es una declaración de voluntad en cuyo mérito se solicita una actuación del

órgano jurisdiccional en miras a la satisfacción de un interés concreto (Peyrano, Jorge W., “El proceso atípico”, Editorial Universidad, 1993, pág. 218).----------

--- Y con referencia al objeto y título de pedir de la pretensión, puede señalarse que tal objeto cabe denominarlo bien de la vida. El bien de la vida afectado por la pretensión procesal, y envuelto, en consecuencia, en un litigio, es, por esta misma circunstancia, *el bien litigioso* sin más. Lo indispensable es, tan sólo contar con un principio de determinación suficiente del objeto reclamado. De otro lado, la pretensión procesal ha de encerrar la indicación de la actividad en que ella se traduce. Esta actividad consiste esencialmente en una petición jurídicamente significativa, es decir, una reclamación de algo, que se pide porque el pretendiente afirma su coincidencia con el ordenamiento jurídico. Tiene que haber en toda pretensión procesal la formulación de una exigencia que se sostiene como fundada en derecho. Este elemento, que, según la tesis del que produce la pretensión, viene a justificarla jurídicamente es el que se denomina *fundamento, título o causa de pedir* : *causa petendi* de la misma, y constituye el tercero y último ingrediente básico de la figura estudiada. El fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino *los acaecimientos de la vida en que se apoya*, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se refiere. El fundamento de la pretensión no es lo que permite al Juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al Juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse. Por ello, la invocación del fundamento no opera como justificante, sino como determinante de la pretensión misma, tal como ahora se estudia. … la petición que comprende la pretensión procesal tiene que ir apoyada en la invocación de tales acaecimientos, los cuales se pueden denominar fundamentos de la misma, siempre que se tenga presente el sentido en que fundan la pretensión procesal: no como cimientos en que se basa, sino como muros que la delimitan (Guasp, obra y tomo citado, págs. 225/227). ----------

--- La causa, fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. Tal invocación no actúa, en rigor como razón justificante de la pretensión, sino que tiene por objeto particularizarla o delimitarla, suministrando al juez el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgar en el caso. El juez, en efecto, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es inmanente a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (*iura novit curia*). No es por lo tanto la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado

efecto jurídico (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1967, T. I, pág. 397).----------

--- Y desde que el contenido de la alegación comprende dos categorías, una referida a los datos de hecho y otra, los datos de derecho, ello significa que la invocación de la norma a aplicar nada tiene que ver con la pretensión. Se trata de una alegación jurídica, esto es, cual es a criterio de la parte el derecho a aplicar según su invocación. Y la tarea de subsumir la norma, o sea la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, es tarea del juez conforme al principio *iura novit curia*.----------

--- A su vez, el contenido de la alegación lo constituyen, evidentemente, dado el concepto de este acto, aquellos datos lógicos que la parte lleva al proceso para proporcionar al Juez los instrumentos en que ha de basar su sentencia. Se sabe ya que este material lógico, que integra el contenido de la alegación, pertenece a dos grandes categorías: datos de hecho y datos de derecho. a) Datos de hecho son aquellos que consisten en la invocación de un acaecimiento natural o fáctico, que sirve a la parte para argumentar su posición procesal. b) Datos de derecho son, por el contrario, los constituidos por la invocación de normas jurídicas, es decir, de preceptos de derecho en que basa la parte las peticiones que produce ante el Juez. Esta diferenciación, dentro del contenido de las alegaciones procesales, reviste una gran importancia por el distinto papel que asumen, con respecto a cada uno de los elementos señalados, el Juez y las partes. Dentro del rigor del estricto principio dispositivo, el Juez no podrá aportar datos de hecho. Pero, en cambio, ningún inconveniente existe, y legal y teóricamente se admite, que, con respecto a las normas de derecho, el Juzgador pueda desempeñar un papel activo, es decir, utilizar como instrumento de su fallo, en cuanto motivación jurídica, preceptos que ninguna de las partes haya invocado o que hayan sido manejados errónea o defectuosamente por las mismas: *iura novit curia* (Guasp, obra y tomo citado, págs. 319/320). ----------

--- De tal modo, conforme al principio *iura novit curia* el juez ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, pág. 420, y cita de fallos). ----------

--- El *iura novit curia* consiste en que los jueces letrados aplican el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal el derecho y se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez a quien corresponde calificar la esencia del pleito y aplicar la norma jurídica pertinente. Con arreglo a tales pautas, la calificación de la acción y la determinación de la norma o derecho aplicable es materia reservada al juez -*iura novit curia*-, quien puede y debe corregir cualquier error de las partes en punto a esta calificación o aplicar un precepto distinto al invocado. Conforme a la regla “iura novit

curia” los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo con independencia del invocado por las partes. Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1984 y 1986, T. II-A, págs. 613/614, y T. II-C, págs. 73/74, y citas de pronunciamientos, respectivamente).----------

--- Con ese alcance, se señala que el problema más importante con respecto a los datos de hecho consiste en su deslinde frente a los hechos que constituyeron el título o causa de pedir de la pretensión. Pero no es posible dar una regla general que establezca, con seguridad, tal deslinde, sino que hay que remitirse, en cada caso, a la interpretación de la pretensión procesal y de los razonamientos complementarios que la parte formule (Guasp, obra y tomo citado, pág. 319).----------

--- Así, en tanto el juez no altere los hechos suministrados por las partes “en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él” (Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, 3ra. ed., 1962, par. 181, pág. 286). El juez calificará la relación jurídica (material o procesal según el caso), con sujeción a los principios comunes que rigen su actividad en el proceso. Calificar la relación jurídica importa determinar la norma que la rige, porque la acción se individualiza por los hechos y son los hechos en realidad los que determinan la norma (Alsina, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 2da. ed., 1957, T. II, par. 30/1. c), pág. 249). ----------

--- Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 37, pág. 115). ----------

--- Por ello, la sentencia debe respetar el principio de congruencia. ----------

--- Ahora bien, ¿qué se entiende, más ampliamente, por congruencia de la sentencia? Puede ser definida como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila (Guasp, obra y tomo citado, pág. 517). ----------

--- Dicho principio se vincula a la forma como ha quedado constituida la situación procesal, y se correlaciona con las pretensiones y oposiciones concretadas en la debida oportunidad mediante las peticiones correspondientes.----------

--- En ese contexto, por ejemplo puede adoptarse un criterio amplio en la aplicación del principio *iura novit curia* para así considerar, por ejemplo, una argumentación jurídica efectuada por la parte al expresar agravios que si bien surge de hechos que no resultaron controvertidos no fue postulada al contestar demanda. Es criterio adoptado por esta sala “B” c. 22.463, S.D.C. 19/08.----------

--- En ese mismo direccionamiento, con relación a eximentes de responsabilidad no invocadas se señala que no se infringe entonces el principio de congruencia, a pesar de que el factor liberatorio no haya sido aducido por el demandado, pues se está siempre ante el problema de si la acción misma se encuentra fundada en derecho. No cabe acoger una pretensión si, por algún motivo, su legitimidad resulta enervada (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños: El proceso de daños”, T. 3, Editorial Hammurabi, 2da. ed. 1997, par. 27.d), pág. 248). ----------

--- Por tales consideraciones, a pesar de que la posibilidad de utilizar o no las escaleras internas del edificio no fue alegado expresamente por las partes, ese hecho hace a una circunstancia que forma parte del cuadro fáctico dentro del cual las partes desplegaron sus relatos, pues a ese respecto cabe considerar particularmente que la codemandada hizo mención expresa a que el trabajador resolvió tratar de escalar el andamio por decisión personal lo que permite considerar de modo implícito que aludió a la existencia de otros medios para ascender a los pisos de la obra. ----------

--- Por ende, no habrá incongruencia cuando aún no planteados en la demanda del actor como fundamento de su pretensión, los hechos sean introducidos al proceso por el demandado al momento de ensayar sus defensas (Simón, Luis María, “Justicia civil y congruencia”, en “Revista de Derecho Procesal 2007 – 2: sentencia - I”, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 136). ----------

--- Por lo demás, se concluye que el respeto a todo trance y en cualquier supuesto de los límites fijados por la ortodoxia procesal a lo que puede otorgarse judicialmente sin

incurrir en incongruencia *extra petita* atenta contra el sentido común, un bien entendido servicio de justicia y hasta para los intereses de los propios requirentes que son los primeros y único beneficiarios del principio de congruencia (Peyrano, Jorge W., “La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable”, en Revista de Derecho Procesal antes citada, págs. 112/113).----------

--- De tal modo, el accionante se encontraba facultado para producir prueba con la finalidad de demostrar que al tomar la decisión de utilizar el andamio no fue por voluntad propia, por lo que no hubo violación del principio de congruencia.----------

--- Por otra parte, se reitera que el dato referido a la posibilidad o no de utilizar las escaleras del edificio no formó parte del razonamiento dirimente del juzgador. Es más, aun cuando se considerara que se podían utilizar dichas escaleras, la circunstancia de que el trabajador usara el andamio no eximía de responsabilidad a la codemandada ante la falta de medidas adecuadas de seguridad a su respecto, sumado a las adversas condiciones climáticas, motivo por el cual el elemento andamio era a ese momento una cosa riesgosa conforme lo prescripto por el art. 1113 del Código Civil.----------

--- Por ello se desestima la queja vertida.----------

--- 3. Entiende la codemandada apelante que el Juez a quo realizó un interpretación arbitraria de la prueba producida ya que no consideró la totalidad de los testimonios rendidos que demuestran que el Sr. C. -por decisión propia- utilizó un andamio que no estaba en uso, por lo que era de aplicación el art. 1113 del Código Civil en cuanto a la culpa de la víctima. Considera que la interpretación de los testigos H. y S. es arbitraria por apartarse de datos que obran en la causa y que debieron ser tenidos en cuenta en atención a su importancia. Manifiesta que el Juez a quo se equivoca al expresar que el testigo S. nada dijo respecto si en el accidente podían utilizarse las escaleras internas de la obra. ----------

--- Al respecto, si bien es cierto que el testigo S. respondió afirmativamente a la pregunta acerca de si al momento del accidente se podía utilizar las escaleras interiores de la construcción (respuesta a la 16ª pregunta, interrogatorio de fs. 143 y acta de fs. 144/vta.), ya se señaló al punto que antecede que dicha circunstancia no resulta relevante toda vez que la patronal debió impedir que se utilizara el andamio pues al momento del accidente ese elemento era una cosa riesgosa por las razones ya vertidas. ----------

--- Respecto del cuestionamiento que formulara la recurrente en cuanto a la valoración dada por el Juez a esa declaración al pretender extraer de la respuesta Nº 21 (referente a que es muy común que los obreros utilicen andamios en lugar de escaleras) una condición de “aceptabilidad” ya que la declaración debe ser analizada en su totalidad considerando que el actor tenía como trabajo hacer veredas, que el andamio no estaba

puesto para ser utilizado por los obreros sino que “quedaron ahí”, y que es una apreciación personal del testigo, por lo que la referencia a la habitualidad no significa que su parte permitiera el uso de los andamios como escaleras, corresponde precisar que si bien tales expresiones resultan conforme al testimonio prestado (respuestas a las preguntas décima segunda, vigésima, vigésima primera, fs. 145/vta.) ello no produce mengua alguna en la atribución de responsabilidad que le cabe a la empleadora pues si el andamio quedó ahí, no estaba puesto para ser utilizado por los obreros y no se permitía su uso, es evidente que la hoy codemandada debió extremar las medidas necesarias para prohibir su utilización. ----------

--- En este aspecto, debe señalarse que el juzgador a fs. 315 vta./316 puntualizó respecto de las condiciones de inseguridad que presentaba el andamio que ***deberían haber puesto en alerta a la empleadora para proceder a desarmarlo, o en caso contrario dotarlo de las medidas mínimas y máximas de seguridad para evitar un accidente, accidente cuya potencialidad había sido advertida por la ART con anterioridad al mismo conforme surge de la documental de fs. 233 y siguientes; también el día 26 de junio de 2006 -vale recordar que el infortunio se produjo el día 27 de ese mes y año, o sea solo un día después- en el programa de reducción de siniestralidad -fs. 235- en los puntos 8 y 9*** ... ----------

--- Es decir, la potencialidad del accidente ante las condiciones que presentaba el andamio había sido advertida por la ART el día anterior al suceso, por lo que resultaba altamente probable la ocurrencia del mismo ya que la empresa había sido advertida de ello en distintas oportunidades, tal como se precisara en el fallo en crisis a fs. 316, primer párrafo. Por eso, carece de toda relevancia si el uso de los andamios era o no habitual o si la empresa no permitía su uso, pues ello no eximía a esa parte de la obligación de adoptar los recaudos necesarios para impedir su utilización, por ejemplo desarmarlo, o en caso contrario de mantener el mismo dotarlo de las medidas adecuadas de seguridad para evitar un accidente, tal como también lo precisara el sentenciante a fs. 315 vta., último párrafo.----------

--- Tales consideraciones deben hacer extensivas respecto al alcance que le atribuye la apelante a las declaraciones de G. y O., aunado al testimonio de S., en el sentido de que era común, usual, que podían utilizarse las escaleras. ----------

--- Lo mismo ocurre respecto al cuestionamiento que se efectúa del testimonio de H. al plantear dudas acerca de su atendibilidad y poder de convicción por no resultar con claridad que hizo el testigo y el actor hasta las 11:30 horas, sumado a que el propio actor confesó que ese día se encontraba en el segundo piso, pues las observaciones realizadas a dicho testimonio tienden en definitiva a cuestionar su declaración con relación a la imposibilidad de utilizar las escaleras internas, aspecto sobre el cual ya se señaló que la posibilidad de su uso no eximía a la patronal de responsabilidad.----------

--- A su vez, la mayor parte de los agravios vertidos a continuación, inclusive los referidos a que se ignoró sin justificación la declaración de O. entre otras, se centra

básicamente en el mismo razonamiento en cuanto a que ante la existencia de otros medios disponibles para subir el accionante por su decisión personal asumió el riesgo de escalar un andamio, lo que permite hacer remisión a los fundamentos ya brindados para desestimar este tramo de la queja.----------

--- Nótese que la apelante pretende con el razonamiento efectuado demostrar la culpa (hecho en realidad) de la víctima cuando en realidad si se trata de un factor objetivo de atribución de responsabilidad el dueño o guardián no se libera acreditando que de su parte no hubo culpa pues a la víctima del hecho dañoso le basta con la acreditación del perjuicio (daño) sufrido, la calidad de dueño o guardián de la cosa, el riesgo o vicio de la cosa, y la relación causal entre la intervención de la cosa y el daño. A su vez, para que el dueño o guardián se exima total o parcialmente de responsabilidad deberá probar la existencia de causal eximente de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero).-

--- Esto es. Cuando existe responsabilidad objetiva no basta con que el dueño o guardián acredite la diligencia debida pues ésta es insuficiente para liberarlo de responsabilidad.----------

--- Así, el dueño o guardián será tenido por responsable civilmente a título de riesgo creado, si no prueba que en la producción del evento dañoso existió una causalidad que le fue ajena, se trate del hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, en los términos previstos por el art. 1113 del Código Civil.----------

--- Dicho de otro modo, la admisión de la responsabilidad por el daño “causado por el riesgo de la cosa” ha significado acoger en el ordenamiento argentino la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa, conocida como “teoría del riesgo creado”, conforme la cual se habrá de responder “no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del cual, como condición *sine qua non*, provino el daño, bastando con la trasgresión objetiva que importa la lesión del derecho ajeno (resultado dañoso) (Trigo Represas - Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”, Editorial Hammurabi, 1992, T. 2, págs. 347/348). ----------

--- Como ya se ha dicho, los factores objetivos son los que no tienen en consideración la reprochabilidad de la conducta del responsable sino alguna otra razón por la cual es justo provocar el desplazamiento de las consecuencias económicas del daño sufrido por una persona hacia otra ... Existe responsabilidad objetiva toda vez que la prueba de la diligencia debida es insuficiente para liberar al sindicado como responsable (Mosset Iturraspe, Director, “Responsabilidad civil”, Editorial Hammurabi S.R.L., 2a. reimpresión, 1997, Kemelmajer de Carlucci y Parellada, Capítulo X, “Factores objetivos de atribución”, par. 88, pág. 188). ----------

--- Cuando la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa, o sea no es imputable moralmente al sujeto autor del hecho, el factor de

responsabilidad es objetivo por prescindir de la persona. Teniendo en cuenta que el fundamento de la responsabilidad tiene carácter objetivo y el factor atributivo es el riesgo creado, de nada sirve al dueño o guardián probar que de su parte no hubo culpa. Para eximirse de responsabilidad sólo le resta demostrar la interrupción del nexo causal, mediante la alegación y prueba de un hecho extraño al riesgo de la cosa, que interfiera en el proceso y tenga virtualidad suficiente para determinar por sí solo el daño ocasionado. (Bustamante Alsina, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, 9a. ed. act., 1997, par. 922 y 1066, págs. 381 y 421, respectivamente).----------

--- Cuando el daño se produce en virtud de que ha actuado una cosa que presenta riesgo o vicio, con arreglo a lo establecido por el art. 1113, segunda parte, *in fine*, del Código Civil, los responsables son el dueño o guardián de la cosa que lo generó, salvo que se demuestre que la conducta de la víctima (o de un tercero) ha excluido o limitado la responsabilidad de aquéllos generando causal o concausalmente el evento dañoso o que la cosa ha sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil ...”, Lexis Nexis Argentina, 2008, T. II, págs. 662/663).----------

--- Y esa conducta de la víctima debe presentar eficiencia causal toda vez que si el hecho de la víctima carece de aptitud para generar el daño el sindicado como responsable no se libera.----------

--- En ese direccionamiento, sólo tendrá aptitud suficiente para quebrar el nexo causal si el comportamiento de la víctima mantiene una relación causal relevante con el hecho productor. Corresponde distinguir entre causa adecuada (antecedente idóneo para producir el resultado) y condición, que son los demás antecedentes o factores de ese resultado (Cam. Nac. Cic., sala L, 03/05/98, “M., F. c/ F., C. s/daños y perjuicios”). Para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (Cám. Primera de Apel. Civ. de La Plata, 03/03/98, “R. de P. c/ G. s/daños y perjuicios”) (fallos citados en “Accidentes de tránsito - III”, págs. 341 y 367, respectivamente, Rubinzal – Culzoni, 1998).---------- En ese contexto, surge con toda evidencia del razonamiento dirimente del sentenciante que la causa adecuada del evento dañoso acaecido fue que la empleadora no adoptó las medidas necesarias tendientes a la no utilización del andamio, por ejemplo su desarme, o en su caso, las adecuadas en materia de seguridad a fin de permitir su uso sin generar riesgos a los trabajadores (ver fs. 315 vta., parte final del último párrafo, y fs. 316 vta. segundo párrafo). O sea que no fue causa adecuada del siniestro habido la “decisión personal” del actor al “tratar de escalar un andamio” como sostiene la codemandada, pues en todo caso la utilización del andamio por el trabajador operó como mera

condición, insuficiente como tal para liberar siquiera parcialmente al sindicado como responsable.----------

--- Para ello, corresponde destacar en primer término que en materia de causalidad tenemos que recordar que examinando la cuestión a través del prisma de la “causalidad adecuada” (art. 906, Cód. Civil), para establecer en el plano jurídico si un suceso es causa de otro, es necesario realizar *ex post facto* un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese evento, según el curso ordinario de las cosas. Corresponderá, por tanto al sindicado como responsable para liberarse, demostrar que aquella condición no fue la causa eficiente del perjuicio, es decir, habrá de aportar la prueba de que el daño reconoce una procedencia extraña a su obrar o a las cosas bajo su guarda, por la inserción de una circunstancia anormal o extraordinaria en el proceso causal (Goldenberg, Isidoro H., “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, La Ley, 2da. ed., 2000, par. 66, págs. 175 y 176, respectivamente).----------

--- La teoría de la causa adecuada, recogida por el texto actual del art. 906, Cod. Civ., distingue entre “causa” que es el antecedente, que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idóneo para producir el resultado, y “condición”, que son los demás antecedentes o factores de ese resultado (Salas - Trigo Represas - López Mesa, “Código Civil …”, Depalma, 1999, T. IV-A, pág. 389).----------

--- Tales fundamentos conduce a desestimar esta porción de la queja.----------

--- Señala también la apelante que es imposible determinar si la caída se produjo o si el resbalón no se originó en el desvanecimiento o pérdida de conciencia transitoria del accionante. Entiende que existió culpa y responsabilidad sujetiva de C. al ocultar información esencial para determinar la asignación de sus funciones al postular que los médicos no pueden saber si en ese preciso momento no padeció alguna deficiencia propia de su patología anterior. Todo ello vinculado a la postura defensista asumida al contestar demandada al sostener esa parte que el actor ocultó al momento del examen preocupacional la existencia de una patología neurológica (hemorragia intracerebral y malformación arterio-venosa cerebral, ver fs. 48/vta.).----------

--- En tal sentido, el fallo de la anterior instancia a fs. 316, segundo párrafo, precisó respecto de esa argumentación ***como defensa de exculpación el hecho de que C. C. haya ocultado al momento de practicársele el examen preocupacional que era aquejado por una patología neurológica y que haya sido ésta -según la demandada la que provocó un desvanecimiento y posterior caída en altura- no ha sido tan siquiera mínimamente acreditado en autos, lo cierto es que la lógica indica que nada tuvo que ver la posible enfermedad del actor respecto al infortunio***.----------

--- Así, del cotejo del agravio con el fundamento del juzgador surge que la misma apelante pretende vincular la omisión incurrida por el actor al momento del examen preocupacional con el evento ocurrido mediante una argumentación meramente conjetural ("... los médicos no pueden saber si en ese preciso momento no padeció alguna deficiencia propia de la patología anterior ...", fs. 336 vta.) (el subrayado es propio), a cuyo respecto bien destacó el fallo que dicha parte no acreditó esa defensa exculpatoria, sin perjuicio de señalarse que en todo caso esa omisión sólo opera como condición y no como causa adecuada del siniestro.----------

--- Por lo demás, el razonamiento seguido a continuación por el sentenciante (fs. 316 y vta., segundo y primer párrafo, respectivamente) permite destacar que el nexo de causalidad resultó por el incumplimiento de la empleadora a las normas de seguridad e higiene, en particular en todo aquello vinculado al trabajo en altura, a pesar de las reiteradas advertencias de la ART.----------

--- En resumen, no hubo en la actuación de la víctima falta alguna como para poder atribuirle siquiera parcialmente responsabilidad en el siniestro conforme al art. 1113 del Código Civil y bajo el prisma de la "causalidad adecuada" en los términos contemplados por el art. 906 del citado ordenamiento, por lo que corresponde también desestimar esta queja.----------

--- 4. Formulan queja las partes actora y codemandada ya que el decisorio impugnado desestimó la demanda respecto de la ART.----------

--- 4.1. Disiente el accionante con el juzgador por considerar que el comportamiento de la ART fue insuficiente y tardío pues a pesar de haber detectado en forma temprana dichas irregularidades no denunció tales inobservancias a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a fin de que se adoptaran las medidas de compulsión necesarias, multas y demás sanciones previstas en la ley. Señala que la ley de riesgos de trabajo impone en su art. 4, inc. 1, tanto a los empleadores como a las ART, la obligación de adoptar las medidas lealmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, en tanto que el art. 14, inc. 1, establece el deber de las ART de denunciar ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad del trabajo. Hace también referencia a diversos fallos de la C.S.J.N. ("Torrillo", "Bustos", "Galván", y "Soria") acerca de la responsabilidad civil indemnizatoria de las ART.----------

--- En tales condiciones, cabe advertir que del escrito de inicio obrante a fs. 8/12 y vta. surge claramente que el actor promovió demanda con sustento en el ordenamiento civil ("... *vengo a entablar demanda ... conforme la normativa civil ... corresponde por tales normas civiles ...*", p. 2, fs. 8), y que incluso planteó la inconstitucionalidad de diversas normas de la LRT (p. 6, fs. 9 vta.).----------

--- Se evidencia entonces que el trabajador le atribuyó responsabilidad a la ART por estimar que "*La Art también resulta responsable y debe responder ante su grave omisión de no haber controlado el estado de las condiciones de trabajo, al no ejercido tal cual era su deber el debido contralor de que en dicha obra se cumplieran con las*

normas de seguridad del trabajo -culpa in vigilando- tal como lo establece la legislación vigente conforme se explicitara ut supra" (p. 4, fs. 9, penúltimo párrafo).----------

--- Ese encuadre dentro de la normativa civil fue observado por el juzgador a fs. 313 al precisar que ***esta causa fue iniciada por el Sr. J. V. C. C. pretendiendo el cobro de la reparación integral conforme las disposiciones contenida(s) en el Código Civil*** ... También al señalar a fs. 314 que ***el punto central a resolver pasa por saber si puede atribuírsele a la demandada responsabilidad civil en la producción del evento dañoso, y en caso afirmativo, si puede extenderse la misma a la ART***.--------

---

--- Y en ese marco el fallo de la anterior instancia desestimó la demanda respecto de la LRT al considerar a fs. 316/vta. ***los ingentes esfuerzos de la aseguradora para que D. S.R.L. se atenga, cumpla, acate las disposiciones legales, de esta manera no abrigo ninguna duda que de parte de la ART se hizo todo lo posible para evitar un accidente de trabajo de las características como el de autos, siendo así, de lado quedará la imputación de responsabilidad a esta codemandada***.----------

De tal modo, si bien la ART puede ser demandada con sustento en el ordenamiento civil lo cierto es que en el ejercicio de esa acción civil el actor debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño (C.S.J.N., S. 1478. XXXIX, Recurso de Hecho. "Soria, Jorge Luis c/ RA y CES S.A. y otro", considerando 5º), del voto de los Dres. Lorenzetti y Fayt, www.csjn.gov.ar).----------

--- En tal sentido, existen marcadas diferencias entre el régimen de responsabilidad civil y el previsto por la ley 24.557 que no solo se traduce en una distinta significación económica sino también en cuanto a los hechos que se atribuyen y prestaciones a cubrir en cada caso.----------

--- Desde ya que ello no significa que una aseguradora de riesgos del trabajo no pueda ser legitimada pasiva en una acción entablada con fundamento en el ordenamiento civil, más precisamente en el art. 1074 del Código Civil.----------

--- Se trata de que el deber de responder de las ART según el derecho común no encuentra obstáculo en lo preceptuado por el artículo 39, inciso 1º, de la ley 24.557, pues esta norma, con los reproches conocidos que recibiera por parte del más alto tribunal de la Nación en el precedente "Aquino" (*Fallos*: 327:3753), sólo pretende eximir de responsabilidad civil al empleador (ya en base a un factor subjetivo fundado en la culpa u objetivo) pero no incluye en su texto a las ART. Por ello la CSJN aseveró que, tratándose de los daños a la persona del trabajador, derivados de un accidente o enfermedad laboral, no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, en el caso de que se demuestren los presupuestos exigibles, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación,

cuanto el nexo causal adecuado -excluyente o no- entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales (Vázquez, Gabriela Alejandra, “Responsabilidad Civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Presupuestos”, en Revista de Derecho Laboral. Ley de Riesgos del Trabajo – III, Rubinzal - Culzoni Editores, 2010, pág. 168 y nota nº 1, con cita de los autos “Torillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, C.S.J.N., 31-3-2009, *Fallos*: 332:709).----------

--- Esto es. Si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho común los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la medida que le sea imputable al menos a título de culpa (arts. 512, 902, 1109 y 1074 del Cód. Civ.) (Vázquez, comentario citado precedentemente, pág. 174).----------

--- Y respecto del caso “Torrillo” la mayoría de la Corte Suprema entra ya a analizar decididamente el fondo del tema, ratificando y profundizando lo ya dicho con anterioridad, estableciendo ya como doctrina firme y definitiva, la posibilidad de condenar civilmente a la ART respecto de los daños laborales, siempre “que se demuestre que existió un nexo de causalidad adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o cumplimiento defectuoso por parte de la ART de sus deberes legales” (considerando 8º del voto de la mayoría) (Schick, Horacio, “Riesgos del trabajo: temas fundamentales”, David Grinberg Libros Jurídicos, 2009, pág. 202). ----------

--- Y ese criterio vinculado a la necesidad de demostrar los presupuestos del régimen de responsabilidad previsto por el ordenamiento civil, entre ellos el nexo causal adecuado entre la conducta omisiva de la aseguradora y el daño, había sido ya expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, en autos “Rivero, Mónica Elvira por sí y en representación de sus hijos menores E., S. y E., N. P. c/Techo Técnica S.R.L.”, del 03/12/02, R. 8. XXXVI, y R. 10 XXXVI, Recurso de Hecho, y reiterado en las causas “Soria, Jorge Luis c/ RA y CES S.A. y otro”, del 10/04/07, S. 1478. XXXIX, Recurso de Hecho, y “Galván, Renée c/ Electroquímica Argentina S.A. y otro”, del 30/10/07, G. 3067, XXXVIII, Recurso de hecho. Criterio consolidado en el caso ya citado “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A.”, del 31/03/09, T. 205, XLIV, Recurso de Hecho, en el que se señaló que “ ... no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales” (considerando 8º).----------

--- En tales condiciones, conforme al criterio restrictivo de la Corte es posible promover acción a fin de responsabilizar civilmente a una aseguradora de riesgos de trabajo por

daños sufridos por un trabajador que deriven de un accidente o enfermedad laboral, siempre que se acredite, entre otros presupuestos, el nexo de causalidad adecuado entre los incumplimientos habidos por la ART y tales daños.----------

--- Así y en el marco de la acción civil intentada, ante las negativas formuladas por la ART en su escrito de contestación en el sentido que no es responsable en los términos del art. 1074 del Código Civil y que eventualmente la omisión de sus deberes no tienen relación causal con el accidente ocurrido (p. III.5., fs. 53 vta), se advierte que el actor no acreditó el nexo de causalidad adecuado entre los incumplimientos que le atribuye a la ART y el suceso dañoso acaecido.----------

---- Por otra parte, se observa que el actor al formular su queja sostiene que la ART "... a pesar de haber detectado en forma temprana dichas irregularidades que a la postre darían lugar al evento dañoso, la misma no denunció tales inobservancias a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo tal cual era su obligación legal" (fs. 328, penúltimo párrafo) (el subrayado me pertenece).----------

--- Sin embargo, debe señalarse que el mentado incumplimiento que le enrostra a la ART no fue invocado al atribuirle la responsabilidad a esa codemandada, pues en tal sentido al demandar alegó que la ART "... debe responder ante *su grave omisión de no haber controlado el estado de las condiciones de trabajo, al no ejercido, tal cual era su deber el debido contralor de que en dicha obra se cumplieran con las normas de seguridad del trabajo* ..." (p. 4, fs. 9, penúltimo párrafo) (la cursiva me pertenece).---------

--- O sea, en su escrito de demanda invoco en sustento de su reclamo la falta de control de las condiciones de trabajo y de las normas de seguridad, y en ese marco la ART en su escrito de contestación de demanda alegó como defensa haber dado cumplimiento con las obligaciones a su cargo para lo cual brindó un pormenorizado detalle del accionar llevado a cabo (ver p. V, fs. 54/55 y vta.----------

--- Así, teniendo en cuenta los datos introducidos en los escritos de demanda y contestación y conforme al principio de congruencia el sentenciante arribó a la conclusión que la ART había efectuado los esfuerzos necesarios para que la empleadora cumpliera con las disposiciones legales a fin de evitar un accidente de trabajo, para lo cual ponderó la documental agregada a la causa y de la que resulta el detalle de incumplimientos (fs. 233/234) y el programa de reducción de siniestralidad (fs. 235/240), sin perjuicio de las recomendaciones acordadas y el cronograma de ejecución (fs. 241/249).----------

--- De tal modo, se evidencia con claridad que la cuestión referida al incumplimiento de denuncia ante la SRT fue recién introducida al expresar agravios, y al resultar extemporánea por no haber sido capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C. veda toda consideración.---

--- También alega el actor al formular agravios que la ART no le brindó la atención médica que le correspondía al sufrir el accidente, brindando información sobre las sucesivas internaciones habidas (fs. 328 vta.).----------

--- En tal sentido, la omisión que le imputa a la ART no fue dato invocado en demanda como sustento de la responsabilidad que le atribuye a la ART, conforme surge del escrito de inicio a fs. 9, punto 4, ya aludido, por lo que su tardía alegación en esta instancia no puede ser considerada ante la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C.----------

--- Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 60, págs. 165/166).----------

--- Es que, al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4°, del C.P.C.C.).----------

--- Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los arts. 274 y 280 del citado ordenamiento, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas oportunamente por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia.----------

--- Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 (274) del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) (art. 280) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 29 y 60, págs. 76 y 166, respectivamente).----------

--- Incluso quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357).----------

--- En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre

puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177).----------

--- A su vez, el actor cuestiona que no se extendiera la condena a la ART con relación a la diferencia por el porcentaje de incapacidad ya que le abonó el 25%, en tanto que se le otorgó el 68% en la junta médica celebrada (en realidad 58%, fs. 317 vta. de la sentencia), debiendo también aclararse que posteriormente sostuvo que debía reconocerse una incapacidad del 70% (ver fs. 329 vta. y 330).----------

--- Al respecto, no es dato controvertido que se determinó un 25% de incapacidad en sede administrativa y que el actor percibió la indemnización correspondiente a ese porcentual (demanda, fs. 9 vta. y 10 vta.; contestación, fs. 54; expediente agregado por cuerda Nº 9762, Año 2008, Letra 9762).----------

--- Y ante el porcentaje de incapacidad fijado en sede administrativa el accionante interpuso recurso de apelación judicial en los términos previstos por el art. 46 de la ley 24.557, y ello originó la formación de la citada causa Nº 9762/2008, la declaración de incompetencia de la Justicia Federal, y finalmente su radicación ante el Juzgado Laboral de la ciudad de Trelew sin que se activara su tramitación.----------

--- Así, el trabajador al interponer el citado recurso judicial previsto en la LRT pretendió que la ART le abonara el total de la incapacidad que a su entender debía fijarse.----------

--- Por eso, con relación al agravio en análisis resulta que el accionante no pretende que la ART sea condenada “in solidum” por el total de la condena con inclusión de la indemnización por daño moral, como bien señala el Dr. De Cunto, sino que en esta porción de la queja pretende que la condena contemple la diferencia entre el porcentaje de incapacidad determinada en sede administrativa y la establecida en el fallo en crisis.-

--- Esto es. La pretensión de condena que recién se introduce ante la Alzada escapa a la acción civil pues se circunscribe a los términos contemplados por la LRT.----------

--- Ello permite destacar la posibilidad que algunos autores contemplan de acumular esta pretensión tarifada contra la ART de modo subsidiario -respecto de la cual el empleador resulta ajeno- a la demanda civil por reparación integral, por entender factible esta acumulación por razones de economía y también para evitar decisiones contradictorias sobre los mismos hechos.----------

--- Sin embargo, en el presente caso el actor promovió de modo exclusivo la acción civil pues dejo fuera el sistema tarifado de la ley 24.557, e incluso peticionó la inconstitucionalidad de diversas normas de la LRT (“art. 39 inc 1”, “21 21, 22, 46, y 49 disposic. adicional tercera de la ley 24.457”, p. 6, fs. 9 vta.).----------

--- De tal modo, claro resulta que al interponer la acción de derecho común no promovió subsidiariamente la acción tarifada para obtener la condena de la ART en el marco de la LRT. Por ello, mal puede introducir recién al expresar agravios la pretensión de que la

aseguradora de riesgos del trabajo sea condenada por la diferencia del porcentaje de incapacidad en el marco de la LRT.----------

--- Se trata de una pretensión a todas luces extemporánea que de concederse violaría indefectiblemente el principio de congruencia, para lo cual me remito a las consideraciones ya realizadas al punto 2 que antecede sobre tal principio.----------

--- Nótese tal como ya se señalara que ante la demanda promovida por el actor por responsabilidad civil la ART contestó la misma en el contexto de esa responsabilidad atribuida.----------

--- Claro está que, por amplias que sean las facultades de los jueces en virtud del principio “iura novit curia”, ellas no lo son tanto como para alterar los términos de la laitis, acordando al actor lo que no pidió en su demanda. La sentencia de la causa, en materia civil, debe limitarse a lo que ha sido objeto de litigio entre las partes. La decisión de los jueces ha de ser congruente con la forma como ha quedado trabada la litis. El fallo no debe sobrepasar las pretensiones oportunamente planteadas por las partes (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. II-C, págs. 35 y 79, cita de fallos).----------

--- En resumen, el actor no promovió con carácter subsidiario la acción tarifada en los términos de la LRT, por lo que la pretensión recién introducida en esta instancia es extemporánea y afecta el principio de congruencia.----------

--- Por tales razones corresponde el rechazo del recurso impetrado por el actor.----------

--- 4.2. Corresponde ingresar al análisis del agravio de la codemandada empleadora al peticionar en subsidio que se condene a la ART en forma solidaria a abonar la suma resultante de la eventual condena.----------

--- Para ello sostiene que no resulta procedente exculpar a la ART con la sola referencia a sus recomendaciones sobre las medidas de seguridad. Entiende que la afirmación del juzgador resulta una afirmación desconectada de la realidad de la obra el 26 de junio de 2006 ya que el andamio no estaba siendo utilizado como herramienta de trabajo.---------

--- Sobre el particular basta con hacer remisión al análisis efectuado al tratar la queja del actor al considerar que debía atribuirse responsabilidad civil por omisión de sus deberes a la ART, aspecto que ya fuera desestimado.----------

--- Solamente reiteraré que el evento dañoso acaecido tuvo como causa adecuada la falta de adopción de medidas de seguridad por la empleadora, ya sea para impedir su utilización mediante su desarme o en caso contrario dotarlo de las medidas necesarias para su utilización, de modo que las advertencias sumadas a las recomendaciones efectuadas por la ART no caben entenderse como limitadas temporalmente al momento en que el andamio fuera utilizado como herramienta de trabajo como pretende equivocadamente sostener la patronal.----------

--- Argumenta asimismo la codemandada que resulta inexplicable que no se condene a la ART al pago de la indemnización conforme a la ley 24.557 como consecuencia de la incapacidad derivada del siniestro. Afirma que contrató a la ART a fin de cumplir con su obligación y que por ese vínculo debía responder económicamente a fin de mantenerla

indemne en la medida del seguro contratado ante la ocurrencia de accidentes laborales. Agrega que por ese motivo la citó y que el fallo recurrido violó el principio de congruencia al no expedirse sobre lo peticionado subsidiariamente en cuanto a condenar a la ART al pago de las sumas que correspondieran conforme la real incapacidad (58%) del actor.----------

--- Nuevamente cabe advertir ahora con relación a la empleadora que la pretensión no radica en que la ART sea condenada a pagar en forma solidaria el total de la condena, sino la diferencia del porcentaje de incapacidad que resulta entre el fijado en sede administrativa y el ahora determinado judicialmente.----------

--- Hago un paréntesis para destacar que la Resolución Nº 35.550/2011 de la Superintendencia de Seguros de la Nación autoriza a las aseguradoras autorizadas a operar en el ramo Responsabilidad Civil para operar en el seguro de Responsabilidad Civil por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en exceso a riesgos amparados por la ley 24.557. Así, resulta factible que los empleadores se aseguren por su responsabilidad civil en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales respecto a aquellos riesgos no cubiertos por la LRT.----------

--- Con tal salvedad, y respecto a la queja de la empleadora por haber requerido la citación de la ART, advierto que dicha citación resulta cuanto menos cuestionable pues el actor al promover acción civil no demandó subsidiariamente por el sistema tarifado de la LRT.----------

--- Sin embargo, no resulta necesario ingresar al estudio del criterio amplio según el cual podría reconocerse al empleador la posibilidad de citar a la ART en la medida del seguro al contestar demanda, pues resulta dirimente que ante la citación de la ART requerida por la empleadora (ver punto IX, contestación de demanda, fs. 52), el juzgador desestimó la misma por haber sido demandada la ART (“ ... A la citación como tercero obligado de ART I. S.A., no ha lugar en virtud de encontrarse co-demandada en autos”, providencia de fs. 57).----------

--- Y esa providencia se encuentra firme, por lo que resulta de aplicación el principio de preclusión.----------

--- De acuerdo con el principio de *preclusión*, en cambio, el proceso se halla articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquéllos que se ejecutan fuera del período que les asignado (Palacio, ob. cit., 2da. ed., 6ta. reimpresión, T. I, par. 53, pág. 279). Sabemos que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada. Mediante la clausura definitiva de cada una de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o produzcan con posterioridad resultan ineficaces (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1982, T. I, págs. 621/622).-------

--- En tales condiciones, la codemandada empleadora consintió el rechazo de la citación de la ART, por lo que la clausura de esa etapa quita toda eficacia a aquellos actos cumplidos posteriormente.----------

--- De tal modo, resulta improponible que se introduzca nuevamente esa cuestión al expresar agravios, haciendo notar nuevamente que la ART contestó la demanda conforme a la acción civil promovida por el trabajador por lo que no tuvo posibilidad de ejercer sus derechos respecto de un citación en garantía que si bien fue solicitada por la codemandada apelante fue desestimada.----------

--- Así, de extenderse la condena a la ART en virtud de la citación requerida se afectarían los principios de preclusión y congruencia y como consecuencia el derecho de defensa, por lo que corresponde el rechazo del agravio.----------

--- 5. Finalmente se agravia la codemandada por el daño moral fijado ya que la discrecionalidad del juzgador debe tener pautas que permitan conocer los criterios que sustentan la determinación del monto, por lo que no puede ser lo que al juez se le ocurra, sino que debe haber una mínima fundamentación de la procedencia de la condena por ese rubro y del monto que se establezca. Manifiesta que no es aceptable que toda condena derivada por responsabilidad civil originada en un siniestro laboral apareje inexorablemente el derecho a una compensación por daño moral.----------

--- Al respecto, el fallo en crisis al determinar la suma de $15.000.- en concepto de daño moral no brindó fundamento alguno acerca de su procedencia y de su monto.----------

--- Pero ello no impide señalar que existen razones más que suficientes para determinar la procedencia del rubro y que resultan de la pericia médica rendida en la causa referidas a la magnitud de la incapacidad laboral de carácter parcial y permanente fijada en el 58% y secuelas del accidente (secuela de traumatismo sin lesión medular con rigidez permanente de columna, y pérdida ósea en cráneo mayor de 5 cm. de diámetro, p. D), fs. 291 vta.), intervenciones quirúrgicas habidas y tiempo de recuperación (fs. 290 y vta.), y estado actual que porta el actor ante el examen médico practicado (ausencia de sector de calota craneal en región parietal derecha en un área de 8x9 cm., cicatriz lineal media de 21 cm. en zona cervical posterior, impronta cicatrizal de 7 cm. de extensión en cara lateral derecha del cuello, deformación post fractura consolidada a nivel de tercio medio de clavícula derecha, manifestaciones de dolor, carencia de posibilidades de elevación de los miembros supriores por encima de la línea de los hombros, en la funcionalidad del sector cervical se aprecia dificultad por rigidez del sector, limitada movilidad de flexión, extensión, rotación e inclinación, ver examen actual, fs. 290).----------

--- De tal modo, en atención a las circunstancias antes precisadas corresponde establecer algunos criterios básicos de consuelo de determinadas penurias, con repetición de reflexiones de la filosofía medieval, y que en el caso se trata de la cuantificación de los remedios para la tristeza y el dolor, y que hace al descanso, distracción, comodidades (Iribarne, “La cuantificación del daño moral”, en “Revista de

Derecho de Daños", vol. 6, "Daño moral", Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 197, 199 y sig.).----------

--- A su vez, no cabe duda que no existe proporcionalidad alguna entre el daño material y el moral por tratarse de daños autónomos, por lo que no existe razón alguna para establecer una relación entre ambos resarcimientos.----------

--- Nuestra doctrina y la jurisprudencia más reciente, se inclinan por sostener que no tiene porqué existir ninguna relación ni adecuación entre resarcimiento de uno y otro detrimento, que resultan de lesiones distintas e independientes, aunque puedan provenir ambos del mismo hecho dañoso, y cuyo remedio se ha de procurar por ende mediante diferentes regímenes jurídicos (Trigo Represas-Compagnucci de Caso, obra y tomo citado, par. 25, págs. 588/589).----------

--- Pero es indudable que la fijación de la cuantía de la indemnización del daño moral, es asunto actualmente librado a la personal apreciación y decisión del magistrado, sin más guía que su intuición al efecto de esclarecer la equidad de la suma indemnizatoria (Zavala de González, Matilde, ob. cit., 1996, T. 2a, par. 157, pág. 605). Y que, todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto (Pizarro, "Daño moral", Editorial Hammurabi 1996, par. 62, pág. 340). En consecuencia, resulta innegable que la determinación del quantum indemnizatorio del daño moral queda librado al juicio prudente del sentenciante, de acuerdo con la índole del hecho generador y circunstancias del caso (Trigo Represas y Compagnucci de Caso, obra y tomo citado, par. 25, pág. 589).----------

--- Con tales pautas, al destacar la gravedad del daño, las peculiaridades de la víctima, y la necesidad de otorgar placeres compensatorios (reglas nros. 6, 7, y 9) (Mosset Iturraspe, Jorge, "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", La Ley, 1994-A, 728), en atención a las circunstancias antes apuntadas y en uso de las facultades previstas por el art. 167 del C.P.C.C., estimo que no es excesiva la suma de $15.000.- establecida en el fallo de la anterior instancia, destacando en el límite del agravio que ese monto resulta por demás prudente.----------

--- Por tales razones se rechaza el agravio.----------

--- 6. Tocante al recurso de apelación deducido a fs. 343 por el consultor técnico Dr. G. por considerar bajos los honorarios regulados a su favor en el 1% del monto de condena, corresponde señalar que ese profesional si bien compareció al examen médico realizado al actor el 14/05/10 no efectuó observación alguna en los términos previstos por el art. 475, segundo párrafo, del C.P.C.C., y tampoco produjo informe por separado.----------

--- Por ello, atendiendo a la extensión de los trabajos cumplidos y pauta contemplada por el art. 60 de la Ley XIII Nº 4, estimo que el porcentual establecido resulta prudente y

ajustado a los parámetros contemplados en la ley del arancel, por lo que se rechaza el recurso.----------

--- 7. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con imposición de costas de Alzada en el orden causado atento al fracaso de los agravios vertidos por ambas partes apelantes (art. 72 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor del letrado apoderado del actor, teniendo en cuenta en este caso asimismo que contestó el traslado de la expresión de agravios de la parte contraria, y de los letrados apoderado y patrocinante de la codemandada, en conjunto, en las sumas porcentuales equivalentes al 27% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas en primera instancia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. correspondiente.----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

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

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: ----------

--- I.- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- II.- Imponer las costas en la Alzada por su orden (conf. arts. 69 y 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A).----------

--- III.- Regular los honorarios profesionales del Dr. A. E. M. en un 27%, y los de los Dres. J. E. P. y D. E. F., en conjunto, en un 25%, en ambos casos sobre el monto regulado en primera instancia a los mismos; con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 13, y 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------

---------- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación.----------

--- 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 haber sido recusado a fs. 69 el Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17), 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:----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas en la Alzada por su orden (conf. arts. 69 y 72 de la ley XIII Nº 5 Anexo A).----------

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

--- REGULAR los honorarios profesionales del Dr. A. E. M. en un 27%, y los de los Dres. J. E. P. y D. E. F., en conjunto, en un 25%, en ambos casos sobre el monto regulado en primera instancia a los mismos; con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 13, y 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------
---

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

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2011 – SDL – CONSTE.-
cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA