En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de septiembre del año 2011, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dra. María Inés de Villafañe y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C. C. A. c/ K. K. S.A. y otra S/ Accidente" (Expte. N° 141 – Año 2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral N° 1, (Expte. 251/2007), en apelación. Conforme el sorteo practicado a Fs. 536, los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a los profesionales intervinientes? y **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

1) Antecedentes y la sentencia.

Llegan estos autos a la Alzada a los efectos de tratar los recursos de apelación interpuestos a fs. 475/476 por la aseguradora M. A. S.A., a fs. 482 por la demandada y a fs. 483/484 por los letrados de la actora por su propio derecho y como apoderados de esa parte, contra la sentencia dictada a fs. 467/474, los que están fundados a fs. 486/487 vta. por la demandada, a fs. 488/497 por la aseguradora y a fs. 499/502 vta. por la parte actora, mereciendo respuesta de la contraria solamente los agravios de la aseguradora (fs. 508/514).

La sentencia dictada a fs. 467/474 hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, condenó a K. K. S.A. y solidariamente a M. A. ART S.A. a abonar a C. A. C., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 107.000.- (Ciento Siete Mil Pesos) con más lis intereses a

la tasa activa que aplica el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde la mora y hasta el efectivo pago. Con respecto a las costas las impuso a cargo de las demandadas, regulando los honorarios de los letrados intervinientes en el proceso. A fs. 505 y por vía de aclaratoria se regularon los honorarios del consultor técnico ofrecido por la parte actora.

Para así resolver, la sentenciante trató en primer término la inconstitucionalidad planteada con respecto a los arts. 39 y 46 de la Ley 24.557 en virtud de la limitación legal que la misma provoca a los derechos amparados por los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la C.N. así como disposiciones de diversos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional. Ese disímil tratamiento, dice la Jueza, resulta contrario al orden constitucional y, en el caso, es claro que el trabajador queda en una situación más desfavorable que cualquier otro afectado. Deja constancia que la posición de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión resultó ratificada por la C.S.J.N. a partir del caso "Castillo c/ Cerámica Alberdi S.A.", citando el fallo del Alto Tribunal al declarar la inconstitucionalidad del art. 46 inc. 1 de la ley en tratamiento y culmina el punto remarcando que la L.R.T. ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado "de fuero común". Por ello resolvió hacer lugar a la inconstitucionalidad peticionada.

Adentrándose luego a la cuestión del accidente de trabajo motivo de autos, dejó sentado que el mismo está reconocido por las demandadas con lo que debe determinarse si se acreditó la relación de causalidad. Tuvo en cuenta que los testigos A., M. y D. V. S. no solo ratificaron la mecánica del accidente sino que se explayaron respecto de las tareas que debía efectuar el actor que tienen íntima relación con el infortunio. Con estas declaraciones

tuvo por acreditado que en cumplimiento de su débito laboral el actor debía desplazar cajones de pescado congelado desde las cámaras de congelado a la línea de producción para abastecerla. Para ello, se apilaban 4 o 5 cajones de por lo menos 25 kg. cada uno y se los transportaba en un recorrido de aproximadamente 50 mts. utilizando un carrito y/o un gancho. Consideró que esta tarea resultó riesgosa, que se realizaba con un deficiente medio de transporte y a lo que se debe sumar una falta absoluta de capacitación en cuanto al modo de movilizar las cajas, por lo que estimó que corresponde responsabilizar a la demandada conforme el art. 1113 del Cód.Civil.

Del análisis realizado de los testimonios, formó convicción –dice la Jueza— con respecto a la relación de causalidad entre el accidente padecido por el actor y la forma riesgosa y/o peligrosa en que debía llevar a cabo las tareas.

Con respecto a la coaccionada sostiene que no acreditó que se hubiesen tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el infortunio, sobre todo teniendo en cuenta que la forma como se manejaban los cajones de pescado se constituyó en un elemento apto para lesionar al trabajador, dejando aclarado que no se ha comprobado que el actor haya incurrido en negligencia o imprudencia.

Concluyó afirmando que el procedimiento de labor desempeñado por el actor debe ser calificado como riesgoso y apto para provocar el hecho traumático por lo que el accidente guardó relación de causalidad directa con un factor objetivo de imputabilidad atribuible a la demandada K. K. S.A. por el riesgo generado por la cosa bajo su guarda. Por ello y a la luz de lo establecido por el art. 1113 del C. Civil consideró que K. K. S.A. es responsable de la reparación del daño derivado del infortunio (conf. arts. 903 y 904 C.Civ.).

Con respecto a la responsabilidad respecto de la ART, la sentencia consideró insoslayable tomar en cuenta la doctrina sentada por la C.S.J.N.

en el caso “Torrillo c/ Gula Oil Argentina S.A. y Otro” del 31/03/09 donde la mayoría del Alto Tribunal estableció que no existe razón para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Cód. Civil por los daños a un trabajador que se derivan de un accidente o enfermedad laboral. En base a las obligaciones que dicho pronunciamiento puso en cabeza de las ART -las que menciona- afirma que M. A. S.A. no probó haber efectuado denuncia alguna ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo por incumplimiento del empleador a las normas de higiene y seguridad laboral, ni haber efectuado alguna visita al lugar de trabajo, ni haber realizado una propuesta de capacitación al personal respecto a la forma de realizar la labor. Y en ese aspecto afirma que la ART -conforme la Ley 24.557- es la especializada en lo que corresponde a la seguridad, estando encargada de diseñar lo que el empleador debe hacer para tutelar la salud psicofísica de los trabajadores. Por ello -continúa diciendo- es aplicable lo previsto por el art. 902 del Cód. Civil. Por estas razones y lo que sentó la doctrina de la CSJN ya referida, consideró que debe admitirse la condena de la ART.

Continúa luego remarcando que la Comisión Médica N° 19 en dictamen del 18/09/06 modificó la calificación de “enfermedad inculpable” efectuada por la ART para decidir que se trató de un accidente de trabajo por lo que la misma debió continuar brindando las prestaciones que allí se indicaron. Esta decisión no fue cuestionada por la ART por lo que no puede continuar pretendiendo -dice el fallo- que nos encontramos frente a una enfermedad inculpable.

Analizando la conducta de la aseguradora, la sentencia llega a la conclusión de que se desentendió del actor en una actitud claramente irreflexiva y temeraria.

Concluyendo el punto sostiene que las prestaciones exigibles a la ART conforme la ley específica no son sólo atinentes a la prevención de los

infortunios laborales sino que tiene obligaciones a cumplir con posterioridad al accidente relacionados con la asistencia médica adecuada y el otorgamiento de prestaciones dinerarias y/o en especie al trabajador. Si no cumple con las obligaciones legales debe ser responsable como cualquier sujeto de derecho y debe reparar -dice la Jueza a quo- de manera integral y con ajuste al derecho común los daños que tengan relación de causalidad adecuada. Es por ello que impone la condena solidaria a la ART.

Seguidamente trató el punto relativo a la incapacidad que dejó como secuela indemnizable el accidente de autos. Hace referencia al dictamen pericial médico el cual concluyó que la lumbociatalgia izquierda padecida por el actor provino y tiene relación causal con el esfuerzo realizado para evitar la caída de la estiba de cajones apilados que pesaban 35 kg. cada uno y que estableció una incapacidad del 10% de la total obrera al actor. Con respecto a lo informado por los estudios complementarios concluyó que ello no guarda relación con el evento.

En lo que hace a los baremos para fijar el porcentual de incapacidad sostuvo que son pautas indicadoras dado que no sólo deben tenerse en cuenta los mismos sino todas las condiciones personales de la víctima al hacer la evaluación del daño. Teniendo en cuenta la edad de la víctima (25 años), su categoría profesional, estado civil y la repercusión de la incapacidad en su vida de relación y laboral, estimó prudente fijar una indemnización por daño material y lucro cesante de $ 85.000.- (Ochenta y cinco mil pesos) a la fecha de la sentencia.

Con respecto al daño moral lo consideró procedente dada las características del accidente, la lesión sufrida y la incapacidad sobreviniente y fijó la indemnización del mismo en la suma de $ 22.000.- (Veintidos mil pesos) a la fecha de la sentencia.

2) Los agravios de la demandada K. K. S.A.

La parte demandada K. K. S.A. plantea sus agravios en dos puntos: a) esgrime que la sentencia padece una inadecuada fundamentación y un serio déficit de motivación y que ha incurrido en un desacierto al imputar que su parte no acredita en autos mejoras de los mecanismos de las condiciones de trabajo y b) en cuanto hace lugar a la inconstitucionalidad del art. 39 ap. 1 y ss de la Ley 24.557 y haciendo responsable a su parte en forma solidaria con M. A. ART S.A.

Al pretender defender su postura sostiene que la sentencia hace caso omiso a que su parte posee ingenieros en Seguridad e Higiene que efectúan el contralor y asesoran sobre las mejoras que se pueden efectuar dentro de la planta, así como que la ART hace inspecciones periódicas de las instalaciones de la planta efectuando un contralor sobre ella y nunca fue multado y/o apercibido por la falta de alguna medida de seguridad.

Con respecto a la inconstitucionalidad declarada de las normas de la Ley 24.557 manifiesta su disconformidad con la resolución dado que ella fue creada para evitar reclamos exorbitantes que provoquen el quiebre y/o el cierre de empresas que ofrecen puestos de trabajo.

Luego esgrime que con la pericia médica se ha acreditado que las dolencias aducidas por el actor y los estudios complementarios no tienen relación causal con el siniestro objeto de estas actuaciones.

Argumenta después que la sentencia omite el testimonio del Sr. A. quien acredita que la demandada ha realizado capacitaciones a cargo del cuerpo de bomberos instruyendo a sus empleados a fin de cuidar su espalda y evitar lesiones innecesarias y lo agravia que ello no haya sido tenido en cuenta por la Jueza.

Y concluye afirmando que lo resuelto sólo deriva de la voluntad de la sentenciante o de una peculiar interpretación de los hechos y las pruebas rendidas en autos y no de una crítica razonada y valoración adecuada de circunstancias evidentes y notorias que obran en la causa.

3) <u>Los agravios de la codemandada M. A. ART S.A.</u>

El **<u>primer agravio</u>** de la codemandada M. A. ART S.A. está referido que los riesgos no están amparados por el contrato de afiliación, que hay inexistencia de cobertura ante la condena con fundamento en la normativa civil y que por ello la sentencia es arbitraria. Sostiene que en base a los arts. 1113 y 1109 del C. Civ. respecto del empleador demandado, no cabe sino el rechazo *in limine* de la demanda contra la aseguradora. Argumenta que la afiliación del empleador cubre solamente los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en los términos de la LRT, más nunca la responsabilidad civil del empleador.

Continúa el punto afirmando que se ha extendido la condena a su parte con fundamento en el derecho común sin que exista la más mínima circunstancia jurídica ni fáctica que justifique tal resolución ya que no existe razón alguna para extender la responsabilidad civil a la ART.

Hace referencia a que ha sido traída al juicio en su calidad de ART del empleador demandado, en carácter de "tercero citado", por lo que no puede ser responsable de las patologías que padece el actor.

Insiste en que como aseguradora no se obligó a cubrir los daños que pudieran originarse por la responsabilidad civil de la asegurada.

Esgrime que no corresponde que sea condenada porque la ART no asume una obligación concreta o un deber específico de previsión ni de provisión destinada al cumplimiento de normas de higiene y seguridad, por lo que ninguna responsabilidad se le puede atribuir más allá de las prestaciones que establece la Ley 24.557. Su responsabilidad, insiste, está limitada por el contrato conforme la ley mencionada.

Argumenta que no tienen función de vigilancia ni de policía de trabajo ya que las ART no están facultadas para sancionar ni clausurar establecimientos por razones de seguridad.

Insiste en que la sentenciante se ha apartado de la ley al condenarla ya que no cubre riesgos de la responsabilidad civil y que al condenarla en forma solidaria con el empleador se ha violado la Ley 24.557, tornando arbitrario todo lo resuelto.

En el **segundo agravio** hace referencia a que no ha existido incumplimiento legal de su parte. Afirma que la supuesta falta de cumplimiento con relación a las normas de higiene y seguridad de su parte no ha existido como tal. Por lo tanto, si no se encuentra acreditado un incumplimiento por parte del empleador en materia de higiene y seguridad susceptible de ocasionar las patologías que el actor invoca en la demanda, menos podría pensarse en un incumplimiento de su parte por no efectuar una actividad de contralor o preventiva. Asegura que no había nada que recomendar de su parte a la empleadora para prevenir que el actor sufriera las alegadas patologías y que los incumplimientos de los empleadores en materia de higiene y seguridad en ningún punto pueden originar responsabilidad directa de la ART.

El **tercer agravio** se refiere a que la sentencia la ha condenado por enfermedades que se encuentran excluídas de reparación por la LRT en virtud de lo dispuesto por el art. 6, ap. 2 de la misma, sin que se haya declarado la inconstitucionalidad de esa norma. Sostiene que las dolencias que surgen del informe pericial, al no encontrarse nominadas en el Decreto 658/96, no resultan resarcibles por cuanto su artículo 6, ap. 2 no les atribuye tal carácter. Es por esta razón que al contestar la demanda opuso la defensa de "falta de legitimación pasiva". No obstante ello, la a quo no se detuvo en esta defensa y la ha condenado a reparar afecciones excluídas del listado del Decreto 658/96.

Y en el **cuarto agravio** hace referencia a los "Intereses" aplicados en la sentencia citando jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires y solicitando se apliquen los intereses moratorios a la tasa pasiva del Banco

de la Provincia de Buenos Aires dado que lo fallado por la sentenciante resulta ser una indexación encubierta.

Finaliza su fundamento reiterando el planteo del "caso federal" (art. 14 Ley 48).

4) <u>Los agravios de la parte actora</u>.

El **<u>primer agravio</u>** de la parte actora se sustenta en que la Jueza a quo ha omitido pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 505 del Cód. Civil y su vinculación con el art. 277 L.C.T., con el agregado que le hiciera la Ley 24.432.

El **<u>segundo agravio</u>** lo plantea con relación al monto de la condena, el cual lo considera exiguo. Argumenta que al actor ni siquiera le dieron una faja de cintura apropiada a las tareas de esfuerzo que realizaba, o sea, que no hubo ningún tipo de prevención de parte del empleador.

Se queja del baremo utilizado para la cuantificación del daño en la sentencia y tiene en cuenta que el consultor técnico le otorgó al actor una incapacidad del 25% y que oportunamente impugnó el dictamen pericial en cuanto al porcentual de incapacidad.

También argumenta que se debió evaluar la disminución de la capacidad de trabajo que tuvo como consecuencia el hecho dañoso para el actor y que ello constituye una "pérdida de chance" que debe resarcirse con una suma superior a la fijada en la sentencia en crisis y que yerra la sentenciante cuando desestima la "pérdida de chance" el cierre de la fábrica por incendio ya que ello es irrelevante. Agrega que ambos demandados actuaron no solo con culpa sino hasta con dolo eventual por cuando no dieron elementos de protección necesarios. Concluye afirmando que la ponderación que ha hecho la sentenciante de grado ha sido claramente exigua y que amerita aumentar el monto de la reparación. Plantea el mantenimiento del caso federal.

5) <u>Tratamiento de los agravios</u>.

5.1) <u>Agravios de la demandada K. K. S.A</u>.

Los dos postulados que esgrime esta parte adolecen del mismo defecto. En el primero se afirma que la sentencia padece una inadecuada fundamentación y un serio déficit de motivación y en el segundo se agravia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 ap. 1 y ss. de la Ley 24.557, pero en ninguno de los dos casos fundamenta y/o demuestra la razón de su queja.

Pretende sustentar su agravio expresando que la empresa *"…posee ingenieros en Seguridad e Higiene, que efectúan el contralor y asesoran sobre las mejoras que se pueden efectuar dentro de la planta, como así también, la ART, hace las inspecciones periódicas dentro de las instalaciones de la planta, efectuando su contralor sobre mi Mandante y que desde ya nunca ha sido multado y/o apercibido por falta de alguna medida de seguridad o por falta de mejoras en los traslados de mercadería…"*. Sinceramente no advierto qué conclusión de la sentencia se pretende rebatir seriamente con esta afirmación la que, aun cuando fuese cierta -lo cual no consta- ninguna relevancia puede tener dirigida a modificar el resultado final del proceso aquí tramitado.

Luego hace referencia a la declaración de inconstitucionalidad que surge de la sentencia en tratamiento, sin rebatir en lo más mínimo los fundamentos de tal declaración contenidos en la misma.

Afirma que quedó acreditado que las dolencias aducidas por el actor no tienen relación causal alguna con el siniestro objeto de las presentes actuaciones. Advierto que de la pericia médica no surge tal cosa.

Y finaliza sosteniendo que la Jueza no ha valorado adecuadamente *"…circunstancias evidentes y notorias que obran en la causa…"*, pero no dice ni indica cuáles son ellas. He aquí toda la fundamentación con la que se

pretende la revocación del fallo recurrido. Adelanto que el planteo no es serio.

La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo "concreto" se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo "razonado" indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del *a quo*, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (conf. CNCiv., Sala A, 14/02/80, LL 1980-D, p. 180; ídem, Sala B, 13/06/78, ED 80-378; 15/05/79, LL 1978-C, p. 76; ídem, Sala C, 06/05/75, ED 67-206; LL 1976-A, p. 507, sum. 1671; y demás jurisprud. citada en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Cód.Proc.Civ.Com.", T. III, pág. 351).

La ley requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada esa labor de comprensión, incumbe luego a la parte la tarea de señalar cuál punto del desarrollo argumental mismo ha incurrido en una errata en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica, que llevara al desacierto ulterior

concretado en la sentencia. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada.

El apelante debe, por lo tanto, decir con claridad y corrección por qué considera la sentencia injusta, desde que las normas regulatorias del debido proceso que hacen a la esencia de la institución, comportan la necesidad de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de hacer posible el contralor jurisdiccional atribuible a la segunda instancia, a través de un juicio de ponderación razonable y no de la simple contraposición de aserciones, cerrado en sí mismo (conf. CNEsp. Civ. Com., Sala III, 07/10/74, LL 1975-D, p.426). Nótese que en ningún momento el recurrente cumple en su presentación con los postulados y/o requisitos que acabo de referir, incluso ni siquiera llega a fundamentar por qué considera que la sentencia es injusta en el punto en que se agravia.

De la lectura de la presentación en análisis advierto que estamos ante afirmaciones genéricas, impugnaciones del mismo carácter, un mero desacuerdo con lo resuelto, simples consideraciones subjetivas y disgresiones inconducentes que carecen del debido sustento jurídico.

Es de una claridad meridiana que el recurso en tratamiento carece de fundamentación suficiente, la presentación no se basta a sí misma y deben por ello considerarse consentidas todas las conclusiones de la sentencia (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1962, v. I, págs. 461 y 692; 1969, p. 306).

Por lo expuesto, propondré al Acuerdo declarar desierto el recurso concedido a la demandada K. K. S.A. (conf. art. 60 Ley XIV N° 1 y arts. 268, 269 CPCC). Así lo voto.

5.2) <u>Agravios de la codemandada M. A. ART S.A</u>.

a) Los riesgos no están amparados por el contrato de afiliación. La aseguradora sólo cubre en términos de la LRT y no por responsabilidad civil del empleador. Inexistencia de incumplimiento legal de la ART.

En primer lugar, es necesario dejar en claro que la agraviada no ha intervenido en este proceso en su carácter de *"tercero citado"* como afirma a fs. 489 sino en calidad de "codemandada". Por lo tanto, todo lo referente a dicha cuestión expresada en su queja carece totalmente de relevancia y es inconducente para decidir la cuestión en tratamiento.

Sin perjuicio de lo expuesto, la sentencia en crisis tomó en cuenta para responsabilizar a la ART la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Torrillo y otro c/ Gula Oil Argentina S.A. y otro" en la sentencia del 31/03/2009, donde por mayoría se estableció 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 del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquel, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales.

Con relación a la responsabilidad de la ART, cabe memorar que el accionante invocó que la ex empleadora y la ART omitieron el cumplimiento de las medidas de seguridad (ver fs. 61/62 y 65/66); y sostuvo, además, que la ART no efectuó el debido control en dicha empresa ni controló los elementos de seguridad.

Del análisis de la sentencia puesta en crisis y de los agravios articulados por las partes, llega firme a esta Instancia que nos encontramos frente a un supuesto típico de responsabilidad civil extracontractual.

La demandada ha instado la acción en los términos del art. 1113, 1° y 2° párrafo, Cód. Civil, esto es, endilgando a la aseguradora responsabilidad civil extracontractual con base en un factor de atribución objetivo.

Resulta menester, entonces, indagar si en autos se han cumplido con los presupuestos de tal responsabilidad.

Y a poco que se analizan, nos encontramos con la necesidad de verificar su se ha demostrado en autos la adecuación de la causa con el efecto.

El decisorio de autos sostiene que la Aseguradora no probó: a) haber efectuado denuncia alguna ante la Superintendencia correspondiente por incumplimiento, por parte del empleador, a las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo; b) haber efectuado visita alguna al lugar de trabajo; c) haber realizado una propuesta de capacitación al personal respecto de la manera más adecuada de transportar los cajones de pescado congelado. Es decir, siendo la empresa de seguros la encargada de diseñar las actividades de su afiliada en cuanto a la tutela de la salud psicofísica del trabajador, es responsable a título de culpa (arg art. 902, Cód. Civil), en el razonamiento de la Sra. Jueza *a quo*.

Entiendo, que debe analizarse la cuestión desde el prisma de la causalidad en la omisión, ya que es esta la conducta que el pronunciamiento de autos endilga a la aseguradora para hacerla civilmente responsable de la dolencia del actor.

Se ha dicho pues, que para que haya responsabilidad por omisión, debe mediar entre ésta y el resultado una directa relación causal; debe verificarse una conducta reprochable para el derecho y ello ocurre en virtud del grado de previsibilidad del evento dañoso. Es un juicio de reproche que cabe formular a quien incurre en incumplimiento de sus obligaciones (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, HJ. "Tratado de Responsabilidad Civil", T° II, Ed. La Ley, Bs.As, 2011, p. 470).

RUDOLPHI, en similar sentido que JESCHECK, a los fines de distinguir entre acción y omisión, sostiene que todo depende de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de

emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo, omisión.

Para determinar si ha habido ésta última, cabrá preguntarse, si haciendo lo que era posible, el autor hubiera evitado el resultado (en BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Ed. Hammurabi, p. 536).

La sentencia de autos nos plantea una causalidad hipotética: señala que al no haber la ART probado haber efectuado denuncia alguna, ni visita al lugar de trabajo, ni propuesto la capacitación del personal para determinar la manera más adecuada de trasladar cajones pesados, se arribó al resultado dañoso.

Y en tal sentido, sostengo que, en la medida en que las omisiones no son causales del resultado, la imputación requiere que equivalga a la causación. Esto es, esta relación entre la omisión de la acción y el resultado se dará cuando se compruebe que si el autor hubiere realizado la acción, habría sido causa de la no producción del resultado, con una probabilidad rayana en la certeza. Aun, desde un punto de vista menos exigente, sería suficiente con que la realización de la acción hubiera disminuido el riesgo de producir el resultado (Cfr. BACIGALUPO, Enrique, op. cit, p. 551).

En autos no se ha acreditado ni una cosa ni la otra.

Ese es el sentido en que se ha expedido SANTOS BRIZ, al señalar que el acto omisivo puede merecer, desde el puntote vista jurídico, el concepto de "causa" del daño, para lo cual requiere: a) que con verosimilitud rayana en seguridad se hubiera evitado el daño de haberse realizado la acción omitida; b) Que para evitar el resultado hubiese un deber jurídico de obrar.

Bien claro está que, en tanto este último requisito se encuentra verificado en autos (art. 31, inc. a), ap. 2 y 3; 19, inc. c), Dec. Reglamentario; SRT.552, del 07.12.2001, art. 6), inc. e, art. 10, Dec. 911/96, art. 1, inc. d) y 3, inc. f), Dec. 617/97; art. 4, inc. g) y 32, Dec. 249/07).

Debe señalarse además que la Corte Suprema de Justicia, tanto en su composición anterior como en la actual, exige un escrutinio riguroso de la configuración del nexo de causalidad entre la conducta omisiva reprochada a la aseguradora y el daño cuya reparación se pretende (Cfr. ACKERMAN, Mario E, "Tratado de Derecho del Trabajo", T° VI, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 44).

Por ello, ha de concluirse en que, no habiendo acreditado la conexión causal entre la omisión de las conductas que le son debidas a la aseguradora y el daño que el actor apunta, soy del criterio que la endilgada responsabilidad a la aseguradora, debe ser desestimada, admitiendo el agravio de la aseguradora.

b) <u>Condena por una enfermedad excluida de la LRT (art. 6 ap. 2) sin declaración de inconstitucionalidad de dicha norma</u>.

Se agravia la aseguradora porque se la ha condenado por una enfermedad que se encuentra excluida de reparación por la LRT, en virtud de lo dispuesto por el art. 6, ap. 2 de la misma, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma mencionada.

En nuestra legislación no resulta admisible, salvo la excepción del art. 1107, Cód. Civil, la acumulación ni la opción entre la responsabilidad contractual y extracontractual. No es posible considerar en parte a un sujeto como responsable contractualmente y en parte en la esfera aquiliana.

Habiendo dado tratamiento a la cuestión sobre la base de la inexistencia de responsabilidad civil extracontractual, tanto el análisis del agravio referido a la enfermedad excluida de la LRT, como al planteo de inconstitucionalidad de dicha norma, deviene en abstracto.

Igual situación se plantea respecto del agravio por intereses deducido por la aseguradora.

En virtud de lo expuesto, el agravio es admisible y propondré al Acuerdo su rechazo.

5.2) Agravios de la parte actora.

a) Inconstitucionalidad del art. 505 C.Civ., art. 277 LCT y art. 13 ley 24.432.

Se agravia la parte actora porque la sentencia no ha considerado su planteo de inconstitucionalidad del art. 505 C.Civ y su vinculación con el art. 277, LCT, éste último, con el agregado que le hiciera la ley 24.432.

La actora peticiona la declaración de inconstitucionalidad de las normas mencionadas que limitan al 25% la regulación de los honorarios profesionales en primera instancia a los abogados de la parte vencedora y peritos intervinientes. Considera a la normativa en cuestión violatoria de los arts. 14 bis, 16 y 18 de la Constitución Nacional, de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, de las normas constitucionales Provinciales y de la ley arancelaria de la Provincia, avanzando sobre el poder de policía local.

La petición, a mi modo de ver, no puede ser admitida y en esto comparto lo resuelto hace ya algunos años sobre el particular por la S.C.J.B.A. Con fecha 02/10/2002 en los autos "Zuccoli Marcela c/ Sum S.A. s/ Daños y Perj." (L. 77914) el Tribunal Superior de esa provincia dijo en la oportunidad: *"Las disposiciones del art. 505 del Cód. Civil, reformado por la ley 24.432 deben interpretarse en el sentido de que no existe imposibilidad de regular honorarios conforme a las leyes arancelarias locales-en el caso en un juicio en el que se indemnizó un infortunio laboral con sustento en la ley común-, sino que la responsabilidad del deudor por las costas estará acotada a parámetros coherentes con su carácter accesorio"* (del voto del Dr. de Lázzari).

"La reforma establecida por la ley 24.432 al art. 505 del Cód. Civil es una norma de derecho común porque delimita la responsabilidad del deudor por el pago de las costas –en el caso, en un juicio en el que se indemnizó un infortunio laboral con

sustento en la ley común-, lo cual implica que las provincias no necesitan ni pueden adherir a ella" (del voto del Dr. Roncoroni).

Y este Tribunal declaró la constitucionalidad de la norma sosteniendo que *"La Ley 24.432 en cuanto modifica normas sustanciales como son los artículos 505 del Código Civil y 277 de la L.C.T., tiene operatividad en todo el país porque el Poder Legislativo actuó conforme a las facultades que emanan del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, lo que implica que la adhesión de las provincias prevista en su art. 16 se refiere sólo a los dispositivos que han modificado institutos procesales nacionales…Considero que si la reforma introducida en el derecho fondal fuera considerada de naturaleza procesal (es decir materia no delegada y reservada a las legislaturas locales), la vía para neutralizar sus efectos es la declaración de inconstitucionalidad de la norma…"* (del voto del Dr. Hitters).

Por lo tanto y conforme lo expuesto, estimo que procede el rechazo del reproche constitucional efectuado por la parte actora en el escrito inicial. Atento no haber existido contradicción en esta incidencia, considero que no corresponde imposición de costas, lo que propongo al Acuerdo. Así lo voto.

b) <u>El monto de la condena</u>.

Se agravia la actora por el monto de la condena. Considera que el mismo es exiguo dado el daño culposo de las accionadas que ni siquiera acreditaron que le entregaron al actor una faja de cintura apropiada a las tareas que realizaba.

Sostiene que el consultor técnico de su parte le otorgó a la víctima un porcentual de incapacidad del 25% que es superior al otorgado por el perito y que la pericia fue impugnada en ese punto. Reitera que no puede consentir un porcentaje claramente exiguo.

También considera que es baja la suma otorgada desde el punto de vista de la "pérdida de chance" y que debe resarcirse con una suma que no es la consignada en la sentencia en crisis.

Argumenta que yerra la sentenciante al desestimar la “pérdida de chance” por el cierre de la fábrica por incendio y que ello es irrelevante. Que ambos demandados no solo actuaron con culpa sino hasta con dolo eventual y reitera -una vez más- que la suma concedida es exigua y que amerita aumentarla.

Anticipo mi opinión en el sentido de que no le encuentro entidad y solidez al agravio. Lo que sí noto es una evidente disconformidad con el monto indemnizatorio otorgado por la sentencia en crisis, pero en modo alguno surge una clara y contundente demostración por parte del recurrente de porqué el monto es exiguo y, menos aun, una fundamentación sólida que avale la procedencia del aumento del resarcimiento que pretende.

Se hace referencia, por ejemplo, a la “pérdida de chance” y a que el monto fijado para ese rubro es exiguo, cuando vemos que la sentencia ha condenado a indemnizar dos rubros: a) “daño material y lucro cesante” y b) “daño moral”; no hay un rubro específico que haya ordenado indemnizar la “pérdida de chance”. Por otra parte, el actor no ha planteado agravio alguno porque dicho rubro no haya sido considerado en la sentencia, simplemente dice que es exiguo. Aquí tampoco advierto la existencia de un agravio consistente demostrativo de error y/o falencia de la sentenciante.

Cuando hace referencia a que la sentenciante desestimó la “pérdida de chance” por el cierre de la fábrica por un incendio, no han sido esos los términos del fallo en tratamiento. En ese punto la sentencia refiere que el actor se quedó sin trabajo y que no puede considerarse tal aspecto como pérdida de chance ya que la ruptura del contrato de trabajo fue por la causal de “fuerza mayor” y no por el accidente.

Más adelante hace referencia a la existencia de *“dolo eventual”* por parte de los demandados. Advierto que en la demanda no habló de ello, por lo que mal puede ser válidamente planteado en esta Instancia por la vía del agravio.

Concluyo advirtiendo que el quejoso no demuestra al Tribunal porqué la ponderación que ha hecho la sentenciante de grado ha sido claramente exigua y que deba aumentarse el monto de la reparación.

Como puede apreciarse, hay hasta aquí una ausencia total de "agravios" propiamente dichos dignos de ser considerados por esta Cámara.

En mi opinión y conforme he sostenido en casos similares, el recurso no cumple en este punto con lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley XIV N° 1.

Del estudio de las quejas surge no se aportan elementos consistentes que refuten eficazmente lo decidido por la Juez a quo y no se canaliza un ataque real, cierto y fundado contra el pronunciamiento recurrido, sino que se ha limitado la quejosa a disentir con el trabajo de valoración hecho por la sentenciante, sin llegar a puntualizar con una crítica razonada, cuáles son los errores *in iudicando* que se pretenden subsanar con el recurso.

Es para mí de una claridad meridiana que el recurso de apelación debe declararse desierto por cuanto la actora se limita a disentir de la valoración realizada por la a quo para fijar el monto indemnizatorio y a solicitar que se aumente el mismo por la Alzada.

De la presentación surge con evidencia la carga incumplida por el apelante de demostrar al tribunal -con precisa referencia al material probatorio acumulado- la configuración de vicios *in iudicando* derivados de la incorrecta apreciación de la prueba o de la indebida aplicación de las normas jurídicas que gobiernan la cuestión.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto y fundamentado, el recurso concedido a la actora tendría que ser declarado desierto, porque las consideraciones expuestas en la pieza en examen distan de constituir la crítica razonada y concreta de los fundamentos de la sentencia apelada que el artículo 60 del ordenamiento del fuero exige como pauta de suficiencia de una exposición que aspira a alcanzar la estatura de expresión de agravios, en sentido técnico jurídico.

Por lo tanto, propondré al Acuerdo que se declare desierto el recurso de apelación incoado contra el decisorio en crisis (conf. art. 269 CPCC) toda vez que la queja desarrollada no constituye una refutación certera, pormenorizada y razonada de la totalidad de los argumentos traídos por la a quo en los términos que exige el art. 60 de la ley del fuero y el art. 268 del ritual.

Por todo lo expuesto, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA.**

6) <u>Costas de la Primera Instancia</u>

En virtud de lo dispuesto por el art. 282, del CPCC, y atento el modo en que propondré al Acuerdo la solución de la litis, corresponde readecuar las costas de la Instancia anterior, y consecuentemente imponerlas en el orden causado atento la naturaleza laboral de la cuestión y que la parte pudo considerarse con derecho a formular los planteos de que se dan cuenta, atento lo controvertido de la cuestión (arg., art. 69, 2ª. Parte, CPCC).

6) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Atento la forma como he votado en el tratamiento de los recursos de apelación concedidos a las partes, mi propuesta al Acuerdo en este punto es la siguiente:

a) Las costas por el recurso concedido a la parte demandada K. K. S.A. se le imponen en su totalidad a la misma en virtud de haber sido declarado desierto. Conforme ya es criterio de esta Cámara (entre otras SDL N° 03/10, SDL N° 06/10, SDL N° 16/10) y a los efectos de la regulación de honorarios profesionales, no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente considerándose su actividad inoficiosa (conf. Ure-Finkelberg, "Honorarios de los Profesionales del Derecho", edit. Abeledo Perrot, Bs.As. 2009, pág. 178).

b) Las costas por el recurso concedido a la codemandada M. A. ART S.A., se imponen en el orden causado con los mismos argumentos que los vertidos precedentemente, al tratar las costas de la Instancia anterior (art. 69, 2ª. Parte, CPCC).

Consecuentemente, regulo los honorarios del apoderado de esta codemandada, Dr. G. L. C., en el 30% de los que les corresponden por su actuación en Primera Instancia y los de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 4,5 % a cada uno de ellos, de los que les corresponda por su actuación en Primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

b) Las costas por el recurso interpuesto por el actor C. y en función del resultado obtenido, se le imponen a esa parte, en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), y por su labor en el planteo de inconstitucionalidad del art. 505, Cód. Civil, corresponde regular los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 4,5 % a cada uno de ellos, de los que les corresponda por su actuación en Primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

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

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes, siguiendo el orden propuesto por el señor magistrado que me precede en el voto pues razones de método expositivo así lo aconsejan.

2.

<u>Los agravios de la codemandada K. K. S.A.</u>

a) Sin perjuicio de la alegada vinculación entre los agravios, lo cierto es que la crítica a los fundamentos del fallo es confusa.

Ingresar a la queja señalando que la sentencia padece de una inadecuada fundamentación y un serio déficit de motivación, exigía de la parte la identificación puntual de los pretensos agravios, de modo de mantener la coherencia expositiva.

Lo cierto es, a mi criterio, que nada dijo K. K. S.A. en su contestación de demanda respecto a las condiciones de trabajo en que se prestaba el débito laboral reconocido, sólo se ocupó de señalar que frente al accidente de trabajo (cuya mecánica no cuestionó), cumplió con la denuncia a la ART y cualquier incumplimiento a las prestaciones que ésta debía, le eran ajenas; el otro eje fue sostener la responsabilidad solidaria de la ART.

Por lo que la queja en ese aspecto, resulta inaudible en esta instancia, por tratarse de cuestiones no sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado (art. 280 CPCC.). "*En principio, ninguna cuestión que no sea materia de impugnación es susceptible de abordarse por la alzada. No basta que la cuestión haya sido propuesta en esta segunda instancia para provocar un juicio sobre el mérito; es necesario que esté contenida en los escritos que conforman la relación procesal, o dicho de otro modo, se infringe este principio cuando el fallo recae sobre puntos planteados recién en la expresión de agravios o en el escrito recursivo. Esta directiva se encuentra plasmada en los arts. 266 y 272 del CPCC, con lo que se quiere indicar que esta Alzada se ve impedida de estimar agravios que importan el reemplazo de los sujetos activo y pasivo, la transformación del objeto inmediato o mediato de la pretensión o la alteración de la causa, pues en estas materias la primera instancia tiene efectos preclusivos*.(CC Sala 2 LM RSI-25-00 - 22-8-2000)(Base elDial.com - W12F38).

b) El cuestionamiento a la declaración de inconstitucionalidad del art 39 ap.1 LRT, tampoco reúne los recaudos que la técnica recursiva exige. No es crítica ni concreta ni razonada porque no rebate las conclusiones de la señora jueza, y por otro lado reitera los argumentos sostenidos al contestar demanda. No pone en evidencia por qué, en el caso concreto, la reparación por vía de la indemnización especial prevista en la ley 24.557 hubiera constituido reparación integral de los daños sufridos, esto es, que no se produjo una diferencia cuantitativa de tal magnitud, que vulnere las garantías de igualdad y propiedad. *"La exclusión de la vía reparadora del Código Civil prevista en el art. 39, inc. 1º de la ley 24557 no resulta, por sí misma, constitucionalmente censurable, sino sólo en la medida en que se demuestre que el desarraigo del principio "alterum non laedere" que aquella norma reglamenta comporta un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación*." (CSJN 21/9/04 "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA". Del voto de los Dres Belluscio y Maqueda).

Es por lo expuesto, que acompaño al Sr. Magistrado que me precede en el voto, en que la fundamentación del recurso es insuficiente proponiendo la deserción del recurso de K. K. S.A.

3. <u>Los agravios de la codemandada M. A. ART S.A.</u>

3.1. Resultan a mi criterio conexos los agravios de la parte que se sostienen en la inexistencia de cobertura ante la condena con fundamento en la normativa civil y ante el procedimiento judicial incoado e inexistencia de incumplimientos legales para reprocharle .

Comenzaré señalando que participo del criterio que señala que, a los fines de considerar la posibilidad que la compañía aseguradora de riesgos del trabajo deba responder extracontractualmente, es menester que quien pretende tal extensión de responsabilidad alegue y pruebe que ha existido

un nexo de "causalidad adecuada" (cfr. arg. art. 901 y sgts., Código Civil), basado en el incumplimiento de un deber legal de vigilancia o previsión y que de ello se derive la producción del daño que se pretende resarcir (cfr. art. 1074, Código Civil.).

El art. 1074, Código Civil, contempla un supuesto de responsabilidad por la omisión de un deber legal, donde se le reprocha al agente el no adoptar una conducta que le resultaba jurídicamente exigible y que, de haber sido cumplida, habría evitado o disminuido la posibilidad del daño. Para que tal responsabilidad proceda es además menester, que la conducta omisiva guarde nexo de causalidad adecuado con la producción del daño.

La Corte Suprema de Justicia en el caso "Torrillo" (Torrillo, Atilio Amadeo y otro vs. Gulf Oil Argentina S.A. y otro s. Recurso de hecho 31/03/2009 RC J 1724/09) que cita la sentenciante, ratificó el criterio restrictivo 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, dando precisiones 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).

De conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, la apelante contestó demanda en la línea jurisprudencial de la Corte Federal a la que se

aludiera, haciendo expresa mención de que el actor no alegó en concreto cuáles eran los incumplimientos de su mandante y menos aún la existencia de nexo causal entre la supuesta omisión o negligencia de la aseguradora y el accidente laboral sufrido. Niega en definitiva que se dieran los presupuestos que hicieran viable su responsabilidad.

Desde ese lugar, el demandante debió identificar cual fue el deber incumplido por la ART que asocia a la producción del accidente, esto es, cuál ha sido el recaudo omitido por el empleador que la ART, de haber cumplido con sus funciones preventivas, pudo probablemente haber coadyuvado a evitarlo. Y esa carga probatoria le incumbía a la actora.

Ahora bien, frente a la imputación genérica formulada por la actora, y la negativa a la falta de cumplimiento de la ART, la señora jueza señaló *" En concreto, no habiéndose acreditado en autos, dadas las características de las tareas realizadas por el actor, que se hubieran indicado mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo sobre todo en cuanto al transporte de elementos evidentemente pesados e inestables por trayectos considerables, y/o un concreto plan de mejoramiento de las condiciones evidentemente riesgosas en las que el actor cumplía su tarea se revela el incumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo- , por lo que en virtud de la doctrina de la C.S.J.N. ya referida, debe admitirse la condena de la aseguradora de riesgos del trabajo."*

Las omisiones de los deberes de control y prevención por sí solas no autorizan a establecer una regla general y abstracta, que las erija automática e inexorablemente en condición apta para producir el resultado dañoso con prescindencia del curso normal de los acontecimientos.

En tal sentido no hay prueba en el expediente que me permita concluir, que las omisiones referidas, hubieran sido idóneas para excluir el peligro y detener el curso de los acontecimientos que desembocaron en el perjuicio sufrido, esto es, no se acreditó que el accidente se originó en alguna omisión culpable de la aseguradora. En definitiva lo ausente en el caso y en el marco

de los presupuestos de atribución de responsabilidad, es el adecuado nexo causal entre la omisión y el daño. *"Atribuirles responsabilidad por omisión a las aseguradoras de riesgos de trabajo frente a un infortunio laboral, sólo porque la ley les encomienda controlar las condiciones de seguridad y adoptar medidas para evitar accidentes, excede el alcance que razonablemente puede atribuirse al art.1074 del Código Civil, pues de tal criterio se seguiría que las aseguradoras, así como la Superintendencia del ramo y el Estado mismo fueran solidariamente responsables de todos los accidentes cuya prevención encajase en sus competencias"*(CNAT Sala III Delgado c/ Fundicar y otro" "5/10/06*)."El deficiente ejercicio del deber de control en materia de higiene y seguridad no puede generar responsabilidad con independencia del nexo causal adecuado, ya que este es requisito indispensable para la procedencia de la acción resarcitoria* (CSJN Fallos 321:2144 y sus citas; 323:3745, entre otros).

Por lo dicho, propongo al Acuerdo admitir los agravios que en este sentido ha formulado la codemanda M. A. ART S.A. y declarar que resulta abstracto expedirme sobre la inconstitucionalidad del art. 6to ap 2 de la LRT y sobre los intereses que aplicó la señora jueza.

En consecuencia, deberá revocarse parcialmente la sentencia en tanto extendió la condena a M. A. ART S.A..

3.2 Conforme lo dispone el art.282, la modificación del fallo en este aspecto, importa readecuar las costas y los honorarios de la anterior instancia.

Para ello no me es ajeno que el rechazo de la demanda contra la ART lleva implícita la imposición de costas a la actora (art 57 Ley XIV N°1) pero en los términos del art 69 2do.párrafo del CPCC, estimo adecuado eximirla de las costas. Tengo presente para así resolver, que se trata de un proceso laboral y que aún cuando se ha reclamado por las normas de derecho común pero derivados de un accidente de trabajo, en materia de costas, deben ser interpretadas conforme los principios esenciales del derecho laboral cuales

son el principio protectorio y el de orden público. La extensión de la responsabilidad civil a las ART resulta una cuestión discutible tanto en doctrina como en la jurisprudencia que procuran dar claridad a las cuestiones derivadas de la Ley de Riesgos de Trabajo. Es por ello que, más allá del resultado, atendiendo en definitiva a aquellos principios, he de proponer al acuerdo la imposición de las costas por la demanda rechazada respecto de M. A. ART SA en el orden causado.

Así lo voto.

4. <u>Los agravios de la actora</u>

4.1. <u>La omisión en resolver la inconstitucionalidad del art. 505 del C.C.</u>

Asiste razón a la actora que la Sra. Jueza de grado omitió resolver respecto de la inconstitucionalidad del art. 505 del CC. y su vinculación con el art.277 de la LCT (agregado por la ley 24432) peticionado por la parte en la instancia anterior. Conforme lo autoriza el art. 281 del CPCC, y ante la petición concreta de la parte al expresar agravios, corresponde me expida sobre ello.

El art.10 de la Constitución Provincial establece que toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por la constitución, otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantía que ella asegura , son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces.

Es claro que en el control de constitucionalidad difuso impuesto a los jueces reconoce determinadas limitaciones, rigiendo la regla de la autolimitación o presunción de constitucionalidad de las normas. Esta se basa en que la contradicción entre la ley y la constitución debe ser palmaria, clara y manifiesta; debe tratar de otorgarse a la norma la interpretación que sea compatible con la misma al tiempo de juzgar; en caso de duda se debe

resolver a favor de la constitucionalidad y la declaración se presenta como ultima ratio, ya que exhibe un caso de extrema gravedad institucional. (cfme. Ciancardo Juan "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad"Ed. Ábaco, Bs.As. 2004, pág.89).

Según surge del texto expreso de las normas de marras, (art. 505 Código Civil y art. 277 Ley 20744) la responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados, no excederá del 25% del monto de sentencia, laudo o transacción. En cuanto a las regulaciones de honorarios se realizarán conforme a las leyes arancelarias locales, por lo que no existe desplazamiento del régimen provincial en detrimento de otro especial. Por otra parte, la facultad de establecer normas procesales no puede considerarse en manera alguna, privativa de las provincias, puesto que en numerosos casos el Congreso Nacional se ve precisado a dictarlas con el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar. (CSJN Fallos 137:307; 138:154 y 157; 141:254; 162:376; 247:524; 265:30; 299:45).

Así y en el caso puntual de la ley cuya inconstitucionalidad se procura, de sus antecedentes parlamentarios, se desprende que dicho límite a la responsabilidad por el pago de los honorarios más no a su regulación, tuvo por objeto asegurar el acceso a la justicia de todos los sectores de la población que con frecuencia ven dificultado el ejercicio de sus derechos, debido a la onerosidad de los honorarios profesionales y demás gastos del proceso.

No se advierte, en el caso concreto, cuál es el reproche a la constitucionalidad de la norma, que amerita la declaración extrema que se

pretende. *“La Ley 24432 posee normas que resultan operativas y no necesitan para su aplicación en las provincias de la adhesión planteada en su art. 16, entre ellas su art. 8 que incorporó un nuevo párrafo al art. 277, LCT, estableciendo un tope del 25 % del monto fijado en la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, en concepto de costas. En consecuencia, el citado artículo, por el carácter que reviste en razón de la sustancia de lo que regula -responsabilidad en materia de costas por incumplimiento de la obligación principal- no requiere adhesión alguna, resultando entonces aplicable en el ámbito provincial, sin que ello implique vulnerar en modo alguno la autonomía local. Cabe señalar que la CSJN ha reiterado e inveteradamente declarado la constitucionalidad de la facultad del Congreso Nacional de dictar normas procesales con el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar.* (Sciandra, Eduardo Antonio vs. Celulosa Argentina S.A. y otro s. Daños y perjuicios. Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 12-03-2003; Rubinzal on line; RC J 153/06) . *”El art. 505 del Cód. Civil, modificado por la ley 24.432 -en cuanto establece un tope del veinticinco por ciento para el pago de costas- no es inconstitucional. Ello es así en razón de que se trata de una disposición de derecho común y que establece un límite y los alcances de la responsabilidad por las costas, lo que es materia propia de la competencia federal (arts. 5 inc. 12, 121, y 126 de la Constitución Provincial)”.* ("Rubilar Zenen Matías y otra c/ Molina Edgardo Atilio s/ Cumplimiento de contrato." SCBA 1999 Base elDial.com - W117AB).

Concluyo desestimando la inconstitucionalidad del art.505 del CC y por su vinculación, la del art.277 in fine de la LCT.

4.2. <u>El monto de condena</u>

Cuestiona la apelante que la estimación del daño es exigua y más allá de la dificultad de efectuar una crítica minuciosa, cuestiona dos parámetros: el primero el baremo utilizado y la pérdida de chance.

a) El baremo utilizado: La crítica no es suficiente. La señora jueza ha dado cuenta en su fallo que la secuela incapacitante y por ello indemnizable, es la lumbociatalgia izquierda aguda padecida por el actor y es en tal sentido que el perito estableció una incapacidad del 10% de la total obrera. Descartó el profesional como vinculada al evento, la radiculopatía crónica leve L5 derecha sin actividad y compensada por colaterales axonales. Tales conclusiones llegan firmes a esta instancia.

La señora jueza señaló que la observación del consultor técnico trasunta su disconformidad sin objetivizar las causas que lo llevan a determinar un 25% de incapacidad.

Persiste en el agravio trasuntando esa disconformidad y debo señalar que el consultor técnico al tasar la incapacidad incorpora como patología comprensiva para su determinación *"la hernia de disco no comprobada quirúrgicamente con presencia e signos clínicos objetivos, por tomografía computada y trastornos electromiográficos e inoperable(según consideración del Perito Médico Oficial)"*.

Debe concluirse entonces que la crítica al baremo utilizado, por la sola circunstancia de resultar el previsto en la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales Dec 659/96, no tiene entidad para descalificar el informe pericial, máxime cuando en definitiva, la referencia que lleva a determinar la conclusión del consultor técnico no se ajusta a la considerada por el perito oficial.

Al no encontrar sustento en explícitas motivaciones objetivas carece de fundamentación la queja, por lo que el agravio en este aspecto no reúne la suficiencia técnica que le exige el art. 268 del CPCC.

La pérdida de chance:

Debo señalar que la señora jueza desestima este rubro requerido en forma autónoma, sin que por ello haya dejado de mensurar al tiempo de fijar el cuantum indemnizatorio siguiendo las pautas del fallo "Aquino" y como parámetros a considerar "... *la repercusión de la incapacidad en la vida de relación así como los obstáculos que seguramente le ha de acarrear, ya que es lógico concluir que el actor no va a poder desempeñarse de igual manera en la actividad que venía desarrollando, a lo que se agrega la indudable dificultad con que se enfrentará al momento de pretender reinsertarse en el mercado productivo –téngase en cuenta que el 5 de marzo de 2007 (fs. 12) la empleadora comunicó el despido invocando como causa, fuerza mayor consecuencia del incendio sufrido en la planta el 24/10/06 por lo que si bien es cierto que el actor se quedó sin trabajo no puede considerarse tal aspecto como pérdida de chance, ya que la ruptura del contrato de trabajo atento la causal invocada no tiene vinculación con el accidente".*

La actora al tiempo de reclamar este ítem, circunscribió su fundamento señalando que C. perdió la posibilidad de aumentar su categoría dentro de la empresa en la que cumplía funciones hasta su accidente y pierde la posibilidad de aumentar su sueldo incidiendo ello en los aportes previsionales y consecuentemente en su haber provisional.

A ello respondió la señora jueza, señalando que el despido causado de C. (y agrego no autodespido como señala la parte), obedeció a una cuestión distinta a la del accidente (fuerza mayor) por lo que la posibilidad de ascensos dentro de la empresa queda sin sustento y la dificultad para su reinserción en el mercado laboral ha formado parte de aquellas pautas de valoración que indicó para tasar la indemnización.

Lo cierto es que incorpora en su discurso recursivo argumentos de hecho no considerados al tiempo de demandar y vedado le estaba al juez de primera instancia considerar, pues la alteración de los hechos vulnera el principio de congruencia, lo que también le está vedado a esta Alzada.(art 274 CPCC)

Luego de lo expuesto y en el marco del agravio, no ha resultado viable el cuestionamiento al criterio judicial utilizado, pues la crítica no se apoyó en basamento idóneo y no se advierten razones de hecho ni de derecho que permitan atribuir al monto acordado el carácter de exiguo, esto es que el mismo no se adecuó al principio de reparación integral que propicia la indemnización del daño de acuerdo a su índole particular y real. "*Que, como muchas veces se ha dicho, disentir con la interpretación judicial, sin suministrar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios, pues como bien lo destaca Hitters, ella no es una simple fórmula, sino un análisis razonado de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos que tiene el quejoso para considerar que ella es errónea."*("B. del S en" B. del S. S.A. c/ C. e H" s/ Sustitución de embargo" -Fallo: 96190238 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1996/04/21 Base elDial - MC2357). Por lo que propongo al Acuerdo la deserción del recurso en este punto.

5. <u>Las costas</u>

Conforme he votado, las costas en esta instancia deben resolverse de la siguiente manera.

a)Las costas por el recurso interpuesto por K. K. S.A. se imponen al recurrente. Conforme ya es criterio de esta Cámara (entre otras SDL 03/10) y a los efectos de la regulación de honorarios profesionales, no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente considerándose su actividad inoficiosa (Cfme. Ure-Finkelberg Honorarios de los Profesionales del Derecho. Pág. 178 Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2009).

b) Las costas por el recurso interpuesto por M. A. S.A. se imponen en el orden causado para lo cual valen los mismos argumentos que sostuve al tratar el agravio (art 69 2do párr. CPCC). Los honorarios de los letrados G. C., S. L. F., G. L. y V. A. F. y considerando el mérito y eficacia se regulan en

el 30 %, 4,5%, 4,5% y 4,5% respectivamente de los que resulten en la primera instancia.

c) Las costas por el recurso interpuesto por C. A. C. y en mérito de su resultado se imponen al actor vencido. (art 57 Ley XIV N° 1). Los honorarios de los abogados S. L. F. , G. L. y V. A. F. y considerando el mérito y eficacia se regulan en el 4% a cada uno y sobre el porcentaje regulado en la primera instancia.

Conforme lo expuesto, voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

A fs. 483 los letrados de la parte actora interpusieron recurso de apelación por considerar "baja" la regulación de sus honorarios practicada en la sentencia de primera Instancia. Asimismo, apelaron de la regulación de los honorarios de los letrados de la contraparte y de los peritos por considerarlas "altas".

Analizando las regulaciones de honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso que ha practicado la Jueza a quo y las pautas fijadas por los artículos 5, 6, 9 y concs. de la ley arancelaria, soy de la opinión que las mismas se ajustan a derecho y deben ser confirmadas.

Por lo expuesto, voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

A fs. 475 el abogado G. C., en representación de M. A. ART apeló los honorarios fijados a los letrados V. F. G. L. y S. L. F. y los del perito médico por considerarlos altos.

A fs. 483 los letrados apoderados de la actora apelaron, por su propio derecho, sus honorarios por considerarlos bajos y en representación de la parte actora apelaron los honorarios de los letrados de la contraparte y peritos por considerarlos altos.

A su respecto, diré que la ley arancelaria prevé un conjunto de pautas que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, entre otros aspectos. Por ello, considerando las mismas y realizados los cálculos pertinentes resultan ajustados a derecho los honorarios regulados a favor de los abogados de las partes y los del perito médico V. R. y deben ser confirmados.

Me expido a la segunda cuestión propuesta, por la **AFIRMATIVA**.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

De compartir los Sres. Magistrados integrantes de esta Cámara la propuesta que contienen mis votos anteriores, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 467/474, **DESESTIMANDO**, en consecuencia, la demanda incoada en contra de M. A. ART. S.A.

2) READECUAR las costas de la Primera Instancia por la demanda rechazada, imponiéndolas en el orden causado (art. 69, 2da. parte CPCC)

3) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del art. 505 C.Civil, de la Ley 24.432 y del art. 277 de la LCT efectuado por la parte actora.

4) CONFIRMAR los honorarios profesionales regulados en Primera Instancia (arts. 5,6, 9 y cc, ley XIII N° 4).

5) IMPONER a K. K. S.A. las costas por el recurso concedido a su parte. (art. 69, CPCC), sin regular honorarios al Dr.. D. T..

6) IMPONER las costas por el recurso admitido a M. A. ART S.A., en el orden causado (art. 69 2da. Parte CPCC), y **REGULAR** los honorarios del apoderado de esta codemandada, Dr. G. L. C., en el 30% de los que le corresponden por su actuación en Primera Instancia y los de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 4,5 % a cada uno de ellos, de los que les correspondan por su actuación en Primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

7) IMPONER a la parte actora las costas por el recurso concedido a su parte (art. 69 CPCC), y **REGULAR** los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 4,5 % a cada uno de ellos, de los que les correspondan por su actuación en Primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

8) De forma.

Asi lo voto

A LA TERCERA CUESTION la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo

Conforme mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2011.

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

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 467/474, **DESESTIMANDO**, en consecuencia, la demanda incoada en contra de M. A. ART. S.A.

2) READECUAR las costas de la Primera Instancia por la demanda rechazada, imponiéndolas en el orden causado (art. 69, 2da. parte CPCC)

3) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del art. 505 C.Civil, de la Ley 24.432 y del art. 277 de la LCT efectuado por la parte actora.

4) CONFIRMAR los honorarios profesionales regulados en Primera Instancia (arts. 5,6, 9 y cc, ley XIII N° 4).

5) IMPONER a K. K. S.A. las costas por el recurso concedido a su parte. (art. 69, CPCC), sin regular honorarios al Dr.. D. T..

6) IMPONER las costas por el recurso admitido a M. A. ART S.A., en el orden causado (art. 69 2da. Parte CPCC), y **REGULAR** los honorarios del apoderado de esta codemandada, Dr. G. L. C., en el 30% de los que le corresponden por su actuación en Primera Instancia y los de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 4,5 % a cada uno de ellos, de los que les correspondan por su actuación en Primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

7) IMPONER a la parte actora las costas por el recurso concedido a su parte (art. 69 CPCC), y **REGULAR** los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 4,5 % a cada uno de ellos, de los que les correspondan por su actuación en Primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 15).

8) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° 044 SDL. CONSTE.