--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V. D. D., S. M. c/ Provincia del Chubut y A. D. R. D. T. L. C. S.A. s/ Accidente de Trabajo” (Expte. 9 – Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 808.----------

---------- **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 demandada a fs. 748, por la parte actora a fs. 749 y por la aseguradora a fs. 750 -esta última también apela la regulación de honorarios-, concedidos a fs. 752 -donde también se aclaró la sentencia a fin de regular honorarios al letrado de la aseguradora-, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 732/743, por el cual se rechaza las excepciones de incompetencia, falta de habilitación de la instancia, falta de legitimación pasiva y de prescripción; se declara la inconstitucionalidad de los artículos 6.2, 8.3, 21, 22, 39.1 y 46 de la ley 24557; y se hace lugar a la demanda promovida por S. M. V. D. D. contra la Provincia del Chubut y ART L. C. S.A., condenando a estas últimas “in solidum” a abonar a la actora, en el plazo de diez días, la suma de $ 111.673,83, con más intereses y costas.--

--- A fs. 756/766 vta. obra la expresión de agravios de la aseguradora, a fs. 767/772 la de la actora, y a fs. 773/779 vta. la de la demandada. A fs. 783 se ordena correr con los respectivos traslados, contestando a fs. 787/790 vta. la demandada, y la actora a fs. 791/795 vta. contesta los agravios de la aseguradora, haciendo lo propio a fs. 796/798 vta. con los de la accionada.----------

--- I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos y de las respuestas a los mismos, para luego adentrarme en el análisis de unos y otras.----------

--- 1) La aseguradora cuestiona en primer lugar que se declarara la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1 de la ley 24557 sin que se hubiera acreditado el perjuicio que la aplicación de dicho sistema de reparación le habría ocasionado a la actora. Al respecto cita jurisprudencia en el sentido de que en la declaración de inconstitucionalidad debe indicarse el modo en que se habrían quebrantado los derechos constitucionales. Agrega que la actora enumeró una serie de derechos que dijo violados, mas no explicó las razones de dicha violación, destacando que la inconstitucionalidad debe declararse en concreto y no en abstracto. Como segundo agravio se queja del rechazo de las defensas de falta de acción o falta de legitimación pasiva, así como de la declaración de inconstitucionalidad del articulado de la ley 24557 que impide la cobertura de dolencias que no están enumeradas en su listado anexo, citando jurisprudencia en apoyo a su

postura. Expresa que las dolencias por las que reclama la actora no se encuentran incluidas en el decreto 658/96 ni la actividad está determinada en el decreto 659/96, siendo riesgos por los cuales su parte no percibió contraprestación ni prima alguna. También se queja del fallo cuando decide declinar la vía sistémica de la LRT bajo el argumento de que la misma significa limitaciones a quien deba accionar por un infortunio que vulnera sus derechos constitucionales. Cita jurisprudencia de la Corte Federal y de tribunales inferiores en el sentido de que el régimen tarifado configura una opción legislativa que por sí no puede considerarse irrazonable, ni importa una discriminación arbitraria.----------

--- Como tercer agravio cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 39, 8.3 y 15.2 de la LRT, legitimando la posibilidad de recurrir a este fuero y vía en busca de una reparación integral de los daños con base en las normas del código civil. Aclara que este agravio no es reiteración del primero sino que se refiere al procedimiento y fuero, mientras que en aquél hizo referencia al sistema de reparación elegido. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición. En cuarto lugar se agravia de que se rechazara la excepción de prescripción bajo el argumento de que en este caso no se debe contar el plazo desde que se evidenció la enfermedad -desde su denuncia-, sino desde que dicha enfermedad adquiriera firmeza, entendiéndose que ello ocurrió cuando la junta médica confirió el carácter de definitiva a la dolencia que invoca la actora. Considera que dicha interpretación viola lo dispuesto por el art. 44 de la ley 24557, debiéndose contar el plazo desde la primera manifestación invalidante, lo que refuerza con jurisprudencia del máximo tribunal local.----------

--- Seguidamente se queja de que se condenara a su parte de manera solidaria con la provincia empleadora, ya que su mandante fue traída a juicio en virtud del contrato de afiliación que la vinculaba con el estado provincial en el marco de la LRT, sin embargo en la especie la acción fue enmarcada dentro del derecho común, del Código Civil. Explica que su mandante, que fue traída a juicio en virtud de una relación contractual, termina siendo condenada por responsabilidad extracontractual, cuando no tiene ni por ley ni por contrato obligación de reparar daños en función de la eventual responsabilidad civil del empleador. Cita jurisprudencia a fin de sostener la exclusión de responsabilidad de su parte en la acción extrasistémica. En sexto término, y en subsidio del anterior agravio, señala que no hubo obligación alguna que su parte haya incumplido, añade que acompañó copia certificada del expediente de prevención que acredita que su parte llevó a cabo las tareas que la LRT le impone y que estaba a su alcance realizar. Agrega que de hecho el “a quo” no imputa a la ART incumplimiento alguno, no habiendo participado la misma en la creación del riesgo, ni en la producción del daño. Cita jurisprudencia extensamente.----------

--- En séptimo lugar cuestiona la valoración que se hiciera de la prueba. Al respecto indica que una valoración integral y congruente de la prueba debe conducir a una solución diversa del decisorio recurrido. En apoyo de su consideración sostiene que de

la prueba testimonial se desprende que junto a la actora trabajaban otras personas quienes no refirieron dolencia auditiva alguna, que se realizaron audiometrías, así como critica la declaración de tres profesionales porque declararon como peritos y no como testigos. En cuanto a la pericia en seguridad industrial afirma que el perito no tuvo acceso a los equipos telefónicos que utilizó la actora en su vida laboral, siendo sus conclusiones meramente conjeturales, por lo que entiende no acreditado el nexo de causalidad exigido en la responsabilidad aquiliana, ya que la prueba médica sólo determinó la existencia de la dolencia. A continuación objeta que se reconociera indemnización por el pago de gastos terapéuticos o para afrontar los mismos en el futuro, ya que los mismos deben ser acreditados en forma idónea lo que no ocurrió en el “sub lite”. Con relación al “quantum” indemnizatorio, objeta que se adoptara un parámetro de cálculo propio del ámbito laboral cuando el reclamo se enderezó por la vía civil. A ello adiciona que se omitió que la actora se jubiló por invalidez por la causa que motiva este reclamo, de allí que deba descontarse del monto reconocido el haber previsional, así como lo ya recibido por la actora en virtud de la ley 3923 por aplicación del instituto civil de la compensación. Lo contrario, agrega, representaría un enriquecimiento sin causa por parte de la contraria. Cuestiona asimismo el monto reconocido en concepto de daño moral por considerarlo excesivo, citando jurisprudencia en su apoyo.----------

--- Finalmente se agravia de la imposición de la tasa activa para el cálculo de los intereses, ya que también representan un enriquecimiento sin causa para la actora, a cuyo fin compara la tasa mencionada con el índice de inflación desde el año 2006 hasta el año 2010. Cita jurisprudencia. Para el caso de que se mantenga la tasa activa solicita se aplique la del Banco de la Nación Argentina, ya que la del Banco del Chubut es mucho más elevada que el promedio de la plaza local. Concluye con un agravio genérico como resumen de los detallados anteriormente y reitera su apelación de honorarios con sustento en la ley 24432.- ----------

--- 2) La actora contestó los agravios de la aseguradora, considerando en primer lugar que en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1 de la LRT no existió una crítica concreta y razonada. Señala que el sentenciante decidió con apoyo en el antecedente “Castillo” de la Corte Nacional, según el cual establecer la competencia de órganos distintos a los de los tribunales locales para atender los reclamos de los accidentes laborales, es inconstitucional por invadir facultades delegadas a las provincias., agregando que esto no fue rebatido en el agravio. Cita otros fallos de la Corte, destacando que se encuentra suficientemente esclarecida tanto la competencia de la justicia provincial para este tipo de reclamos, como la admisibilidad de los planteos de reparación de estos infortunios con base en el derecho común. En cuanto al rechazo de la falta de acción o de legitimación y la declaración de inconstitucionalidad del art. 6 de la LRT, también entiende que la apelante obvió los fundamentos del fallo, reiterando su postura, pero sin decir nada acerca de la violación del principio “alterum non laedere”

contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, ni ha rebatido la violación del artículo 17 del mismo texto. Remite nuevamente al antecedente “Castillo” respecto a que el trabajador puede sortear el trámite ante las comisiones médicas, aún en caso de enfermedades no incluidas en el listado correspondiente. Arguye que lo que convierte en inconstitucional al régimen de la LRT es la limitación del derecho a la vía civil del trabajador y la consagración de un marco reparatorio de alcances menores a los del C. Civil. Es así que considera que debe confirmarse el decisorio en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 6 y 39, inc. 1 de la LRT. Para la respuesta al tercer agravio se remite a lo contestado respecto a los dos agravios anteriores, ya que entiende que la contraria, sustancialmente, no agrega ni explicita una queja diversa.-----
--- En relación a la defensa de prescripción, también entiende que la queja es insuficiente, ya que nada se dice sobre la norma aplicable (arts. 4037 del C. Civil y 258 de la LCT) ni sobre los fundamentos del decisorio acerca del punto de partida del plazo de prescripción. Considera que la quejosa insiste en que debe aplicarse el art. 44 de la ley 24557 lo que resulta infundado tratándose de una acción extrasistémica del derecho común. Añade que al denunciar el siniestro, la actora desconocía las verdaderas implicancias de la enfermedad profesional ni podía sospechar el grado de minusvalía que la afectaba, es así que no tenía plena conciencia de la incapacidad. Seguidamente contesta en conjunto los agravios quinto y sexto. Expresa que en la demanda se atribuyó responsabilidad civil a la provincia empleadora en su carácter de dueño o guardián de las cosas riesgosas productoras de ruido que ocasionaron la enfermedad profesional en los términos del art. 1113, 2da. parte del C. Civil, y a la ART por haber incumplido expresas obligaciones en materia de prevención de enfermedades y accidentes laborales, concretamente por haber omitido realizar exámenes de salud, inspecciones en los lugares de trabajo y en formular el plan de mejoramiento que la LRT establecía como obligación dentro de los dos años desde el inicio del contrato asegurativo. Admite que la sentencia exhibe un déficit de fundamentación respecto a la responsabilidad de la ART, mas ello no impide que en la Alzada se revise la cuestión y se confirme el decisorio por hallarse acreditado el incumplimiento de la aseguradora. Explica que resulta aplicable la doctrina de la apelación implícita, no obstando a ello que su parte no hubiera recurrido la sentencia en ese punto por serle favorable. A fin de confirmar la condena a la ART señala que ésta no realizó ningún tipo de informe específico en relación al ámbito laboral de la actora, ni acreditó lo afirmado en la contestación de demanda respecto a las visitas de información, orientación y prevención que dijo haber efectuado. Tampoco se probó haber capacitado al personal de la empleadora, no hubo un control específico al tipo de riesgos que enfrentan los trabajadores y la pericia en seguridad e higiene del trabajo determinó que los procedimientos para la detección de enfermedades profesionales eran la evaluación de riesgos del puesto de trabajo, del trabajador mediante audiometrías semestrales, la interpretación de sus resultados y medidas correctivas como estudios de mejoramiento

sobre los equipos utilizados y la reubicación del trabajador. En síntesis reafirma que la ART debía controlar tales acciones lo que omitió.----------

--- En cuanto al séptimo agravio relativo a la valoración de la prueba, aduce que la contraria se basa en conclusiones conjeturales de un testigo, amén de que la prueba idónea para acreditar la dolencia es básicamente la pericial. Descarta la crítica a los testimonios de los profesionales intervinientes, los que no fueron impugnados oportunamente. Respecto a la objeción a la pericia, señala que si bien el experto no tuvo acceso a los aparatos utilizados por la actora, sí lo tuvo con los contratos respectivos donde se consignan, concluyendo en el carácter riesgoso de los elementos empleados, y que su utilización continua es apta para producir la enfermedad profesional en cuestión. Respecto al octavo agravio, entiende que la contraria se limita a plantear su disconformidad con la cuantía de los rubros admitida. En cuanto a los gastos médicos señala que la jurisprudencia es conteste en que basta con acreditar la necesidad de los mismos y no la prueba de sus desembolsos, a lo que agrega que la recepción de este rubro y su monto se basó en prueba documental, testimonial y pericial. Por las mismas razones considera que no resulta una mera conjetura la necesidad de gastos terapéuticos futuros. Seguidamente sostiene que no corresponde descontar las sumas percibidas en concepto de jubilación por invalidez, ya que el hecho lesivo no es la causa del otorgamiento de este último haber. Cita doctrina y jurisprudencia. Finalmente, por esta queja, alega que el monto admitido por daño moral no es excesivo y que las sentencias que cita la contraria fueron dictadas antes del año 2001, siendo un hecho notorio la pérdida del valor adquisitivo del dinero a partir de ese año. En cuanto a la tasa de interés cuestionada cita jurisprudencia de esta Cámara en el sentido de que la tasa activa compensa de modo más equitativo la morosidad y consiguiente indisponibilidad de los créditos emergentes y retribuye más justamente la “mora debitoris”, amén de satisfacer la finalidad disuasiva del litigio, elimina la especulación de las empresas y tiene una función estabilizadora del valor de la moneda. Hace alusión a jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional en lo Civil en el mismo sentido. Termina explicando que la comparación de la tasa con los índices de inflación no se hace cargo de todos los argumentos expuestos por la jurisprudencia citada, amén de que los índices comparados se encuentran seriamente cuestionados en su veracidad.----------

--- También contestó los agravios de la ART, la provincia accionada, quien se limita a responder aquellos en los que no coincide con la aseguradora. Así defiende la extensión de la responsabilidad a la ART, a cuyo fin transcribe parte de su alegato. Agrega que se acepta la responsabilidad de la aseguradora de riesgos del trabajo por varios factores, existiendo reclamos fundados en el artículo 1074 del C. Civil, esto es, el llamado cuasidelito por omisión, sosteniéndose actualmente un criterio amplio, según el cual cualquier incumplimiento de la ART en sus obligaciones de prevención justificaría

la condena a la misma. A tal fin cita jurisprudencia de la Corte Suprema y de esta Sala "B".- ----------

--- 3) La actora comienza por agraviarse respecto a la decisión sobre la incapacidad sobreviniente, considerando exiguo el monto reconocido de $ 44.817,83 en relación a la incapacidad determinada por los peritos. Objeta asimismo la fecha de inicio del cómputo de los intereses moratorios por contradecir el criterio pacífico de ambas salas de esta Cámara. En cuanto a lo primero critica que el cálculo del rubro incapacidad se efectuara exclusivamente mediante la fórmula matemática, ya que con ella se arriba a una suma irrazonable. Dice que la referida fórmula debió dejarse de lado, o al menos tomarse como un criterio indicativo más a fin de evitar que se pulverice el derecho a la reparación integral. Señala que el uso de la mencionada fórmula debe consistir en una suma tal que, puesta a un interés anual del 6% permita un retiro periódico y se amortice en el lapso de tiempo estimado de vida útil de la víctima, sin embargo considera que el resultado obtenido no alcanza para medir la proyección total del daño sufrido por la actora, ya que sólo contempla la faz exclusivamente laboral. Agrega que la Corte Federal cuestionó por dicha razón el uso de la fórmula, dado que representa un criterio de evaluación reduccionista, y que la vida humana no resulta apreciable sólo sobre la base de criterios materiales. La incapacidad del trabajador suele producir un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, lo que también debe ser objeto de resarcimiento. Reitera que el sistema de capital amortizable de la fórmula puede ser empleado como un marco referencial mínimo para el cálculo del lucro cesante, y que el mandato de la Corte a los jueces inferiores consiste en calcular las indemnizaciones en base a un prudente arbitrio judicial que contemple las circunstancias particulares del dañado como la edad, estado de salud, actividad laboral y extralaboral, repercusión en la actividad social, familiar y económica. En la especie cuestiona que no se haya considerado que la actora se desempeñaba como ama de casa y en su vida de relación, tanto en el seno de su familia, como con el resto de las relaciones. Cita jurisprudencia de esta Sala "B". A lo expuesto añade que en el cálculo de la fórmula se tomaron los ingresos de la actora conforme el salario mensual que percibía la actora al momento de la determinación de su incapacidad y que ascendían a $ 734,49, por lo que además de obviar el valor económico que representan las tareas domésticas, se congela el ingreso a un determinado momento. Entiende que no es válido tomar el ingreso de junio de 2000 de manera invariable a lo largo de un período de 18 años. Agrega que la sentencia desconoce que la actora se jubiló por invalidez a raíz de la incapacidad que la lesión auditiva le ocasionó, con lo que sus ingresos se vieron disminuidos en forma prematura. Refuerza su crítica al ilustrar que a la fecha del cómputo de los ingresos, la empleadora se encontraba en emergencia económica por lo que los sueldos se mantenían congelados, y que posteriormente se levantó dicha emergencia. En cuanto a la tasa de interés puro del 6% entiende que resulta excesiva -entiendo que se trató de un error

evidente y se quiso decir exigua- por desconocer el fenómeno inflacionario existente en el país. Resume el agravio, explicando que aun sin renunciar al uso de la fórmula, bien pudo y debió el juez apartarse de ella, adoptando otra fórmula o cuanto menos adaptar las variables ante las particularidades del caso.- ----------

--- En otro agravio objeta el porcentaje de incapacidad establecido del 43,35% como consecuencia del peritaje médico. Aduce que ello se fundamentó solamente en la pericia médica de otorrinolaringología, pero amén de ella existió una pericia médica psiquiátrica, que determinó que la actora padece depresión reactiva derivada del compromiso orgánico en el oído interno, estableciendo un 20% de incapacidad. Es así que pide que se adicione este porcentual al anterior. Respecto a los ingresos considerados señala que se tomó la suma de $ 734,49 a junio de 2000, apartándose del informe pericial contable que los estableció para el mismo período en $ 794,65. Es así que solicita que se realicen sendas modificaciones al “quantum” determinado.----------

--- Como última queja se refiere al erróneo punto de partida del cómputo de los intereses, ya que se ordenó pagarlos desde la fecha de la notificación de la demanda, cuando debió hacerlo desde la fecha de toma de conocimiento de la enfermedad profesional por parte de las demandadas o, en su defecto, desde el momento de consolidación de la incapacidad. Refiere que el decisorio es contradictorio cuando analiza la responsabilidad en el ámbito extracontractual y por otro lado remite al régimen de la mora en materia contractual. Sostiene que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias son contestes en señalar que las obligaciones resarcitorias tienen un origen extracontractual que se produce desde el día en que se causa el perjuicio y la demora en satisfacer la indemnización a partir de ese momento, acarrea a la víctima una pérdida que debe ser resarcida mediante el pago de intereses moratorios. Cita jurisprudencia de este Cuerpo. Sostiene la existencia de caso federal y denuncia la arbitrariedad de la sentencia recurrida.- ----------

--- 4) La provincia demandada contesta los agravios de la actora, expresando que no se puede discutir la utilización de la fórmula matemática porque el resultado que arroje le resulta exiguo a la actora, ya que ello dependerá de otros factores como la edad de la víctima y sus salarios. Manifiesta que la actora olvida cuál es la finalidad del uso de la fórmula, esto es que la indemnización consista en una suma que puesta a interés permita el retiro y se amortice en el lapso de tiempo estimado de vida útil del damnificado. A ello añade que la actora se jubiló, lo cual es significativo, y que el juez se extralimitó al cuantificar los años de expectativa de vida y no la de la edad jubilatoria. Arguye que la actora pretende que se cuantifique la incapacidad según un criterio de equidad, lo que no fuera requerido en la demanda, ya que en ésta utilizó la misma fórmula aplicada por el juzgador, no siendo lógico que ahora se solicite que se deje de lado la mentada fórmula.- ----------

--- En cuanto a la tasa de interés aplicada por el juez indica que resulta más que elevada conforme las tasas vigentes. Respecto al porcentaje de incapacidad

establecido entiende que la pericia no fijó tal porcentaje por lo que no resulta válido el agravio de la contraria. Por último en lo relativo al inicio del cómputo de los intereses, considera correcta la fecha adoptada en la sentencia, ya que al no haber una suma fija a pagar o la existencia de un porcentaje a cuantificar, entiende que no cabe considerar que su parte se encontraba en mora antes de la demanda. Exceptúa de la fecha establecida el cómputo de los intereses sobre los gastos futuros, lo que fuera materia de agravios de su parte.- ----------

--- 5) La demandada empleadora se agravia del decisorio, señalando en primer lugar que el juez de grado realizó una equivocada valoración e interpretación de la prueba, dado que con ella no se acreditó el riesgo como factor de atribución, ni el nexo de causalidad con el daño aducido, no habiéndose probado en concreto, que las lesiones incapacitantes de la actora provengan de su actividad o trabajo o de las cosas provistas por su parte para realizarlos. Entiende que el juzgador realiza un pormenorizado análisis de la doctrina aplicable al artículo 1113 del C. Civil, mas a pesar de las citas que realizara de la prueba testimonial y pericial, considera que con las mismas, la actora sólo probó que padece de hipoacusia y que su incapacidad consiste sólo en ello, mas no verificó que la misma se deba a supuestas labores desplegadas para su mandante. Agrega que no se probó el carácter de cosa riesgosa de la central telefónica, habiéndose determinado que el equipamiento se encuentra homologado y correctamente habilitado, así como tampoco se demostró que la actora no fuera sometida a exámenes periódicos. Resume el agravio indicando que no se acreditaron los presupuestos de la responsabilidad por riesgo de la cosa: básicamente el riesgo invocado y el nexo de causalidad adecuada entre éste y el daño padecido.- ----------

--- Se queja asimismo del rubro consistente en gastos médicos, tanto de los supuestamente realizados como de los futuros. Señala que no fueron debidamente probados, y que no es acertado sostener que se encuentran exentos de prueba. En definitiva entiende que estos rubros, al no ser acreditados, no importan un daño cierto, amén de señalar que no se demostró la necesidad de efectuar otro tratamiento que un examen audiométrico cada tres años, lo que es cubierto por la obra social. Cita doctrina y jurisprudencia acerca de la certidumbre del daño resarcible. Menciona que en el caso, si bien a tenor de las pericias existe una alta probabilidad de que la actora deba realizarse estudios cada tres años y tratamientos kinésicos, no se acreditó la certidumbre de que tenga que desembolsar los costos de los mismos, ya que serán cubiertos por la obra social quien los ha solventado hasta ahora. Se refiere asimismo a la valoración del juez de la documental de fs. 18/25, destacando que omitió observar que de la misma surge que la obra social cubre tales costos, volviendo a citar jurisprudencia al efecto. En cuanto a los intereses sobre los gastos terapéuticos futuros considera que no puede fijarse desde la fecha de interposición de la demanda, sino desde la fecha en que la sentencia adquiera firmeza, ya que los mismos aún no se han producido.- ----------

--- Cuestiona luego el rubro daño moral no sólo en cuanto a su extensión, sino también en lo que respecta a la relación de causalidad, por cuanto de la prueba rendida surge que los padecimientos no resultan graves, no se probaron las molestias sociales y familiares que alegó, ni la minoración subjetiva que marca el juez. A tenor de ello le parece exagerado el monto establecido, solicitando su revisión. Por último objeta la imposición de las costas, ya que, independientemente de los anteriores agravios, sostiene que se hizo lugar parcialmente a la demanda, ya que los rubros reclamados fueron admitidos por sumas menores a las reclamadas. Asimismo existió un rechazo parcial de la incapacidad, por establecerse un porcentaje menor al requerido, lo que se tradujo en el reconocimiento de un monto inferior al pedido. Como consecuencia de lo expuesto entiende que la actora debió cargar, por lo menos, con el 40% de las costas, siendo de aplicación la norma que distribuye las costas por vencimiento parcial y mutuo. Cita jurisprudencia en apoyo de su requerimiento.- ----------

--- 6) La actora responde las quejas de la empleadora demandada, manifestando sobre la falta de acreditación de la relación causal que la apelante incurrió en deserción ya que no intenta un razonamiento que desvirtúe la argumentación desplegada en la sentencia, declamando genéricamente que la prueba fue interpretada incorrectamente. Sin perjuicio de ello indica que se probó que los equipos de comunicación tienen el carácter de riesgosos en tanto portadores de un ruido con aptitud para producir la enfermedad profesional que padece la actora, lo que surge de las pericias practicadas en autos y que no fueran impugnadas. A todo evento añade que si bien se atribuyó responsabilidad por riesgo, en la demanda también se enrostró el factor subjetivo de atribución por la omisión en el cumplimiento de obligaciones legales en materia de seguridad laboral, lo que también fue probado.- ----------

--- En relación a los gastos médicos, considera que la recurrente omite considerar los fundamentos de la sentencia, que se basa en la prueba documental, testimonial y pericial. En cuanto a que este rubro fue y será solventado por la obra social, indica que no se probó que ello haya ocurrido en el pasado y no existen elementos para entender que ello acontecerá en el futuro. A ello añade que la circunstancia de que cuente con obra social no implica que la misma se haga cargo del total de la cobertura, citando jurisprudencia al efecto. Respecto al cómputo de los intereses por este ítem, sostiene que en materia de responsabilidad extracontractual los mismos deben computarse desde el hecho ilícito, porque ésa es la fecha de producción del perjuicio, así como las erogaciones médicas futuras reconocen como causa el hecho ilícito.- ----------

--- En cuanto al daño moral, vuelve a decir que el agravio carece de fundamento cierto, ya que al establecer la cuantía, el sentenciante valoró las diversas circunstancias probadas en autos, las que enumera y que se desprenden claramente de las pericias médicas. Agrega que para resarcir el daño moral no es exigible ni posible la prueba directa, mas las pericias hablan por sí solas del padecimiento que sufrió y sufre la actora.- ----------

--- Finalmente acerca de la imposición de costas, considera que la queja parte de una premisa falsa, ya que la provincia no venció en ningún aspecto del pleito, ya que más allá de las cuantías reclamadas y acogidas, lo determinante es la postura asumida por la apelante en la contestación de demanda, donde solicitó el rechazo total de la pretensión de la actora. Cita jurisprudencia.- ----------

--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados. Por una cuestión de orden lógico, corresponde examinar en primer lugar los agravios de la aseguradora relativos a cuestionar las declaraciones de inconstitucionalidad del régimen de la LRT y al rechazo de la defensa de prescripción, ya que de manera liminar habilitan la deducción de esta acción extrasistémica. En su caso corresponderá proseguir con el examen de las quejas relativas a la atribución de responsabilidad, y en el supuesto de rechazarse las mismas, corresponderá analizar los agravios relativos a los rubros, para culminar con los que se refieren a los intereses y costas.- ----------

--- 1) El juez de grado declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1 de la ley 24557 con apoyo en jurisprudencia de la Corte Federal, entre otros antecedentes, argumentando básicamente que la mencionada norma *“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. En suma, la competencia federal en cuestión no encuentra otro basamento que el mero arbitrio del legislador”* (ver sentencia a fs. 734, 1er. párrafo). La norma cuestionada, cabe aclarar, dispone que las resoluciones de las comisiones médicas provinciales son recurribles y se sustanciarán ante el juez federal con competencia en cada provincia. La ART en su agravio señala que la declaración de inconstitucionalidad no puede declararse de oficio, ni fundarse en consideraciones genéricas y abstractas, y que, en la especie, la actora adujo la violación de determinados artículos de la Constitución, mas no acreditó ni explicó concretamente, de qué manera la norma atacada infringe derechos constitucionales (ver fs. 756/757, pto. II, 1).- ----------

--- Ante todo cabe señalar que es dudoso que no se puedan emitir declaraciones de inconstitucionalidad de oficio. Es que más allá de que desde un marco teórico no comparto tal tipo de declaraciones de oficio, no es menos cierto que la Corte Suprema en el antecedente “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación BCRA) s/ quiebra”, del 19/08/04 (Fallos 327:3117; JA 2005-III-441), parece haber convalidado la declaración de inconstitucionalidad de oficio, al dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema bonaerense que a su vez había casado un decisorio de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, con el argumento de que esta última había declarado una inconstitucionalidad de oficio. La Corte Nacional recordó entonces, que la norma cuya inconstitucionalidad había sido declarada oficiosamente por la cámara ya había sido declarada inconstitucional en otro antecedente por la misma Corte Federal. Es cierto

que autorizada doctrina constitucionalista entiende que este precedente no sentó doctrina en el sentido de admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Así se ha señalado que sería equivocado afirmar que a partir del caso “Banco Comercial de Finanzas” una mayoría de la Corte Suprema habría admitido, con carácter general, que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de oficio Y ello es así porque cuando la Corte Suprema reprochó a la Corte bonaerense que hubiera casado la sentencia de la Cámara lo hizo, teniendo especialmente que esa casación había sido efectuada “con olvido de que la constitucionalidad del referido decreto había sido ya desestimada por esta Corte en Fallos 320:1386”. Es así que si se toman los hechos relevantes de “Banco Comercial de Finanzas”, se advierte que, al revocar la sentencia apelada, la Corte Suprema, a pedido de parte, resolvió, por un lado, reiterar la declaración de inconstitucionalidad de un artículo, perteneciente a un decreto, que ella ya había declarado tal siete años antes (conf. Garay, Alberto F.: “Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio”, JA 2008-II-1404; Lexis Nº 0003/013793).- ----------

--- De acuerdo a lo anteriormente expuesto, cabe indicar que en la especie no hubo declaración de inconstitucionalidad de oficio, ya que la actora expresamente lo requirió en la demanda (ver fs. 45 vta., pto. VIII y 48/49, pto. VIII C). Pero además, el juez al declarar la inconstitucionalidad del art. 46, inc 1 de la LRT no hizo más que seguir la jurisprudencia de la Corte Federal, que ya había dispuesto dicha declaración con anterioridad, por lo que el supuesto de autos presenta las mismas características que el de “Banco Comercial de Finanzas”. En efecto el 07/09/04 la Corte Federal dictó sentencia en el caso “Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.”, y declaró la inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 46 de la LRT en cuanto al atribuir a la justicia federal la competencia para conocer en una materia de derecho común -como lo es la relacionada con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales- la sustrae de la competencia de los tribunales ordinarios, que es lo que corresponde de acuerdo con las normas constitucionales. Con el propósito de reforzar la inexistencia de materia federal en el régimen de riesgos del trabajo, y haciéndose cargo de que la LRT suele ser presentada por el Gobierno como un subsistema de la seguridad social, la Corte expresa que “las alegaciones de la recurrente en torno de la inserción de la Ley de Riesgos del Trabajo en el terreno de la seguridad social nada aporta a favor de su postura por cuanto las normas de esa disciplina, supuesto que el presente régimen sustancial cayera dentro de su ámbito, se encuentran *“ratione materiae”* expresamente inscriptas en el varias veces citado artículo 75, inciso 12. De ahí que, no por ser órgano de alzada la Cámara Federal de Seguridad Social, los preceptos que rigen, por ejemplo, una jubilación por invalidez del régimen previsional ordinario, pierden su carácter común” (conf. Ackerman, Mario: “Ley de Riesgos del Trabajo. Comentada y concordada”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, págs. 430/434).- ----------

--- A la luz de lo expuesto cabe concluir que el juzgador de origen acertadamente se atuvo a la jurisprudencia sentada por la Corte Federal en la materia, al declarar

inconstitucional el art. 46, inc.1 de la LRT, y de esa manera aceptar la competencia de la justicia ordinaria en la presente acción. Sólo agregaré a lo ya razonado que no asiste razón a la quejosa cuando manifiesta que la declaración de inconstitucionalidad que cuestiona ha sido dictada en abstracto y que la actora no alegó en concreto la violación de derechos constitucionales mediante la norma que impugna. Al respecto, y en lo que se refiere al marco conceptual referido, habré de darle razón a la recurrente en cuanto a que de acuerdo a nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad, salvo en los casos que se prevea un efecto derogatorio de la norma constitucional -como ocurre en la previsión del art. 175 de la Constitución Provincial-, el mismo se ejerce en casos concretos, tal como lo acuñara la Corte Federal desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 en que estableció: *"Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los* ***casos concretos*** (la negrita me pertenece) *que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos"* (conf. Bidart Campos, Germán José: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1994, Tº I, pág. 139). Como consecuencia de que el control de constitucionalidad se ejerce en cada caso concreto, es que puede darse el supuesto de que normas generales que no son en sí mismas inconstitucionales pueden derivar a una inconstitucionalidad cuando se las aplica a un caso particular. Ello puede acontecer cuando las circunstancias concretas de ese caso no resisten la aplicación de esa norma, y de llevarse a cabo se efectúa una aplicación inconstitucional (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 156). De manera sumamente clara y profunda, y en el marco de la defensa del control judicial de constitucionalidad desde una justificación democrática del mismo, este tema es abordado por Gabriel Bouzat. Este autor en su artículo "El derecho como un sistema de razones para la coacción" (ver en "Homenaje a Carlos S. Nino", Coordinadores: Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz, Ed. La Ley, 2008, págs. 137/150) explica que: *"La concepción democrática de la legitimación se basa en la idea de que una norma es legítima cuando las consecuencias de dicha norma pueden ser aceptadas por todos los involucrados. Es por eso que la legitimación se da a través de un procedimiento colectivo tendiente al establecimiento de un interés común a partir de una preocupación recíproca por el punto de vista individual de las personas involucradas, esta idea de legitimación determina que, en general, el consenso necesario para dictar las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Ello plantea una dificultad porque sólo si fuese factible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la*

sanción de la norma, todas las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas puede considerarse que el procedimiento democrático ha respetado el principio de imparcialidad. Como decía el gran juez norteamericano Oliver W. Holmes, "generalizar es omitir"...A estas consideraciones debe sumarse la circunstancia de que el debate democrático es imperfecto porque la necesidad práctica de decidir determina que quede generalmente inconcluso y que las decisiones deban adoptarse por mayoría y no por unanimidad. Además, las limitaciones de la representación política impiden muchas veces que todos los puntos de vista relevantes sean tenidos en cuenta al momento de decidir...El procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores presupuestos en los procedimientos democráticos...La tesis que defiendo considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto..." (ver aut. cit., op. cit., págs. 145/148). En otro artículo, Bouzat vuelve a tratar el tema con conceptos preclaros, explicando que *"Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan la pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia"* (conf. aut. cit.: "La argumentación jurídica en el control constitucional" (Trabajo presentado en el Seminario "La Jurisdicción Constitucional", en la Universidad Diego Portales de Chile en noviembre de 1995). Entiendo, de acuerdo a las citas que preceden, que queda claro que el control de constitucionalidad debe llevarse a cabo en cada caso para examinar si por las circunstancias del mismo, en dicho particular supuesto, la norma infraconstitucional a aplicar se aviene o no con las de rango constitucional, sin que resulte suficiente referirse en forma genérica a antecedentes jurisprudenciales sin una concreta referencia al caso a decidir. Tal criterio es el que he sostenido en el antecedente de esta Sala "B" en SDL Nº 29/09 del 06/04/09.- ---------- Ahora bien, en el "sub lite", la actora, al solicitar la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley 24557 dejó aclarado que dicha petición *"es un imperativo procesal para que se encuentre reclamado el análisis de constitucionalidad de manera de remover los obstáculos que podrían oponerse al progreso de la acción"* (ver fs. 45 vta., último párrafo). Y en concreto respecto al artículo 46, inc. 1 y otras normas de la LRT, argumentó que *"establecen un sistema de asignación de competencia que unido a otras*

normas inferiores y "reglamentarias" sustraen ilegítimamente del conocimiento de los jueces naturales de las causas laborales. La sustracción de materias a la justicia Ordinaria, sistema instaurado por la ley 24557, ***a la que nuestra Provincia nunca adhirió,*** *afecta expresas disposiciones constitucionales, al afectar la competencia laboral, reservada por imperio de los arts. 75 inc. 12, 5, 123 y cc. de la Constitución Nacional a la competencia local"* (ver fs. 48, dos últimos párrafos/vta., 1er. párrafo). De los párrafos transcriptos surge claramente que la actora requirió la inconstitucionalidad de la norma que objeta por cuanto la misma importa un valladar al reclamo por la vía extrasistémica de derecho común que ejerce con la acción deducida, amén de que estatuye una jurisdicción -la federal- en contravención al reparto constitucional de competencias entre la nación y las provincias, lo que le impide acceder a la jurisdicción ordinaria, afectándose la garantía constitucional del juez natural (conf. art. 18 de la Const. Nacional). En suma por todo lo argumentado postulo el rechazo de este primer agravio de la aseguradora apelante.- ----------

--- La segunda queja de la ART transita también por el cuestionamiento a la declaración de inconstitucionalidad de otras normas de la ley 24557, concretamente aquellas en las que la aseguradora fundó su defensa de falta de acción o falta de legitimación pasiva en razón de que la dolencia invocada por la actora no se encuentra incluida en el decreto 658/96 ni la actividad en el decreto 659/96, configurando riesgos por los cuales su parte no percibió prima ni contraprestación alguna (ver fs. 757, Segundo agravio). El sentenciante concluyó en la inconstitucionalidad del artículo 6 de la LRT, con cita jurisprudencial por violar los arts. 17 y 19 de la Const. Nacional (ver sentencia a fs. 734 "in fine"/vta.). Y agregó que *"de acuerdo a ello, no cabe duda alguna que frente al sistema cerrado de enfermedades profesionales establecido por la ley de riesgos del trabajo sin admitir otras patologías que se encuentren en adecuada relación causal con el desempeño del trabajo, lesiona definitivamente los derechos constitucionales señalados en los fallos antes mencionados. Por ello, considero, que tanto dicha norma legal como su reglamentación –Decreto 1278/00- resultan inconstitucionales por violentar los derechos consagrados en los artículos 16, 17, 19, 28 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional"* (ver sentencia a fs. 734 vta.).- ----------

--- De acuerdo a lo reseñado se advierte que la apelante no efectuó una crítica concreta y razonada a la fundamentación brindada por el juzgador, ya que se limita a indicar que la dolencia y la actividad en cuestión no están incluidas en los respectivos decretos reglamentarios y que por ellos su parte no percibió contraprestación, mas no explica por qué resulta equivocado el argumento del juez, según el cual se ve afectado el derecho de propiedad y el principio "alterum non laedere" en el caso de que el trabajador no pueda reclamar por una dolencia que, a pesar de no estar incluida en los listados respectivos, presente una adecuada relación causal con el desempeño del trabajo. La crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio, lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso.

Razonamiento coherente que demuestre a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., Tº 1, págs. 941/942). De allí que se sostuviera que carece de contenido la expresión de agravios que se limita a hacer afirmaciones de carácter general, sin indicar con precisión, punto por punto, los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento (conf. CN. Civ., Sala G, 10/2/87, LL, 1987-B-288; CN. Fed. Civ. y Com., Sala III, 23/10/90, RepJA, 1991-818, nº 34). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (77conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por esta Sala en numerosos antecedentes, entre ellos, CANE, Sala “B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10.- ----------

--- En consecuencia de lo anterior es que propongo la deserción parcial en el aspecto analizado por insuficiencia técnica en el agravio (conf. arts. 268 y 269 del CPCC). Sin perjuicio de ello, cabe expresar que la solución alcanzada en el decisorio apelado es la correcta. Al respecto se ha sostenido que la LRT, en su redacción originaria, a la imperfección que supuso la omisión de toda referencia a la relación causal entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional con la incapacitación o la muerte del trabajador, le sumó un sumamente restrictivo modelo de lista cerrada de triple columna como criterio para la identificación de las enfermedades profesionales. Este criterio rígido y limitativo, apenas pudo ser atenuado por el decreto 1278/00 al sustituir el apartado 2 del art. 6 de la LRT. Las severas críticas dirigidas a la extrema rigidez de

este modelo de lista cerrada de triple columna llevó a que, con el artículo 2 del decreto 1278/00, se sustituyera el apartado 2 del artículo 6 y se incorporara una vía procesal administrativa para permitir dar cobertura, en casos concretos, a enfermedades que, aunque provocadas por la actividad laboral del trabajador, no daban derecho a éste a las prestaciones del sistema. Cabe advertir que esta modificación no supuso el abandono del modelo básico y principal de listado de triple columna, cuya trascendencia a los efectos reparadores, radica en la exigencia de que concurran los tres requisitos legales de agente de riesgo, cuadro clínico y actividad reclamados en cada caso por el decreto 658/96, y que, simétricamente, la ausencia de uno de ellos obste a la cobertura por el sistema. Por otra parte, si bien con la modificación introducida por el decreto 1278/00 el sistema puede ser calificado como mixto o de lista abierta, la regla de causalidad contenida en el artículo 6, apartado 2, inciso b, acápite ii, en cuanto prevé que *en ningún caso se reconocerá el carácter de enfermedad profesional a la que sea consecuencia inmediata, o mediata previsible, de factores ajenos al trabajo o atribuibles al trabajador, tales como la predisposición o habilidad a contraer determinada dolencia* limita extraordinariamente la posibilidad de dar cobertura a enfermedades excluidas del listado. Es así que la polémica siguió abierta, lo que derivó en términos jurisprudenciales en el pronunciamiento de la Corte Federal en el caso “Silva” (CSJN, 18/12/07, in re: “Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.”). En dicho antecedente la mayoría de los miembros del tribunal, luego de recordar que *para la procedencia de la acción de Derecho común debe probarse la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil,* concluyó que *si se demuestra que una enfermedad está vinculada causalmente a un hecho antijurídico, la acción procede con independencia del listado que prevea la Ley de Riesgos del Trabajo, que obedece a un régimen especial,* por lo que, *en rigor, resulta inoficioso en el caso ingresar al examen de la constitucionalidad del artículo 6, inciso 2 de la ley 24.557, en tanto se persigue la reparación de una enfermedad que no está comprendida en el listado que debe elaborar y revisar el Poder Ejecutivo, dentro del sistema especial.* Es así que de acuerdo a la doctrina de la CSJN en el caso “Silva” debería entenderse que las enfermedades sufridas por el trabajador como consecuencia del cumplimiento de su débito laboral que no estuvieran incluidas en el listado de enfermedades profesionales aprobado por el decreto 658/96, o en las que no concurran los tres requisitos exigidos para el caso en ese listado, o no hayan dado derecho a las prestaciones del sistema por el procedimiento establecido en los incisos b a d, del apartado 2 del artículo 6 de la ley 24.557, y en cuanto se acrediten los presupuestos de la responsabilidad civil, dan derecho, a aquél o a sus derecho- habientes, a una reparación plena con fundamento en las normas del Código Civil a cargo del empleador. Es así que si bien existe coincidencia en reconocer al trabajador el derecho a una reparación plena con fundamento en las normas del C. Civil, mientras que la fundamentación de la mayoría lo hace interpretando el artículo 6 de la LRT a favor de su constitucionalidad, los doctores

Fayt y Petracchi, desde una posición que guarda semejanza con la sostenida en la doctrina por Vázquez Vialard y Rodríguez Mancini, cuestionan la validez constitucional de esta norma en cuanto se interprete que ella priva del derecho a una reparación con fundamento en las normas del C. Civil, y la doctora Argibay asimila la situación a la que plantea la regla del apartado 1 del artículo 39 y se pronuncia también por la declaración de inconstitucionalidad (conf. Ackerman, Mario E.: “La ley sobre riesgos del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 78/92).- ----------

--- Como síntesis de lo expuesto, y más allá de que la apelante ha incurrido en deserción parcial como lo he dejado establecido, a los fines de permitir la viabilidad de la presente acción de derecho común frente a la defensa de falta de habilitación de la instancia o de legitimidad pasiva esgrimida por las ART, bien ha hecho el juzgador en declarar la inconstitucionalidad del art. 6, ap. 2 de la LRT, ya que más allá de que se interprete dicha norma dentro del sistema tarifado y en su caso sería innecesaria la declaración de inconstitucionalidad, en tanto resulta un valladar para la acción extrasistémica, debe ser removida a los fines de asegurar el derecho a la reparación integral pretendida.- ----------

--- Siempre dentro de lo que la ART recurrente engloba como segundo agravio, se queja en cuanto a que en el decisorio atacado se resuelve declinar la vía sistémica de la LRT para recalar en el Código Civil, por entenderse que con el sistema tarifado se violan el derecho de propiedad e igualdad, citando jurisprudencia en sentido contrario (ver fs. 757 vta/758). Cabe señalar que el juzgador argumentó que *“En el presente caso, la actora pretende la reparación integral del daño experimentado en su salud como consecuencia de las labores desarrolladas como dependiente de la demandada Provincia del Chubut. Dicha pretensión, se vería claramente frustrada si se la privara del acceso a la vía civil, en virtud de la notoria diferencia con la reparación que propone la L.R.T. lo cual sin lugar a dudas trastoca definitivamente los preceptos constitucionales mencionados. En suma, considero, que la prohibición contenida en la norma legal vulnera en forma lisa y llana los derechos fundamentales tanto de los trabajadores como de sus derechohabientes, motivo por el cual corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 39.1 de la LRT y 8.3 y 15.2 también solicitada por la actora en virtud de los mismos argumentos vertidos en el primer caso”* (ver sentencia a fs. 736).- ----------

--- Con el razonamiento precedente el sentenciante no ha hecho otra cosa que aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional en la materia. En el antecedente “Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ daños y perjuicios” del 01/02/02, el alto Tribunal si bien, se pronuncia sobre la validez constitucional de la norma referida, no supuso una valoración en abstracto de aquella norma sino una reafirmación de la necesidad de examinar cada caso en concreto para evaluar las circunstancias de hecho en las que se funde la impugnación de la norma (conf. Ackerman: “La ley sobre riesgos

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

--- ¿Qué dijo la Corte en "Aquino", fallo del 21/09/04 (in re: "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.")?. Si bien todos los ministros coincidieron en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24557, siempre siguiendo a Ackerman, lo hicieron con distintas argumentaciones y con una aparente discrepancia sobre el tipo de *inconstitucionalidad* que se configuraba en esta norma. Así los Dres. Petracchi y Zaffaroni, con fundamento en normas constitucionales, en precedentes de la misma Corte, en el Derecho Comparado y en normas internacionales, hicieron

reproches directos al modelo de limitación cuantitativa de responsabilidad de la norma en cuestión, y aunque en el considerando 5º hacen alguna referencia a la comparación con las prestaciones de la ley, al no limitar su conclusión al caso concreto, parecen entender en los considerandos 12 y 14, que la norma impugnada configura un supuesto de *inconstitucionalidad directa absoluta.* Sin embargo, en el mismo considerando 14, advierten que el desenlace del litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo que incluye al propio de la LRT. Lo que se sostiene es que la Constitución no puede consentir que dichas limitaciones obren válidamente para impedir que, siendo de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional respecto del principio *"alterum non laedere"*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. Por su parte los Dres. Belluscio y Maqueda rescataron en su voto la doctrina de "Gorosito" sobre el fondo de la cuestión, subrayando la exigencia de prueba *en el caso concreto* de la insuficiencia de las prestaciones de la LRT para poner en cuestión la validez del apartado 1 del art. 39 (considerandos 3º a 5º), desproporción que tienen aquí por acreditada (considerandos 8º a 9º), y se pronunciaron así por la declaración de inconstitucionalidad (considerando 11). También consideró que se trataba de un supuesto de *inconstitucionalidad directa relativa* el ministro Boggiano, quien, amén de remitirse a la doctrina del caso "Gorosito", expresamente adhirió a las razones expuestas en los considerandos 8º a 11 del voto de los Dres. Belluscio y Maqueda. Por último la Dra. Highton de Nolasco, si bien en el considerando 11 de su voto parece adscribir a la tesis de que se trata de un caso de inconstitucionalidad absoluta, en el considerando 17, luego de reiterar parcialmente las advertencias de los Dres. Petracchi y Zaffaroni y de Belluscio y Maqueda, afirmó que *en el "sub lite", ese desajuste se tradujo en la manifiesta insuficiencia de la reparación a que conduce la indemnización tarifada, frente a la magnitud de la que exige la reparación integral acorde con las circunstancias del caso* (conf. Ackerman, op. cit., págs. 126/129). Las diferentes posturas esgrimidas por los ministros en el antecedente citado han generado confusión, en tanto si bien, no ahorran críticas a todo el sistema establecido por la ley 24557, en verdad se han cuidado de advertir que la decisión de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1 se limita a *este caso concreto.* Como se concluyera en un artículo de doctrina, en el caso concreto, las prestaciones correspondientes no guardaban relación coherente o razonable con el daño causado, pero para arribar a una solución justa en el mismo no era necesario atacar la piedra angular del sistema, que implica desvirtuarlo en su totalidad (conf. Anzoátegui, Ignacio: "El fallo "Aquino" y la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24557. Un fallo justo en lo particular con consecuencias disvaliosas para la sociedad", en Revista Lecciones y Ensayos LexisNexis, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires, 2006, Nº 82, pág 335).- ----------

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

--- De la jurisprudencia de la Corte citada se desprende, que más allá de los efectos relativos de la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la LRT, esto es, que habrá que acreditar los requisitos de invalidez inconstitucional en cada caso concreto (conf. esta Sala “B”, SDL Nº 29/09 del 06/04/09), corresponde confirmar en este punto la sentencia, dado que si se privara a la actora del recurso a la acción de derecho común, no sólo vería disminuida su reparación sustancialmente como lo señala el sentenciante, sino que, de acuerdo a los planteos explicitados en los agravios ya analizados, la actora vería cercenada la posibilidad de obtener reparación alguna en virtud del sistema limitado de enfermedades profesionales que consagra el régimen tarifado. En consecuencia, resulta evidente, en el caso, la afectación de derechos constitucionales

por parte del sistema tarifado cuya validez pretende defender la aseguradora apelante, por lo que propongo desestimar esta queja.- ----------

--- Como tercer agravio la aseguradora ataca la declaración de inconstitucionalidad de los art. 39, 8.3 y 15.2 de la LRT, lo cual en lo sustancial respecto al derecho a la reparación integral ya fuera tratado y confirmado en el análisis de la queja precedente, mas en este punto la ART aclara que aquí se refiere al procedimiento y fuero (ver fs. 758 vta.). Seguidamente transcribe una cita jurisprudencial con la que se pretende defender la constitucionalidad del procedimiento establecido en la LRT, aludiéndose a la validez constitucional del art. 46 de la ley 24557. Al respecto encuentro acertado lo expuesto por la actora al responder a este agravio (ver fs. 792, Tercer agravio), ya que al examinar las dos quejas anteriores, se han dado razones acerca de la inconstitucionalidad de las normas de la LRT que obstan al reclamo de reparación integral de la actora. Es más, la apelante aduce que en este agravio se refiere al procedimiento y fuero, y esto último fue expresamente tratado al analizar el primer agravio. Y en cuanto al procedimiento, si se ha querido referir a la validez del trámite ante las comisiones médicas de acuerdo a lo establecido en los art. 8.3 y 15.2 de la LRT, así como a la vía recursiva del art. 46.1, la argumentación cae ante la evidencia de que atenerse al sistema tarifado y por ende prohibir a la actora que recurra a la deducción de esta acción extrasistémica, importa una grave violación de sus derechos constitucionales, básicamente el derecho a la reparación integral (conf. art. 19 de la Const. Nacional). Entiendo que ello ha quedado sumamente explicitado con la reseña de la jurisprudencia de la Corte Federal efectuada más arriba, básicamente a partir del antecedente “Aquino” y su progenie.- ----------

--- En consecuencia, y más allá de que el agravio resulta rayano en la deserción, por las razones expuestas propongo el rechazo de esta queja.- ----------

--- Cerraré este extenso considerando con el tratamiento del cuarto agravio de la ART referido al rechazo de la excepción de prescripción. Sobre este aspecto el juez de origen razonó *“En cuanto a la prescripción opuesta por la codemandada L. C. ART, su fundamento radica en que el plazo previsto por el artículo 44 de la LRT, se cuenta a partir de la primera manifestación invalidante, es decir, al momento de denuncia del siniestro. En tanto la actora sostuvo que la lesión padecida se produjo a lo largo de varios años en razón de la índole de las tareas cumplidas, y que recién adquirió carácter definitivo en junio del año 2000 a través de la junta médica llevada a cabo por el I. Por un lado, debe recordarse, que el presente caso se trata de una acción extrasistémica y por ende el plazo de prescripción es el bianual previsto por el artículo 4037 del Código Civil. Sin embargo, también se ha dicho que tiene vigencia el artículo 258 de la L.C.T. al establecer el mismo plazo bianual de prescripción -sea la responsabilidad contractual o extracontractual-, para las acciones resarcimiento por los daños generados al trabajador como consecuencia de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales. En cuanto al punto de partida de la prescripción, debe*

tenerse en cuenta la índole de la lesión padecida toda vez que la misma se desarrolla a través del tiempo reconociendo su carácter definitivo en el momento en que se produce su determinación cierta...En el presente caso, la determinación precisa de la enfermedad profesional de la actora ocurrió en el mes de junio del año 2000 -ver expediente administrativo de fs. 289/353-, por lo que a la fecha de interposición de la demanda -ver fs. 52 vta.- el plazo de prescripción no se halla cumplido. En consecuencia, se rechaza la excepción de prescripción interpuesta por la ART L. C. S.A." (ver sentencia a fs. 736 "in fine"/vta., 1er. párrafo).- ----------

--- La apelante entiende que con la decisión transcripta se ha violado lo dispuesto por el art. 44 de la ley 24557, debiéndose contar el plazo de prescripción desde la primera manifestación invalidante, lo que importa considerar el momento de denunciar el siniestro. Cita jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia en el sentido de que el curso de la prescripción comienza desde que el obrero adquiere plena conciencia de la incapacidad que el accidente le produjo y no a partir del momento en que se cuente con una precisa graduación del déficit laborativo (ver fs. 758 vta./759, Cuarto agravio). El art. 44 de la LRT en su inciso primero establece que *"Las acciones derivadas de esta ley prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada y, en todo caso, a los dos años desde el cese de la relación laboral".* Se ha sostenido que, conviene recordar que la norma referida regula la prescripción de las acciones derivadas del régimen de la LRT, no de aquellas acciones que, como la de daños y perjuicios del derecho común, han cobrado vigencia a partir de su reconocimiento jurisprudencial -básicamente el caso "Aquino" y posteriores- para los accidentes de trabajo, enfermedades accidente y enfermedades profesionales, sin contar otras hipótesis que por su especificidad no permiten ser expresamente reguladas en el texto legal (conf. Del Bono, Carlos María, en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Riesgos de Trabajo", Ed. La Ley, 2008, pág. 114). En ese sentido, y más allá de que no está en duda el plazo bianual, se ha decidido confirmar el decisorio que desestimó la excepción de prescripción deducida por la aseguradora de riesgos del trabajo en el marco de una acción fundada en el derecho común derivada de la lumbalgia padecida por el trabajador en razón de las labores que realizaba, dado que no sólo la planteó con fundamento en el art. 44 de la ley 24557, normativa disímil a la cual se enmarcó la acción de derecho común, sino que no acreditó que el trabajador hubiese tenido conocimiento de su incapacidad más allá de los dos años anteriores a la interposición de la demanda (conf. CN.Trab., Sala I, 11/10/07, in re: "Racedo, Juan Carlos c/ Enertec S.A. y otro", cit. en Del Bono, op. cit., pág. 141). De manera concordante se ha interpretado que la prescripción es un medio de extinción de la acción, por lo que su cómputo sólo ha de comenzar a correr desde que ésta pudo ejercerse. Es decir desde que la parte actora estuvo en condiciones de accionar en defensa de sus derechos por haber adquirido un cabal conocimiento del grado de incapacidad resultante de su enfermedad o accidente (conf. C. Fed. Seguridad Social, Sala III, 22/04/02, in re:

“Othaz, Olga E. c/ Consolidar A.R.T. S.A.”, DT, 2003-A, 934). De manera similar se consideró que para que comience a correr el plazo de prescripción se requieren dos elementos: a) el conocimiento de la incapacidad, que se expresa a través de la limitación productiva y b) que dicha incapacidad presumiblemente sea consecuencia de la prestación laboral. Debe producirse el hecho que la ley (art. 258 de la LCT) prevé como inicial para el cómputo de la prescripción, esto es: que haya existido la determinación de la incapacidad de manera definitiva e indubitada (conf. TS Córdoba, sala laboral Nº 11, 23/3/94, in re: Verón, Crecencio c/ Arcor S.A.”, cit. en Tosto, Gabriel A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, pág. 804). En cuanto al fallo del Superior Tribunal local que cita la apelante (conf. STCH, 25/10/91, in re: “B. V., L. c/ Administración de Vialidad Provincial s/ Laboral”, SDL Nº 42/91), encuentro que lejos de contradecir la postura seguida en el decisorio la convalida, ya que en dicho antecedente se precisa el momento de comienzo del cómputo de la prescripción como aquél en el cual el trabajador toma pleno conocimiento de su incapacidad. ----------

--- A la luz del marco interpretativo antedicho, encuentro acertada la decisión del “a quo”, en cuanto estimó que la actora recién tomó pleno conocimiento de la dimensión invalidante de su enfermedad al tramitar el expediente previsional, puntualmente con el dictamen de la Comisión Médica interviniente en el mismo del 11/06/00 (ver fs. 331/333), por lo cual, habiéndose deducido la acción el 01/02/02 (ver fs. 52 vta.), el plazo de prescripción no había transcurrido. Por las razones expuestas es que postulo la desestimación del agravio examinado.- ----------

--- 2) Examinaré en este considerando los agravios relativos a la responsabilidad de las accionadas. La quinta queja de la aseguradora recurrente se refiere a que su parte no resulta responsable en el marco de esta acción extrasistémica, ya que no tiene, ni por ley ni por contrato la obligación de reparar daños en función de la eventual responsabilidad civil del empleador que se invoca en la demanda (ver fs. 759/760 vta.). Es cierto que, como lo admite la actora al contestar el agravio, la sentencia exhibe un déficit de fundamentación ya que no menciona el factor de atribución específico por el cual debe responder la ART (ver fs. 792 vta., 4to. párrafo). Es que en el decisorio, luego de analizarse los presupuestos de la responsabilidad civil por riesgo de la cosa y la prueba a la luz de los mismos, se concluyó en la responsabilidad de la provincia empleadora como dueña de la cosa riesgosa que produjo el daño (ver fs. 736 vta./740, pto. III), habiéndose extendido la condena a la ART en la parte resolutiva (ver fs. 742 vta., pto I), como si se tratara de una aseguradora de responsabilidad civil. Lo cierto es que la actora atribuyó responsabilidad civil a la ART por incumplimiento de sus obligaciones, concretamente por omisión de realizar los controles del cumplimiento de las condiciones de trabajo por imperio de la ley 24557 (arts. 4.1, 4.2 y 31) (ver fs. 36 vta., pto. IV, b), explayándose sobre la misma (ver fs. 43 vta./44 vta., pto. E). Es así que ante la omisión de pronunciamiento sobre esta responsabilidad enrostrada a la

aseguradora, corresponde analizar si la ART resulta responsable en el marco de esta acción de derecho común. Es que, si bien la actora no apeló este aspecto porque la sentencia le fue favorable -y por ende no sería de aplicación lo dispuesto por el art. 281 del CPCC-, el presente se trata de un caso de aplicación del instituto procesal de la apelación implícita. Es que ante el agravio de la aseguradora codemandada sobre este aspecto, se deben tratar las cuestiones sobre los que no hubo pronunciamiento alguno, como la atribución de responsabilidad a la aseguradora pretendida en la demanda, para lo cual debe aplicarse al caso la doctrina de la mencionada apelación implícita, mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio, de acuerdo al cual, la Alzada, si bien ha de ceñirse al punto objetado con el recurso, al considerarlo, tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia le asistían al órgano de primera instancia, correspondiéndole pues ocuparse de las argumentaciones planteadas tanto al demandar la parte actora, como también las defensivas opuestas por la demandada al contestar la acción, merced a que la sentencia, no ingresó a considerar. En particular, la actora se vio impedida de recurrir el fallo por serle éste favorable, por lo que aquellos argumentos que desgranara en su demanda habrán de ser considerados a los efectos de elucidar si procede o no la responsabilidad endilgada (conf. esta Cámara, c. 11.357, SDL 88/95; c. 11.827, SDL 16/96; c. 11.836, SDL 28/96; c. 12.023, SDC 18/96, entre otros; ídem Morello-Sosa-Berizonce, en “Códigos Procesales...”, Ed. Platense, 2da. ed., año 1988, Tº III, págs. 111 y jurisp. cit. en págs. 406/407 y 418/419; conf. SCBA, Ac. y Sent. 1985-I-142; CN. Civ., Sala A, LL, 1985-E-195; id. Palacio, Lino E., en “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo-Perrot, ed. año 1975, Tº V-465; Loutayf Ranea, Roberto: “El recurso de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, ed. año 1989, Tº I, págs. 78/79) (conf. CANE, Sala “B”, SDC Nº 42/07 del 29/11/07). ----------

--- La cuestión planteada se refiere a si las ART resultan responsables ante la demanda extrasistémica de derecho común. Al respecto ya me he pronunciado en sentido afirmativo en el antecedente de esta Sala “B”, SDL Nº 14/11 del 25/04/11. En el mismo argumenté 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, Ricardo A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Riesgos del Trabajo”, ya citado, 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, si bien se produce una importante disidencia de Lorenzetti y Fayt, la misma giró en el 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 suma, admitido que la aseguradora es pasible de responder civilmente en el marco de esta acción extrasistémica, con lo cual se desestima el quinto agravio de la ART, corresponde examinar si en la especie existió esta responsabilidad, lo que es objeto de refutación en el sexto agravio de la aseguradora, donde invoca que acompañó copia certificada del expediente de prevención, según el cual llevó a cabo las tareas que la LRT le impone y que estaban a su alcance (ver fs. 760 vta./762, Sexto agravio). La actora endilga concretamente a la aseguradora que estaba obligada a realizar exámenes de salud a los trabajadores estatales, inspeccionar los lugares de trabajo y las actividades desarrolladas por los dependientes de la provincia y formular un plan de mejoramiento en el plazo de dos años (ver fs. 43 vta., pto. E, 1er. párrafo). Del tenor de los incumplimientos enrostrados se desprende que los mismos caen bajo la normativa del art. 4.2 de la LRT, específicamente: la evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución, visitas periódicas de control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y del plan de acción elaborado en cumplimiento de este artículo, definición de las medidas correctivas que deberán ejecutar las empresas para reducir los riesgos identificados y la siniestralidad registrada, una propuesta de capacitación para el empleador y los trabajadores en materia de prevención de riesgos

del trabajo. La aseguradora aduce haber cumplido con las obligaciones a su cargo por cuanto realizó en los lugares de trabajo visitas de información, orientación y prevención durante el año 1999, se presentó el pertinente plan de mejoramiento para pasar del Nivel II al III, se denunció a la SRT el plazo legal establecido para pasar al Nivel III y se dictaron cursos de capacitación (ver fs. 163/vta., pto. VII.b.2). De las constancias adjuntadas por la aseguradora de las visitas a la empleadora (ver fs. 106/142), sólo existe una al lugar de trabajo de la actora (Dirección de Comunicaciones e Información), que data del 20/09/01 (ver fs. 136), esto es luego de que la actora obtuviera su jubilación por invalidez, de lo que cabe inferir que durante el período de tiempo que V. se desempeñó como dependiente provincial la aseguradora no realizó inspecciones a su lugar de trabajo y menos aún que se efectuaran exámenes de salud a los empleados. En atención a la dolencia acusada por la accionante -hipoacusia- resulta trascendente la omisión referida.- ----------

--- Es así que cabe concluir que la ART no cumplió con las obligaciones que le imponía el art. 4.2 de la ley 24557 con relación al lugar de trabajo de la actora. Ahora bien, en atención a la jurisprudencia de la Corte Federal precitada en cuanto a la acreditación del nexo causal entre el incumplimiento atribuible a la ART y el daño en el trabajador, corresponderá analizar la prueba a tal fin. Y en este punto entiendo conveniente analizar este agravio en conjunto con el séptimo de la ART (ver fs. 762 “in fine”/763 vta.) y con el primero de la provincia empleadora (ver fs. 773/775, pto. II. A), ya que en ambos se objeta la prueba relativa al daño y a la relación causal entre el mismo y las acciones y omisiones de las demandadas.- ----------

--- La aseguradora comienza por señalar que el testigo R., que laboraba con la actora, reconoció que en la misma oficina se desempeñaban cinco o seis personas, las que nunca refirieron dolencia alguna como la de V., de lo que concluye que la tarea desarrollada no era la causa eficiente de la afección, así como que se realizaban audiometrías sin poder precisar su periodicidad (ver fs. 762 vta., 5to. y 6to. párrafos). Más allá de que el testigo respondió de esa forma (ver fs. 273, respuestas cuarta y séptima), cabe señalar que de la circunstancia de que otras personas no contrajeran la enfermedad acusada por la actora no cabe inferir derechamente que la tarea desarrollada no era la causa eficiente de la dolencia. Y en cuanto a las audiometrías el declarante dijo que debían realizarse cada seis meses o un año, pero que mientras él estuvo se hacían cada dos años más o menos, aclarando que se desempeñó entre los años 1989 y 1991 (ver fs. 273, respuestas séptima, octava y novena). La crítica que realiza a la declaración de la testigo B. (ver fs. 762 vta., antepenúltimo párrafo), no aparece fundada ya que se conjetura una supuesta disposición a favorecer a la actora a partir de que menciona que otra empleada ya fallecida presentaba sordera, lo cual en sí es una mera apreciación subjetiva y no una crítica concreta.- ----------

--- Respecto a los testigos C., O. y A., se cuestiona que los mismos declararan propiamente como peritos y no como testigos, ya que describen dolencias y aconsejan

acerca de tareas de prevención (ver fs. 762 vta., anteúltimo párrafo). Los testigos referidos son profesionales -médico, médico psiquiatra, fonoaudióloga- que por su profesión han atendido a la actora (ver declaraciones de fs. 275/vta., 285/vta. y 287/vta.). Es cierto que además de relatar las circunstancias relativas a la atención y prestaciones que brindaron a favor de la actora (ver fs. 275, respuestas segunda, tercera y quinta; fs. 285, respuestas segunda, tercera, sexta a octava; y fs. 287, respuestas segunda, cuarta, sexta, séptima y novena), los testigos se explayaron respecto a consideraciones generales acerca de la etiología, síntomas y tratamiento de la dolencia acusada (ver fs. 275, respuestas cuarta, sexta y séptima; fs. 285, respuestas cuarta y quinta; fs. 287/vta., respuestas quinta, décima, undécima y décimo tercera). Sin embargo no puedo dejar de mencionar como una inconsistencia de la aseguradora apelante que en el caso de la testigo A., una de las respuestas que podrían entenderse como propias de un perito por su carácter técnico, fue a requisitoria de una pregunta de su letrado (ver fs. 287 vta., pregunta trece).- ----------

--- Sin perjuicio de destacar dicha inconsistencia en la postura de la apelante, debe recordarse que el testigo técnico es aquella persona que toma conocimiento de un hecho o cosa en ocasión de estar ejerciendo su profesión, o bien -aun cuando no la esté desempeñando- el hecho o cosa se refiere a su especialidad técnica o científica, de modo que en ambos supuestos el testigo puede no sólo señalar sino también adicionarle sus conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos a él referidos. Las preguntas deben realizarse sobre hechos que hayan caído bajo el dominio de los sentidos, pero también puede preguntarse y esperarse la respuesta de hechos que el testigo pueda interpretar y reproducir por vía del lenguaje. Es que debe recordarse que en el proceso civil el art. 443, último párrafo (art. 447 del CPCCChubut, aplicable por remisión del art. 44 de la ley XIV Nº 1), señala que las respuestas *“no podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas”.* El artículo no se refiere al caso genérico sino al específico de cada ciencia, arte, industria o técnica cuya especialidad ostente el testigo, agrupándolas bajo el rubro de referencias de carácter técnico. La procedencia de la pregunta y la respuesta está fundada en el interrogatorio preliminar, cuando jura sobre su profesión. No se trata de un perito, sino de una opinión distinta, dadas otras circunstancias y con un alcance diferente. En el caso del testigo técnico se le está pidiendo, no un informe pericial, sino la interpretación de los hechos que ha percibido en atención a la especial condición de conocimiento que tiene para formular una apreciación distinta. El testigo técnico no es perito, ni cumple sus funciones, aunque sea técnico. Las diferencias entre el perito y el testigo técnico es que el testigo técnico ha apreciado el hecho en su transcurso, mientras que el perito tiene que tomar objetos definidamente fijados y estimar hacia atrás la evolución. La segunda diferencia es que el testigo técnico no está obligado a exponer el hecho técnicamente y el perito sí. A la inversa, para el perito es imposible relatar el hecho como espectador. Finalmente la diferencia fundamental es el

tiempo y la observación. Mientras que el testigo técnico, en la generalidad de los casos, ha recibido la información accidentalmente, pero sin control científico, más allá de su particular conocimiento para apreciar la prueba; el perito debe aplicar las reglas de la ciencia o de su arte para determinar -sin involucrar externamente a su opinión, es decir de manera objetiva-, los resultados obtenidos. La pertinencia de la pregunta al testigo técnico se enlaza con la posibilidad de la respuesta debidamente fundada y con conocimiento de causa, por su propia especialidad. En síntesis, se puede decir que la diferencia fundamental con el perito es que el testigo técnico no ha realizado una investigación metódica y científica del hecho, sino que simplemente lo ha apreciado con sus sentidos, a los que suma sus conocimientos que le permiten “ver” un poco más allá que el neófito. Pero cuando el testigo técnico realiza alguna investigación o algún acto de comprobación, sus dichos adquieren especial relevancia (conf. Falcón, Enrique págs. 251/253). En la especie, dado que los testigos en cuestión atendieron a la actora, las preguntas y las respuestas de carácter técnico que brindaron resultan absolutamente pertinentes, dado que ilustran acerca de la etiología, síntomas y evolución de la afección de la actora, por lo que no habré de atender a la objeción planteada.- ----------

--- En cuanto a la testigo V. se señala que reconoció que a las telefonistas se le practicaban audiometrías sin recordar si otra persona además de la actora tuviera problemas auditivos (ver fs. 762 vta. “in fine”). Sin embargo, amén de que dichas respuestas resultan correctas (ver fs. 286, respuestas octava y décimo tercera), la recurrente no toma en cuenta toda la declaración de la testigo, ya que también expresó que había reclamos de las telefonistas para lograr mayores controles (ver fs. 286, respuesta décima), así como que el conmutador y el teléfono no estaban provistos de auriculares (ver fs. 286, respuesta décimo séptima), lo cual resulta revelador de que los elementos de trabajo no se encontraban dotados de adminículos que pudieran reducir el riesgo de contraer alguna enfermedad laboral. Ello se vincula con lo declarado por el testigo C. quien señaló que existen normas de seguridad para evitar las lesiones producidas por ruido, que en algunos casos consisten en barreras de protección contra el sonido (ver fs. 275, respuesta sexta). Es que debe recordarse que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN (art. 390 del CPCCChubut), puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí (conf. C. 2da. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 12/2/80, DJBA, 118-367). Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (conf. CN. Civ., Sala E, 31/12/76, LL, 1977-C-182), ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (conf. SCBA, 9/11/79, DJBA, 109-329). En apoyo de la doctrina expuesta, la Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto

las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280). En síntesis de todo lo expresado en este párrafo cabe concluir que la objeción que la apelante realiza en torno al testimonio de V. resulta consecuencia de su visión parcial del mismo sin integrar dicha declaración en su totalidad y con el resto de las demás pruebas.- ----------

--- Seguidamente la aseguradora se refiere a la pericia en seguridad industrial, esgrimiendo que el experto no tuvo contacto con los aparatos usados por la actora y que su conclusión es meramente conjetural ya que respondió que “la operación continua e ininterrumpida del equipo...pudo derivar en una enfermedad profesional como la hipoacusia”, a lo que añade, que no habiéndose acreditado fehacientemente el nexo causal en los términos del art. 1113 del C. Civil no se dan los presupuestos que hacen viable la responsabilidad enrostrada. Reitera que el experto no peritó los aparatos usados por la actora y que el lugar de trabajo ha sido modificado, a lo que agrega que la pericia médica determinó la existencia de la dolencia auditiva en V. pero no la prueba del nexo causal entre dicha dolencia y el trabajo desarrollado por la actora (ver fs. 763/vta.). Esta parte del agravio de la aseguradora se vincula con el primer agravio de la demandada ya que también versa sobre la falta de acreditación de la relación causal (ver fs. 773/775, pto. II.A). Sin embargo, una atenta lectura de este último, revela que efectuó una transcripción de la sentencia para luego señalar que en la misma se efectuó una cita pormenorizada de la doctrina aplicable art. 1113 ya citado, pero que la misma resulta contradictoria y sin sustento en los hechos de la causa, ya que la actora sólo logró demostrar que padece de hipoacusia pero no que la misma resultara consecuencia del desarrollo de sus tareas laborales. Agrega que no se probó que la central telefónica fuera una cosa riesgosa, estando los equipos homologados y su funcionamiento y calidad eran óptimos. Finalmente se explaya acerca de los requisitos de la relación de causalidad.- ----------

--- De la demanda se desprende que la actora atribuyó responsabilidad a la provincia demandada porque el daño fue causado por los equipos sonoros, de amplificación y comunicación, propiedad de la empleadora, y cuya operación fue encomendada a la actora sin cumplir con las previsiones de descanso, rotación de tareas y exámenes auditivos periódicos que hubieran evitado el perjuicio (ver fs. 43 vta., pto. D). De lo dicho cabe deducir que se demandó por riesgo de la cosa propiedad de la provincia, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1113 del C. Civil (ver fs. 42 vta./43, pto. B), mas agrega el factor subjetivo por entender que el estado provincial incurrió en graves omisiones en la relación de empleo (ver fs. 43/vta., pto. C). A su vez, del análisis efectuado en la sentencia, y sobre esto no ha existido agravio, surge que se enmarcó la atribución de responsabilidad bajo la normativa del art. 1113 del C. Civil (ver sentencia a

fs. 736 vta./737, pto. III). No encuentro desencaminado el marco jurídico otorgado en el decisorio, mas debo expresar como ya lo hice en diversos precedentes de este Cuerpo -entre otros, CANE, Sala “B”, SDL Nº 29/09, del 06/04/09- que en los supuestos de accidentes laborales o enfermedades profesionales como el presente, corresponde analizar en primer lugar el cumplimiento de la normativa del art. 75 de la LCT, esto es del deber de seguridad del empleador. Efectúo esta aclaración, ya que si bien el enfoque a la luz del art. 1113 del C. Civil es correcto, ello no impide que también pueda analizarse la cuestión relativa a la atribución de responsabilidad desde el cumplimiento o no del deber de seguridad, el que también fue introducido por la actora al invocar que la provincia incumplió con las normas vigentes en la materia (ver fs. 43/vta., pto. C). Por lo demás, permítaseme recordar que la alzada puede pronunciarse de conformidad con el aforismo *iura novit curia*, es decir, dando distintos fundamentos de derecho que los invocados por las partes y el propio juez de primera instancia (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 959). En base a lo antedicho, debe recordarse que de acuerdo a la jurisprudencia sobre el tema, en vigencia de la ley 9688, la Cámara Nacional del Trabajo en pleno consideró aplicable el art. 1113 del C. Civil en el caso de haberse optado por la acción de derecho común a la que se refiere el art. 17 de la ley 9688 (conf. CNAT, en pleno, 26/10/71, Acuerdo Plenario Nº 169, in re: “Alegre, Cornelio c/ Manufactura Algodonera Argentina” cit. en Ackerman, op. cit., 116). Así también en algunas oportunidades se ha enmarcado la cuestión en el ámbito contractual (conf. CN. Com., Sala D, del 09/11/07, in re: “Samaniego, Nicolás c/ Copinco Invest S.A. s/ ordinario, elDial-AA44E5). Es más, la propia Corte Federal, en los antecedentes mentados, en “Gorosito” hizo referencia a las normas de la responsabilidad contractual (arts. 520 y 521 del C. Civil), mientras que en “Aquino” se efectúa una referencia explícita a los arts. 1109 y 1113 del campo aquiliano. En resumen, sin perjuicio del primer análisis que efectuaré a la luz de la responsabilidad contractual, habré también de considerar el planteo de acuerdo a las normas de la responsabilidad aquiliana.- ----------

--- En el marco de la responsabilidad contractual, el art 75 de la LCT establece el deber de seguridad a cargo del empleador. Es cierto que en el actual texto de la norma, modificado por la ley 24557, se eliminó el epígrafe “Deber de seguridad” y la obligación del empleador de “adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la técnica y la experiencia sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores”, lo que ha llevado a la doctrina a replantearse sobre la subsistencia del deber de seguridad. Sin embargo existen diversas razones que conducen a afirmar la subsistencia de este deber. En el orden constitucional, el art. 14 de la Const. Nacional asegura al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor” y luego de la reforma de 1994, por el art. 75, inc. 22 se ha dado jerarquía constitucional a la protección a la vida, la salud y la integridad psicofísica y moral de los trabajadores. En el orden normativo, la propia directiva del art. 75 de LCT sobre la observancia por parte del

empleador de las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo remite al contenido obligacional de la ley 19587 que comprende “las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto” la protección de “la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores (art. 4, inc. b), e incluso estatuye expresamente que: “todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores...” (art. 8). Finalmente existen motivos de índole contractual, por cuanto en todo contrato se considera ínsita la obligación de seguridad, como derivada de la buena fe contractual (art. 1198 del C. Civil), por lo que si esto se afirma en los contratos civiles y comerciales, con mayor razón cabe expresarlo dentro del ámbito del contrato de trabajo, donde el compromiso de la vida e integridad física del trabajador es mayor (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Ed. La Ley, 2007, Tº II, págs. 917/919). Soy consciente de que podría invocarse que en virtud de lo dispuesto por el art. 2, inc.a) de la LCT, dado que la actora era empleada pública, no corresponde la aplicación de las normas laborales citadas. Sin embargo, no debe olvidarse de que se está frente a normativas no sólo legales, sino también constitucionales, como el art. 14 bis de la Constitución Nacional; el art. 7, inc. b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como el art. 24, inc. 5 de la Constitución Provincial. A ello cabe agregar que la ley 19587 cuando alude al empleador involucra a la persona pública (art. 2).- ----------

--- En cuanto a este deber u obligación de seguridad, se lo ha caracterizado como de naturaleza contractual, dado que está presente, en forma expresa o tácita, anexa o independiente, en todo contrato. Asimismo existe en todo tipo de contrato, con independencia de las características de la obligación principal. Y es siempre una obligación de resultado, cuya violación genera responsabilidad de naturaleza objetiva; ello por cuanto en todo negocio jurídico el deudor garantiza la indemnidad del accipiens en lo atinente a bienes diferentes al que constituye su objeto. Por lógica consecuencia, la sola circunstancia de que con motivo del desarrollo de la prestación principal, se produzca un daño adicional al accipiens, ello genera contra el deudor una presunción de adecuación causal, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo (conf. Agoglia-Boragina-Meza: “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Hammurabi, 1993, págs. 161/175). Este carácter objetivo de la responsabilidad generada por el incumplimiento de esta obligación, conlleva que, una vez acreditado el daño, el incumplimiento antijurídico, y dada la mentada obligación como factor de atribución -en verdad su violación-, el demandado podrá exonerarse mediante la demostración de la fractura del nexo causal, sea por caso fortuito, hecho de la propia víctima o de un tercero por quien no deba responder (conf. Agoglia-Boragina-Meza, op. cit., pág. 243).- ----------

--- En la especie, el perito en higiene y seguridad laboral admitió que no pudo tomar contacto con el lugar de trabajo, las instalaciones y equipos, en y con los que operaba la actora (ver fs. 659, ptos. a y b), así como que los equipos estaban homologados y correctamente habilitados para el uso que la operadora le daba (ver fs. 660, pto. c). No obstante ello dictaminó que la operación continua e ininterrumpida de dicho equipo pudo derivar en una enfermedad profesional como la hipoacusia y que para evitar dicha consecuencia deletérea, corresponde efectuar una evaluación de riesgos del puesto de trabajo, estudios de audiometrías y en el caso de detección de desviaciones anormales en las mismas atribuibles al trabajo, adoptar medidas correctivas como estudios de ingeniería sobre los equipos y los recintos, y agotada esta etapa la reubicación del trabajador (ver fs. 660/661, pto. d). De lo expuesto cabe inferir que no obstante que el experto no tomó contacto con el lugar de trabajo y los equipos telefónicos, su experiencia y ciencia le han permitido afirmar que la operación continua e ininterrumpida del equipo pudo derivar en la enfermedad profesional, y si bien no establece un nexo causal material indubitado, es claro que la acreditación de la probabilidad de causalidad entre las tareas desarrolladas y la afección de la actora satisface los requisitos de la causalidad adecuada. Es que la causa del daño es sólo aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado. Solamente es causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto: “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Ed. Depalma, 1993, pág. 224). En el “sub lite” el perito aludió al juicio de probabilidad mencionado, a lo que cabe agregar que expresó que la calidad del equipamiento para el trabajo, su funcionamiento correcto y programa de mantenimiento no son la causa principal de la enfermedad profesional, ya que de haberse realizado los exámenes periódicos correspondientes, se habría podido determinar si tal puesto estaba provocando la enfermedad profesional en la actora (ver fs. 662, pto. 2).- ----------

--- De lo anterior cabe considerar que el nexo causal, a la luz de la obligación de seguridad, se establece entre el incumplimiento de las normas relativas a los exámenes periódicos y de distintas medidas de seguridad necesarias y la afección de la actora. Para ello es de tener en cuenta que la ley 19587 establece la obligación del empleador de adoptar las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores en lo relativo a la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias y de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje (art. 8, inc. b); al suministro y mantenimiento de los equipos de protección personal (art. 8, inc. c); y a las operaciones y procesos de trabajo (art 8, inc. d); así como la de disponer el examen preocupacional y revisión médica periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud (art. 9, inc. a), y de eliminar, aislar o reducir los ruidos y/o

vibraciones perjudiciales para la salud de los trabajadores (art. 9, inc. f). Y sobre esto último, el juzgador fue muy claro al señalar que *"se revela la importancia que asume la conducta del empleador en tanto y en cuanto debió ajustarse a la legislación vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, no existiendo constancias en autos que hubiera adoptado las medidas preventivas correspondientes a los fines de evitar el daño a la salud de la actora. Debe tenerse presente, que tal como lo reconoció la demandada en su escrito de contestación de demanda, en la época en la cual la actora ingresó a trabajar bajo su dependencia no se exigía el examen preocupacional -ver fs. 73-. Además, afirmó, que la actora sólo trabajó como telefonista catorce años -14 años- ya que en 1989 fue reubicada en tareas administrativas hasta su jubilación por invalidez, al detectarse una hipoacusia perceptiva bilateral a raíz de audiometrías llevadas a cabo por su parte -ver fs. 73 vta./74-. De acuerdo a ello, por un lado, surge que sin perjuicio del tiempo en el cual la actora prestó servicios como telefonista, la demandada la reubicó en otras tareas como consecuencia de la lesión auditiva detectada en razón de los exámenes realizados. Por otro lado, si bien negó que hubiera incumplido con la normativa vigente a fin de evitar un daño en la salud de la actora, la demandada no probó en estas actuaciones que tomó los recaudos necesarios para evitar el daño que finalmente experimentó la trabajadora. Es decir, que no acreditó en modo alguno la fractura del nexo causal existente entre el daño y el riesgo creado, a través de la debida actividad probatoria que sobre ella pesaba. A tal efecto, resulta esclarecedora la pericia médica llevada a cabo en autos según la cual la causa de la enfermedad profesional padecida por la actora se originó en la prestación de sus tareas como telefonista en virtud de la exposición prolongada a ruidos producidos por los equipos utilizados y en un ambiente inadecuado para el trabajo que le ocasionó lesiones de carácter permanente"* (ver sentencia a fs. 739 vta.).- ----------

--- Encuentro que queda claro con el análisis del juzgador, cuya argumentación no fuera debidamente criticada por las apelantes, que el nexo causal ha quedado acreditado entre la omisión de las obligaciones relativas a la higiene y seguridad laboral por parte de la empleadora, a lo que cabe agregar la de las obligaciones específicas de la aseguradora de acuerdo a lo dispuesto por el art. 4.2 de la LRT -según lo concluido "ut supra"-, y la enfermedad profesional. Es del caso destacar que de acuerdo a las constancias del legajo personal de la actora que obra reservado en copias certificadas (Nº 00179), se desprende un informe del 19/10/89 (ver fs. 11) que da cuenta de que se le practicó una audiometría que dio como resultado traumatismo acústico leve. Asimismo del expediente administrativo Nº 01623 del año 1999 -también reservado- surge que se le practicaron dos audiometrías, una el 05/09/89 (ver fs. 13) y otra el 19/05/97 (ver fs. 09). Estos dos estudios se encuentran también documentados a fs. 16 de la carpeta médica de la actora, y a fs. 13 del expediente administrativo 00400 del año 1998, ambos también reservados. Dejo aclarado que el resto de las audiometrías que lucen en la documental reservada, fueron prácticas que a través de la obra social la

actora realizó por su cuenta y no por decisión de la empleadora. Esta reseña arroja el resultado de que a lo largo del extenso desempeño de la accionante para el estado provincial durante veinticinco años, este último ha podido demostrar solamente la práctica de dos controles audiométricos. Agregaré que en la hipótesis de que se considere que el caso en examen debe enfocarse bajo la óptica de la responsabilidad extracontractual, también resulta claramente demostrada la misma, ya que la afección de la actora fue consecuencia del riesgo inherente al ambiente de trabajo, lo que incluye no sólo el uso de los equipos telefónicos sino las condiciones del desarrollo de las tareas, lo que involucra la ausencia de exámenes periódicos, la exposición de la actora a ruidos constantes, la falta de adopción de medidas de seguridad en los equipos. Es así que en lugar del riesgo de la cosa cabe referirse al riesgo del ambiente laboral, y ello quedó plasmado en la pericia médica cuando el experto dictaminó que *En cuanto a establecer la relación entre trabajo y daño es altamente causal, y no se registra diferencia entre ambos oídos, ya que el daño fue producido por los ruidos y vibraciones provenientes de la central telefónica, y no por el auricular utilizado"* (ver fs. 600, pto. c). Y tal pericia no fue impugnada en la instancia anterior, como bien lo destacara el sentenciante de grado (ver sentencia a fs. 739 vta. "in fine"), ni fue objeto de crítica concreta en los agravios tratados. Sólo añadiré que el art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil ha sido interpretado en cuanto a que no se limita al riesgo de una cosa, sino que es factible entender como factor de atribución al riesgo de una actividad, ya que es un principio vigente en la actualidad la proyección del riesgo, más allá de las cosas, a cualquier actividad humana peligrosa. Y en los daños que derivan de una actividad riesgosa, puede ocurrir que no intervengan cosas en el proceso perjudicial o que, aunque sí intervengan, el peligro no derive de éstas sino de la manera de emplearlas o de controlarlas, en cuyo caso la creación del peligro es imputable al titular de la actividad riesgosa (conf. Zavala de González, Matilde: "Responsabilidad por riesgo", Ed. Hammurabi, 1997, págs. 195/196 y 208). En la especie, ya sea por incumplimiento del deber de seguridad o por ser titular de la actividad riesgosa la provincia demandada resulta responsable, y otro tanto cabe señalar respecto de la ART por incumplir sus obligaciones específicas.- ----------

--- En resumen de todo lo expuesto, propongo el rechazo de los agravios analizados.----

--- 3) Paso ahora al examen de las quejas de los apelantes con relación a los rubros acogidos. El sentenciante hizo lugar al rubro de gastos médicos realizados y gastos terapéuticos futuros. Para los primeros consideró que *"el reclamo de gastos efectuados por la actora por consultas médicas y exámenes, se ha acreditado con la documental obrante en autos -ver fs. 18/25 y a través de los testimonios producidos por los profesionales intervinientes -ver fs. 275, 285 y 287-. De tal modo, encontrándose acreditados los gastos pretendidos por el concepto mencionado, se hará lugar por la suma de Pesos Dos Mil ($ 2.000)"* (ver sentencia a fs. 740 vta.). Sobre este ítem, la aseguradora comienza agraviándose de la cita que el juez realiza acerca de que no es

necesario acreditar las erogaciones sino que basta con la obligación de asumirlos, así como que se consideró el testimonio de los médicos lo cual no es una prueba idónea para probar el efectivo desembolso de dinero y su monto (ver fs. 763 vta./764, octavo agravio, ptos. a y b). La crítica de la demandada transita por la misma línea argumentativa, esto es, que los gastos médicos realizados deben ser efectivamente acreditados por lo que no están exentos de prueba, que los mismos deben ser ciertos, a lo que agrega que los estudios y consultas a los que se alude son cubiertos por la obra social provincial (ver fs. 775/777, pto. II. B). Al respecto ha de decirse que la documental aludida por el juez de grado (fs. 18/25) consiste en certificados de los profesionales que atendieron a la actora y en informes de estudios que le fueron practicados -básicamente audiometrías-, prestaciones que se corroboran con los testimonios de los profesionales tratantes, todo lo cual demuestra que la actora concurrió a consultas, así como que se sometió a estudios y tratamientos correctivos, como también se ha demostrado la necesidad de ingesta de medicamentos.- ----------

--- Sobre este rubro se ha sostenido que a veces se trata de desembolsos ya efectuados o que pueden todavía adeudarse, en cuya hipótesis el reclamante tiene derecho a pretender el monto para cancelar ese pasivo que lo afecta. De allí que dado que los gastos terapéuticos son consecuencia inevitable del accidente -o enfermedad-, siquiera con alguna extensión, la jurisprudencia sustenta un criterio flexible, y no requiere prueba efectiva y acabada sobre la realidad de los desembolsos y su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden razonable vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, que exista la debida relación causal. Es que las lesiones sufridas por la víctima deben constituir plataforma objetiva suficiente como para inferir, no sólo la necesidad de tratamientos, sino su envergadura; es decir, debe haber adecuación causal entre el resultado nocivo y las técnicas requeridas o convenientes para subsanarlo, cuyo costo se reclama (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas”, Tº 1, págs. 359/361). Del análisis de los estudios y prestaciones recibidas surge la pertinencia de los mismos con la afección de la actora. En cuanto a la cobertura por la obra social, de los testimonios surge que la actora vio parcialmente cubiertos esos gastos mediante el sistema de obra social (ver fs. 285, respuesta octava y fs.287, respuesta novena), y no la totalidad de los mismos. Por lo demás cabe recordar que en el supuesto de que el damnificado cuente con obra social, como es el caso de autos, la sola circunstancia de que el reclamante se encuentre mutualizado no autorizaría a desestimar su pretensión ante la frecuencia con que las obras sociales no cubren determinados rubros, o no lo hacen en su totalidad. En otros términos, lo que excluye la legitimación sustancial de la víctima es la cobertura de los gastos por la obra social y no el mero contrato afiliatorio vigente con ésta. Pero indudablemente esta última situación impone extremar el esfuerzo probatorio con relación a los desembolsos no satisfechos por el ente mutual; ello sin perjuicio de que,

dentro de límites razonables o tratándose de importes de poca entidad, pueda admitirse prudencialmente la pretensión no acreditada, en función de la circunstancia común de que el apoyo de las entidades mutuales no es integral (conf. Zavala de González, Matilde: “Resarcimiento de daños. Daños a las personas”, Ed. Hammurabi, 1996, Tº 2 a, págs. 137/138.- ----------

--- Bajo las premisas indicadas, entiendo que el monto acogido de $ 2.000 por gastos médicos ya efectuados (ver sentencia a fs. 740 vta.), no resulta excesivo, especialmente si se tiene en cuenta la duración del tratamiento psiquiátrico que informa el médico tratante, así como la prescripción de medicamentos necesarios (ver fs. 285/vta., respuestas tercera y novena). Es por ello que se rechazan los agravios examinados.- ----------

--- En cuanto a los gastos terapéuticos futuros, el juez de grado tuvo en cuenta que, en base a las pericias de autos, la actora debe utilizar otoamplífenos y realizar controles audiométricos cada tres años con un eventual cambio de equipamiento. Además deberá someterse a rehabilitación fisiokinésica y psiquiátrica, a lo que añade la necesidad de realizar consultas al especialista en oído -una cada tres meses- y al psicólogo -tres por mes- (ver sentencia a fs. 740 vta.). Estas conclusiones se encuentran respaldadas por las pericias médica (ver fs. 599/600, pto. E.1, C, b) y psiquiátrica (fs. 618/619). De lo expuesto se desprende que la necesidad de estos gastos terapéuticos futuros no son meramente conjeturales como señala la aseguradora (ver fs. 764, pto. c), y tampoco se trata de un daño incierto como lo propone la empleadora (ver fs. 775 “in fine” y 776 “in fine”). Asimismo respecto a lo expuesto de la cobertura por parte de la obra social (ver fs. 776 vta., 1er. y 2do. párrafos), me remito a lo ya indicado con relación a los gastos médicos efectuados. Por lo demás, en cuanto al monto reconocido, cabe tener en cuenta que al estimarlo, la actora ya computó la cobertura parcial de la obra social en cuanto a las consultas (ver fs. 41 vta., pto. 3, 2), y que el juzgador redujo prudencialmente el mismo a $ 14.856 (ver sentencia a fs. 740 vta., 1er. párrafo “in fine”) frente a la suma requerida de $ 35.160 (ver fs. 41 vta., 2do. párrafo), por lo que concluyo que no existen elementos fehacientes para reducir dicho monto. Por lo tanto postulo el rechazo de las quejas contra el tópico gastos terapéuticos futuros.- ----------

--- Con relación al rubro incapacidad sobreviniente, la aseguradora cuestiona la utilización de la fórmula polinómica ya que la misma es de uso en el ámbito laboral y no en el civil, agregando que la actora obtuvo su jubilación por invalidez, por lo que se adiciona a la indemnización por incapacidad, debiéndose asimismo descontar de la misma los importes percibidos en concepto de haber previsional, ya que de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora (ver fs. 764/vta., pto. d). Con relación a la aplicación de la fórmula polinómica, el juzgador se atuvo a la misma, argumentando que la misma ha sido receptada ampliamente por nuestros tribunales (ver sentencia a fs. 741, 1er. párrafo). En realidad la aseguradora se queja con fundamento en que sólo es aplicable en el ámbito laboral, sin embargo cabe señalar

que su no aplicación muy probablemente repercutiría en un incremento del resarcimiento, ya que justamente la fórmula se limita a los ingresos del damnificado. Es que la misma da como resultado un capital idóneo para generar una renta equivalente a la pérdida periódica, pero ésta no se calcula sobre la base de la productividad del capital, sino también de los potenciales intereses derivados de su inversión. Parte en lo básico de los salarios o de la productividad del sujeto, de allí que las pautas fundamentales son las ventajas o ingresos, reales o presuntivos, el porcentaje de minusvalía y el expectable residuo de vida productiva que quedaba a la fecha del siniestro (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas”, Ed. Astrea, 2009, Tº 2, pág. 165). Es así que la aseguradora vería sin dudas incrementada su condena en el caso de no utilizarse la referida fórmula, ya que se tendrían en cuenta otras variables más allá de lo estrictamente productivo.- ----------

--- En lo relativo al supuesto enriquecimiento ilícito de la actora por adicionarse este rubro a quien ha obtenido la jubilación por invalidez en razón de la misma enfermedad profesional que origina el reclamo, cabe manifestar en primer lugar que la aseguradora apelante no planteó dicha cuestión en la instancia precedente (ver contestación de demanda a fs. 164 vta./165, pto. VII. B. 4). En consecuencia de ello debe recordarse que en virtud de lo dispuesto por el art. 280 del CPCC -art. 277 del CPCCN-, se consagra una regla general 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 fueron objeto de debate en la instancia precedente. El proceso es único; y el recurso de apelación es una etapa o instancia dentro de ese proceso; la ley ha distribuido el conocimiento de cada etapa a un tribunal distinto; pero siendo una etapa o instancia dentro de un único proceso, el contenido u objeto de esta segunda etapa nunca puede exceder -salvo los supuestos excepcionales previstos por la ley- del contenido u objeto del proceso planteado en la primera instancia (conf. Loutayf Ranea, Roberto G.: “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2009, pág. 180). Es así que, no habiéndose introducido la cuestión en la instancia de grado, está vedado a este tribunal pronunciarse al respecto. Sin perjuicio de ello, es de destacar que se ha sostenido que negar o reducir la indemnización por incapacidad sobreviniente únicamente se concibe de aceptarse una *compensatio lucri cum damno* en relación con los beneficios previsionales, es decir, si se considera que estas ventajas disminuyen o hacen desaparecer el perjuicio que el hecho genera y que, por ende, resultarían deducibles de la nocividad económica. Sin embargo para rechazar este argumento basta señalar que los beneficios previsionales sólo en apariencia son lucros, pues reconocen su origen en un precedente sacrificio económico: aportes correlativos a los años de servicio, y aun tratándose de pensiones graciables, dichos sacrificios son realizados por los miembros de la sociedad mediante impuestos. Ni unos ni otros se afrontan para enervar ni aminorar responsabilidad por daños injustos (conf.

Zavala de González, Matlde: “Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas”, ya citado, pág. 121). En síntesis, por los argumentos expuestos, habré de rechazar el agravio de la aseguradora relativo a la incapacidad sobreviniente.----------

--- La actora se agravia respecto de este rubro, en primer lugar, por la misma razón que la ART, el uso de la fórmula matemática. Señala que conduce a un resultado irrazonable, a una suma irrisoria en la especie, ya que toma en cuenta variables limitadas a la esfera productiva, citando jurisprudencia de la Corte Federal que cuestiona por dichos motivos su utilización, esto es, por no comprender los perjuicios en la vida de relación, por derivar en resultados reduccionistas. Concretamente refiere a la afectación que la enfermedad produjo en la actora para desempeñarse en las tareas hogareñas y en las relaciones familiares (ver fs. 767 vta./768 vta., pto. 1). Efectivamente, en la demanda la actora adujo que la indemnización por este rubro no debe reducirse al aspecto laboral y que tomaba las pautas relativas a la vida productiva como pautas mínimas, habiendo hecho alusión a la afectación en la vida de relación, familiar y a la actividad de la actora como ama de casa (ver fs. 40 vta. “in fine”/41). Sobre este aspecto se ha entendido que el soporte normativo del artículo 1086 del Código Civil se ha enriquecido con su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, por lo que -en interpretación uniforme- la incapacidad sobreviniente abarca e involucra todas las afectaciones a la integridad psicofísica de la persona y resarce todas las repercusiones, no sólo laborales o productivas, sino también las personales, familiares y sociales de la víctima. En general, y en compendio simplificado, para la determinación de la incapacidad sobreviniente deben computarse todas las circunstancias subjetivas de la víctima y las objetivas relativas al hecho lesivo, y no sólo se computa la incidencia del daño a la actividad lucrativa o productiva de la víctima -lo que, no obstante ello, constituye un dato relevante- sino que atiende también a las potencialidades y proyecciones del sujeto (conf. Galdós, Jorge Mario: “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004-3 “Determinación judicial del daño-I”, págs. 61 y 65). Es más, debe tenerse en cuenta que las actividades productivas no se ciñen a las que permiten obtener ventajas dinerarias; comprenden el logro de beneficios tangibles o la realización de tareas útiles, en su más amplio sentido, incluyendo las domésticas, en cuya virtud tales proyecciones materiales de la incapacidad no son neutras sino negativas, y deben evaluarse como tales (conf. Zavala de González, Matilde: “Desde la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial”, en “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal-Culzoni, 2009-3, “Daños a la persona”, pág. 119).- ----------

--- En virtud de lo expuesto cabe concluir que la vida de relación de la actora se ha visto afectada por la enfermedad que origina el reclamo de autos, en especial para el desarrollo de las actividades cotidianas (ver pericia a fs. 599, pto. D). Se aclara que no se incluyen aquí las afecciones de índole anímica o espiritual que corresponden a su resarcimiento bajo el concepto de daño moral. Es así que, dada la repercusión de la

incapacidad física en aspectos relativos a la vida de relación, es que propongo acoger este agravio, postulando incrementar prudentemente el grado de incapacidad determinado en un 10% más.- ----------

--- La actora se queja de que se tomara como variable ingreso el salario mensual al tiempo de la determinación de la incapacidad (junio del 2000), suma que asciende a $ 734,49, ya que reduce la cuestión a lo meramente productivo, pero además congela este ítem al inicio de un período que se prolonga por el lapso de dieciocho años. Aduce así que ni siquiera es el sueldo promedio, como que no se tuvo en cuenta la merma prematura de ingresos por la jubilación por invalidez. A ello añade que dicho monto ancla el ingreso a una época en la cual el estado provincial se hallaba en emergencia económica, la cual luego fue “levantada”, y que debe modificarse la aplicación de una tasa de interés pura (ver fs. 769/770). Al respecto cabe decir que sería arbitrario tomar otro ingreso que no fuera el que percibía la actora al tiempo de la determinación de la incapacidad, y ello porque no existen razones para tomar el que percibiría en la actualidad o al final del cómputo del período de dieciocho años considerado en la sentencia. Tampoco podría tomarse el salario promedio ya que se desconoce el sueldo que percibiría al final del período señalado. De allí que la necesidad de certeza impone que el ingreso sea establecido al tiempo de la producción del daño, que en la especie se patentiza con la determinación cierta de la incapacidad. En cuanto a que al tiempo de fijación del ingreso el estado provincial se hallaba en emergencia económica y que la tasa anual pura del 6% no contempla el fenómeno inflacionario, cabe destacar que dichas “desventajas” se ven compensadas con el tiempo de cómputo de los intereses compensatorios que será objeto de tratamiento al examinarse los agravios pertinentes. Es que si se computan intereses sobre el monto de condena desde la producción del daño y a su vez se actualizara el monto del ingreso a una época posterior a dicho momento o se aumentara la tasa de interés puro para que contemple el fenómeno inflacionario, se produciría un enriquecimiento sin causa de la actora. Al respecto cabe recordar lo expuesto por la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario Samudio de Martínez (20/04/08; LL, 4/5/09), en el cual se adoptó la tasa activa para el cálculo de los intereses moratorios o compensatorios, con la salvedad de que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia no implique una alteración del contenido económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. La preocupación que sustenta tal salvedad radica en evitar un exceso en la potenciación de un capital depreciado en cuya virtud si éste se fija en valores coetáneos a la sentencia, deja de estar licuado, y por eso no cabe que, mediante algún componente de la tasa tendiente a paliar la inflación, se acreciente sin justificación la indemnización a cargo del responsable (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, Ed. Astrea, 2009, pág. 471). En la especie cabe recordar que se aplicó la tasa activa desde la fecha la mora -25/02/02- (ver sentencia a fs. 742 vta.), por lo que más allá del examen de esta fecha que se hará

al tratar los agravios respectivos, es de señalar que si se tomara en cuenta un ingreso promedio o actualizado a la fecha del decisorio o se tomara otra tasa de interés superior a la pura para el cálculo de la fórmula, se estaría repotenciando el capital con lo cual habría una superposición de compensaciones con la tasa activa fijada en la sentencia. A ello cabe añadir que el ingreso considerado en la aplicación de la fórmula tiene su razón de ser en que es el percibido al inicio del período de vida útil computable de 18 años, ya que si se considerara uno más próximo en el tiempo, ello debería traducirse en un acortamiento del período mencionado, salvo que se modifique anualmente el ingreso de acuerdo a las variaciones sufridas lo que llevaría al engorroso mecanismo de efectuar dieciocho aplicaciones de la fórmula, una por cada año. Por todo lo expuesto entiendo que corresponde desestimar este agravio.- ----------

--- A continuación la actora cuestiona el porcentaje de incapacidad considerado, señalando que, si bien, la perito médica determinó una incapacidad del 43,35% se limitó a la disminución de carácter orgánico auditivo, por lo que entiende que debe adicionarse el 20% de incapacidad psíquica que fuera determinado en la pericia psiquiátrica (ver fs. 770/vta., pto. 2). En la sentencia, efectivamente se tomó el porcentaje del 43,35% de incapacidad de acuerdo a la pericia médica (ver fs. 598), por lo que asiste razón a la apelante en que debe tomarse en cuenta también la incapacidad de orden psicológico, por lo que corresponde considerar lo informado por la experta a fs. 670 en cuanto a que a la incapacidad orgánica debe sumarse la derivada de las manifestaciones depresivas que presenta la actora (ver pto. 1), precisándose esta incapacidad en un 20% (ver pto. 2, 2do. párrafo). Ahora bien, debe recordarse que entre los gastos terapéuticos futuros se reconoció el costo de las consultas a profesionales de la ciencia psicológica (ver sentencia a fs. 740 vta., 1er. párrafo “in fine”, y petición en demanda a fs. 41 vta., pto. A, 2). En consecuencia debe tenerse en cuenta lo sostenido en cuanto a que resulta improcedente la indemnización por daño psicológico, si las secuelas psicológicas no resultan irreversibles, pues el monto del resarcimiento no puede ir más allá del indicado por el profesional informante como propio para afrontar los costos del tratamiento recomendado (conf. C. 1era. Civ. y Com., San Nicolás, 10/5/02, LLBA, 2004-120); en el mismo sentido se ha sostenido que resulta improcedente otorgar en forma independiente una suma resarcitoria en concepto de tratamiento psiquiátrico, toda vez que en el daño psíquico se lo incluye; de lo contrario, existiría para el reclamante una doble e injustificada indemnización (conf. CN. Civ., Sala K, 30/10/01, LL, 2001-E-715). Es que en la medida de la previsible mejoría, no cabe indemnizar la incapacidad psíquica como si no se reparara también el costo de la terapia a desplegar con aquel objetivo (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas”, “Disminuciones psicofísicas”, Tº 1, Ed. Astrea, 2009, pág. 189). Ahora bien, en la pericia médica se dictaminó que para optimizar la rehabilitación de la actora está indicado tratamiento psiquiátrico y/o psicológico, dados los trastornos psicosociales que presenta (ver fs. 600, 1er. párrafo). A su vez la perito psiquiatra

determinó que en cuanto a la posibilidad de rehabilitación en el aspecto psíquico, la misma depende directamente del tipo de lesión acústica, de allí que el grado de rehabilitación sea variable. Añade que si bien el cuadro depresivo remite mediante tratamiento, la enfermedad médica que lo origina se agrava, de allí que las manifestaciones depresivas se sostienen aunque con un carácter leve, conformando un estado crónico reactivo (ver fs. 618 vta., pto. A “in fine” y fs. 619, 1er. párrafo). Como corolario de lo antedicho es del caso concluir que el tratamiento psiquiátrico o psicológico mitigará pero no remitirá totalmente el estado depresivo y por ende la incapacidad consiguiente. Es así que habré de hacer lugar parcialmente a este agravio, estimando prudente una reducción de la incapacidad al 50% mediante el tratamiento futuro cuyo costo fuera reconocido. Por lo tanto, se reconocerá el 10% de incapacidad psíquica, la que sumada al 43,35% de la incapacidad orgánica, más el 10% que he reconocido más arriba por la afectación de la vida de relación, totalizan un resultado final del 63,35%.----------

--- Finalmente, en cuanto al rubro incapacidad sobreviniente, la actora objeta que se tomó como base de cálculo un ingreso de $ 734,49 a junio de 2000, cuando se informó que a ese tiempo el mismo ascendía a $ 794,65 (ver fs. 770 vta, anteúltimo párrafo). El juez se atuvo a las constancias de fs. 38 del legajo personal de la actora para fijar el monto de $ 734,49. No habré de acoger el agravio, y ello porque la apelante se basa en lo dictaminado por el perito contador a fs. 510, pto. 5, sin embargo el experto no calculó el ingreso de la actora a junio del año 2000, sino que calculó el ingreso base en los términos del art. 12 de la LRT, que resulta de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, el que luego se multiplica por 30,4 (conf. art. 12 de la ley 24557). Pero acontece que esta acción es extrasistémica, por lo que no procede considerar el cálculo señalado, cuya finalidad resulta funcional al cómputo de las prestaciones sistémicas de la LRT.- ----------

--- En definitiva, corresponde reconfigurar la fórmula financiero-matemática, de acuerdo a los agravios acogidos favorablemente, lo que lleva a modificar el componente de porcentaje de incapacidad, siendo el resultado final el siguiente:----------

$$C = 6.048,89 \cdot \left(1 - \frac{1}{(1+0,06)^{18}}\right) \cdot \frac{1}{0,06} = 65.503,42$$

--- En consecuencia se eleva el monto del rubro incapacidad sobreviniente a **pesos sesenta y cinco mil quinientos tres con cuarenta y dos centavos ($ 65.503,42)**.------

--- 4) La aseguradora se agravia del monto receptado en concepto de daño moral, ya que lo considera excesivo. Funda su queja en que la actora es una persona de avanzada edad y que cuando se establece la junta médica le restaban pocos años para

jubilarse, por lo que el monto de $ 50.000 resulta superior al procedente (ver fs. 764 vta./765, pto. C). En términos similares se agravia la provincia demandada, agregando que la actora no acreditó ningún tipo de lesión psíquica (ver fs. 777/vta., pto. II. C). En cuanto a esto último entiendo que la recurrente se equivoca, ya que con la pericia psiquiátrica de fs. 618/619 se demostró el cuadro depresivo que presenta la actora, el cual fue caracterizado como un estado crónico reactivo, consecuencia del agravamiento de la disfunción orgánica auditiva. A ello debe añadirse las consecuencias que la enfermedad ocasiona en la vida de relación de la actora, tanto en lo familiar como en lo social (ver fs. 599, pto. D).- ----------

--- En relación al daño moral, he sostenido en numerosos antecedentes que el mismo 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). Para cuantificar el daño moral 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 (conf. CN. Civ., Sala C, ED, 81-520), habiéndose agregado en forma conteste que no existiendo ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral, la reparación de este daño debe determinarse ponderando esencialmente la índole de los sufrimientos y molestias experimentados por el damnificado y no mediante una proporción constante que vincule los daños cuya reparación se reclama, razón por la cual, en función de las particularidades del caso, dicha proporción puede variar (CN. Fed. Civ. y Com., Sala III, Rep. LL, 1983-A-I, pág. 642). 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). Reiteradamente he considerado como pautas cuantificadoras las diez reglas enunciadas y explicadas por Mosset Iturraspe (conf. aut. cit.: “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, LL del 03/02/94). Destaco entre ellas la armonización con casos semejantes (nº 8). En el mismo orden de ideas se ha dicho que para cuantificar las indemnizaciones ha de tenerse en cuenta el valor relevante de los precedentes porque permiten trazar paralelos entre casos semejantes y reconocer montos resarcitorios que dejen a salvo los principios de justicia, igualdad y seguridad jurídica (conf. Highton-Gregorio-Álvarez: “Cuantificación de daños personales...”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 21, Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 127 y sigs). Es así que, teniendo en cuenta dicha pauta, observo que esta

Sala ha considerado prudente el reconocimiento de $ 20.000 por daño moral en el caso de lesiones a una persona de 33 años y con un 22,70% de incapacidad (ver CANE, Sala “B”, SDC Nº 42/07 del 29/11/07). Sin embargo no puedo dejar de considerar que dicho antecedente es de una antigüedad mayor a los cuatro años, amén de que el compromiso de la capacidad en los presentes resulta mayor. Por otro lado, y dado que la aseguradora menciona precedentes en los cuales se concedió la suma de $ 30.000 por la muerte de un hijo (ver fs. 764 vta. “in fine”, cabe señalar que en reciente precedente esta Sala reconoció, por dicho lamentable suceso, a cada padre el monto de $ 100.000 (conf. CATrelew, Sala “B”, SDC Nº 02/12, del 01/02/12).- ----------

--- En consecuencia, y teniendo en cuenta que la crítica transita por la comparación del monto admitido con otros precedentes, considerando tales pautas, y los diversos antecedentes mencionados, la suma cuestionada no aparece excesiva, por lo que propongo al acuerdo la desestimación de los agravios de la demandada y de la aseguradora.- ----------

--- 5) En cuanto a los intereses, la ART objeta la aplicación de la tasa activa del Banco del Chubut S.A., fundando su objeción en que la misma resulta superior al índice de inflación, por lo que se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la actora. En subsidio y a todo evento requiere que se aplique la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, por considerar que la de la banca provincial es mucho más elevada que la promedio de la plaza local (ver fs. 765/766, noveno agravio).- ----------

--- Al respecto habré de decir que esta Sala se ha expedido al respecto en el antecedente CANE, Sala “B”, SDC Nº 18/09 del 28/04/09, entre muchos otros. En dicha oportunidad señalé que el Superior Tribunal de Justicia provincial en algunos pronunciamientos ha aceptado la tasa pasiva cuando el reclamante continuó percibiendo su salario y su haber jubilatorio, no necesitando recurrir a crédito alguno e imponiéndole por ello que, de pretender la tasa activa, probara haber acudido a un crédito bancario (conf. STJCH, in re: “B. c/ S.”, Expte. Nº 16.563-B-1998, S. 29/SER/99). Sin embargo en otros decisorios ha reiterado que cuando se observa que el demandante no cuenta con recursos propios se infiere su necesidad de acudir a préstamos bancarios o de sus familiares por lo que la tasa activa procede en su aplicación, por lo que, en este caso, se impone a la demandada la acreditación que el reclamante se encuentre en una situación que le haga innecesario recurrir al crédito (conf. STJCH, in re: “H. c/ Prov. del Chubut”, Expte. Nº 17.959-H-2000, S. 24/SRE/2001).- ----------

--- Esta Cámara ha sostenido la aplicación de la tasa activa, especialmente a partir de la SDL 194/94 (conf. CANE, SDL 13/96; 45/96; 50/96; 58/96; Sala “A” en SDC 03/98, SDL 31/98; entre otros). Se argumentó que la situación del acreedor judicial no es por cierto la misma que la de un inversor bancario, ya que éste deposita por su voluntad una suma de dinero en una institución bancaria, por lo que acepta privarse de su capital para recibir un beneficio que se expresa con la tasa pasiva. Pero el acreedor judicial no

es libre de usar su dinero por cuanto el mismo le está siendo retenido por su deudor. Es así que aceptar que el deudor moroso pague la tasa pasiva viene a equivaler a una suerte de facultad expropiatoria sobre su acreedor, por un precio similar al que el titular del crédito hubiera obtenido si voluntariamente se hubiera privado de utilizar su dinero al depositarlo en un banco, pero sin compensarle la evidente pérdida de su libertad económica por encontrarse imposibilitado durante la mora de decidir por sí mismo el destino de su dinero, debido a la retención que por ella le está efectuando el deudor de la obligación de dicho capital. Por tal razón es presumible, sin necesidad de prueba concreta de haber accedido a un crédito bancario, que a partir de la mora el acreedor debió someterse para poder utilizar el capital del que se vio privado, a las tasas del mercado, o utilizar otro capital destinado primariamente a otros fines, o acudir a fuentes de financiación no bancarias con tasas también harto presumiblemente superiores a las del mercado. Por lo tanto el modo más equitativo y racional es indemnizarle su daño por la mora con el pago por el deudor de la tasa activa sobre el capital adeudado.- ----------

--- Amén de los argumentos que este Cuerpo sostuviera, de acuerdo a lo arriba expresado, cabe precisar que la tasa pasiva se trata de una pauta de la que los jueces podrán disponer a los fines previstos por el art. 622 del C. Civil, pero de ninguna manera se trata de una tasa legal de uso obligatorio. A lo que cabe añadir que en reciente fallo plenario la Cámara Nacional en lo Civil ha decidido la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (conf. CN. Civ., en pleno, in re: “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios, del 20/04/09, elDial-AA518A). Sólo añadiré para el caso que se quisiera aludir a que la actora percibe el haber jubilatorio por invalidez, y que por dicha razón se presume que no se vio necesitada de recurrir al sistema bancario, que dicho argumento no ha sido esgrimido en la fundamentación del agravio, por lo que no corresponde hacer mérito de dicha circunstancia. Es que se trata de una circunstancia fáctica y no de aplicación del derecho, por lo que debió ser alegada por la agraviada. En ese orden de ideas, es de recordar que los tribunales de alzada no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos concedidos por ante ellos, pues si prescinden de esa limitación y resuelven cuestiones ajenas, se causa agravio a la defensa en juicio y al derecho de propiedad (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, DJBA., 118-284; CN. Civ., Sala F, 15/11/79, JA, 1980-II-116; entre otros).- ----------

--- Por último añadiré que no corresponde considerar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, como en subsidio se pide, ya que más allá del nivel de la tasa del Banco del Chubut S.A., se trata de la entidad que funge como agente financiero provincial, dado que es aquella con la que opera el sector público, tanto provincial como municipal. Por los argumentos esgrimidos postulo el rechazo de este agravio de la ART.- ----------

--- La actora recurre la sentencia por la fecha de inicio de cómputo de los intereses, ya que se fijó la misma desde la notificación de la demanda (febrero/2002), cuando debió serlo desde la toma de conocimiento de la enfermedad profesional (ver fs. 771/vta., pto. 3). Asiste razón a la accionante. Sobre dicho aspecto cabe señalar que la deuda por intereses presupone mora del responsable y como regla la exigibilidad coincide con la producción del daño, salvo mora ulterior. En otras palabras, la fecha inicial de los intereses se define en función del momento en que surgió y debió satisfacerse el derecho resarcitorio de la víctima por el perjuicio principal, y no por la fecha de la condena o de su cumplimiento, pues la sentencia resarcitoria es meramente declarativa (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, Ed. Astrea, 2009, pág. 450). En concordancia con lo anterior se ha decidido que los intereses deben computarse necesariamente desde la mora, vale decir, desde el día en que se produjo el daño, pues es en ese momento cuando nace la obligación de resarcir cuyo cumplimiento tardío constituye la causa de aquéllos. El deudor de la indemnización debe esos intereses simplemente por no haber reparado el daño cuando éste se produjo, esto es, en el momento en que la víctima adquirió el derecho al resarcimiento. La demora en el pago de la indemnización provoca un nuevo perjuicio, que es compensado mediante un crédito por intereses. Lógicamente para que ese daño adicional sea justamente reparado, el cómputo debe ser completo, de modo de incluir todo el tiempo en que la víctima debió esperar la satisfacción de su derecho (conf. TS Córdoba, Sala Penal, 19/9/95, LLC, 1996-586). ----------

--- De acuerdo a lo expuesto es que habré de fijar como fecha de inicio del cómputo de los intereses aquélla en la cual se produjo el daño, que en la especie se consolida al 11 de junio del año 2000, cuando adquirió carácter definitivo la lesión de la actora, de acuerdo a las constancias obrantes en el expediente previsional (ver fs. 331/333). No obstante lo anterior, cabe considerar el agravio de la demandada con relación al cómputo de los intereses respecto a los gastos terapéuticos futuros, los que solicita que comiencen a correr desde la fecha de adquisición de firmeza de la sentencia, debido a que todavía no se han producido (ver fs. 777, 2do. párrafo). Al respecto he señalado con anterioridad (CANE, Sala “B”, SDC Nº 51/09, del 30/12/09), que este tipo de gastos son una secuela de la lesión que sí se produjo al momento del siniestro, mas los mismos se irrogarán en el futuro, de hecho son determinados en la sentencia a partir de lo dictaminado en las pericias pertinentes. Es que los gastos terapéuticos futuros son resarcibles toda vez que, acorde con la índole de la lesión, sea previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o un gasto que permita afrontar las necesidades sicofísicas derivadas de una incapacidad; “por ejemplo, al dictar sentencia el juez comprueba que el lesionado en su salud deberá continuar realizando algún tiempo más los gastos necesarios para su curación...” (conf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, 1996, Tº 2 a, pág. 127). En base a lo

expuesto, corresponde acoger parcialmente este agravio de la demandada, de acuerdo a lo que se sostiene a continuación. ----------

--- A la luz de los conceptos vertidos, es que corresponde computar los intereses desde la fecha de la mora, esto es la de producción del daño, 11 de junio de 2000, con excepción del capital por gastos terapéuticos futuros, para el cual correrán desde la fecha del decisorio de primera instancia, dado que es en dicha fecha cuando se determinan los gastos en cuestión.----------

--- 6) Por último la demandada se agravia de la imposición de las costas. Para ello argumenta que si bien se acogieron los rubros peticionados por la actora, los mismos fueron reconocidos parcialmente por sumas sensiblemente menores a las reclamadas, por lo que teniendo en cuenta la diferencia entre las cifras pedidas y las aceptadas, considera apropiado que se impongan, por lo menos, en un 40% a la actora, por la existencia de un vencimiento parcial y mutuo (ver fs. 777 vta./779 vta., pto. II.D). Cabe destacar que ningún rubro fue desestimado en su totalidad, sino que se acogieron por sumas menores a las requeridas, las que por lo demás fueron estimadas sin perjuicio de lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse (ver demanda a fs. 40 vta./42). Recientemente he sostenido sobre esta cuestión que la circunstancia de haberse acogido la demanda por menor valor al reclamado carece de trascendencia a los efectos de la distribución de las costas. Es que debe recordarse que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17-412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62;DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465) (conf. CATrelew, Sala “B”, SDC Nº 06/12, del 28/03/12).- ----------

--- De lo expuesto entiendo que la disminución del monto acogido en la sentencia con relación al pretendido en demanda no resulta trascendente para concluir que existió un vencimiento parcial y mutuo, por lo que postulo el rechazo del agravio examinado.--------

--- Resta por analizar la apelación de la ART respecto de los honorarios de los letrados de las otras partes y de los peritos por altos (ver fs. 750, pto. II). En el decisorio se regularon los honorarios de los letrados de la actora, por el desarrollo de todo el proceso en un total del 16% más el 20% por mandato, mientras que para los letrados de la demandada el total fue del 12% más el 20% por mandato. Cabe decir que los mismos no resultan excesivos, ya que se ubican aproximadamente en la mitad de la escala que establece el art. 6 de la ley XIII Nº 4, de lo cual cabe inferir, si se considera el largo trámite que insumió la primera instancia, así como la numerosa prueba producida, que los emolumentos establecidos resultan prudentes. Otro tanto cabe decir con relación a los honorarios de los peritos, dado que se determinaron en un 3%, por lo que, amén de situarse levemente por encima de la mitad de la escala del art. 60 de la ley arancelaria, es de destacar la relevancia de las experticias, tanto en la determinación de la responsabilidad como en la de los rubros reclamados.- ----------

--- En virtud de lo considerado es que postulo el rechazo de este recurso autónomo.-----

--- III.- A la luz de todo lo expuesto y razonado, procede propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia recurrida a los fines de elevar el monto de condena a la suma de **pesos ciento treinta y dos mil trescientos cincuenta y nueve con cuarenta y dos centavos ($ 132.359,42)**, así como de modificar la fecha de inicio del cómputo de los intereses, los que deberán calcularse desde el 11 de junio de 2000, con excepción de los relativos a los gastos terapéuticos futuros los que correrán desde la fecha del decisorio de primera instancia.- ----------

--- La modificación antedicha no altera la condición de vencedor y vencido de las partes, amén de que ya se ha examinado la imposición de costas de la anterior instancia al tratar los agravios respectivos, confirmándose la misma. Otro tanto cabe señalar con relación a los honorarios, por lo que no corresponde su readecuación en los términos del art. 282 del CPCC, amén de que ya se analizó la cuestión al examinar el recurso de la aseguradora en los términos del art. 48 de la ley XIII Nº 4. ----------

--- En relación a las costas de esta sede, es de considerar que se desestiman todos los agravios de la aseguradora, se acogen parcialmente dos agravios y sustancialmente uno de los expresados por la actora, y se rechazan todos los de la demandada con excepción del acogimiento parcial relativo a los intereses sobre las gastos terapéuticos futuros. En consecuencia de ello, resultó vencida totalmente la aseguradora, sustancialmente y en la mayor proporción lo fue la demandada, mientras que la actora resulta parcialmente vencida pero en una proporción menor. En consecuencia, las costas generadas por la participación de la ART se imponen a la misma, las causadas por la intervención de la demandada se distribuyen en un 90% a la misma y en un 10% a la actora, mientras que las originadas en la apelación de la actora se imponen en un 25% a la misma y en un 75% a las demandada y aseguradora (conf. arts. 69 y 72 del CPCC). A tal efecto, y teniendo en cuenta la extensión, mérito y eficacia de las tareas desarrolladas, así como el resultado obtenido, propongo regular al letrado apoderado de

la aseguradora, Dr. G. A. B., en un 25% de lo que le fuera establecido en la instancia de origen; al letrado apoderado de la demandada, Dr. C. M. M., en un 26% de lo regulado para los letrados de dicha parte en la primera instancia; y a los letrados apoderados de la actora, Dres. M. C. P. y E. R. H., en conjunto, en un 30% de lo regulado a los letrados de la actora en la sede anterior; en todos los casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).- ----------

--- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE 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 demandada, la actora, y la aseguradora a fs. 748, 749, y 750, respectivamente, que fueran concedidos libremente a fs. 752, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 732/743 que rechazó las excepciones de incompetencia, falta de habilitación de la instancia, falta de legitimación pasiva, y de prescripción, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6.2., 8.3., 21, 22, 39.1, y 46 de la ley 24.557, e hizo lugar a la demanda entablada por S. M. V. D. D. y condenó a la PROVINCIA DEL CHUBUT y a la ART L. C. S.A. “in solidum” a abonar la suma de $111.673,83.-, con más sus intereses, y con imposición de costas a las demandadas vencidas.----------

----Asimismo, a fs. 750 la codemandada aseguradora apeló los honorarios regulados a los letrados y a los peritos por considerarlo altos, recurso concedido en relación a fs. 752, y a fs. 751 el Dr. G. A. B., por derecho propio, solicitó se subsane la omisión de regular sus emolumentos, lo que dio lugar a la sentencia aclaratoria de fs. 752. ----------

----Los agravios vertidos por la aseguradora, la actora y la demandada lucen a fs. 756/766 y vta., 767/772, y 773/779 y vta., los traslados conferidos a fs. 783 fueron contestados por la Provincia del Chubut a fs. 787/790 y vta. y por la actora a fs. 791/795 y vta. y 796/798 y vta. los correspondientes a los agravios de la aseguradora y la restante codemandada, 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 precisiones que en cada caso corresponda realizar.----------

----2. Por razones de orden lógico corresponde en primer lugar considerar los agravios vertidos por la aseguradora en razón de su eventual proyección sobre el resultado de la litis. ----------

----2.1. Formula queja la apelante por haberse declarado la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1º, de la ley 24.557 y con cita de fallo de la C.S.J.N. expresa que una declaración de inconstitucionalidad no puede fundarse en consideraciones genéricas, meramente abstractas o simplemente teóricas, requiriendo no sólo la aserción de que la norma impugnada causa agravio, sino la demostración de tal agravio que sirve de fundamento al caso concreto. Estima por ello que la actora no mencionó, mucho menos

acreditó, y tampoco explicó en este caso concreto donde radica la pretendida disolución de lo establecido en nuestra Constitución Nacional. ----------

----En tal sentido, cabe destacar que aun cuando se discuta la posibilidad de declaraciones de inconstitucionalidad de oficio, lo cierto es que en la presente causa la parte actora de modo expreso peticionó la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma (art. 46.1.) pues así resulta del escrito inicial (p. VIII, fs. 45 vta.; y p. VIII C, fs. 48/49). ----------

----Al respecto, con relación al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 07/09/04 en los autos caratulados “Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.” se señala que es relevante recordar que la Corte se pronunció sobre el apartado 1 del artículo 46, declarando la inconstitucionalidad de esa norma en cuanto al atribuir a la justicia federal la competencia para conocer en una materia de *Derecho común* -como lo es la relacionada con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales- la sustrae de la competencia de los tribunales *ordinarios*, que es lo que corresponde de acuerdo a las normas constitucionales (Ackerman-Tosca, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, T. VI, pág. 187). Desde los primeros fallos que se dictaron en el ámbito de las provincias sobre la competencia judicial, se notó una tendencia firme que, mientras la Justicia Federal se declaraba incompetente para actuar en las causas derivadas de la LRT, los jueces del Trabajo provinciales declaraban la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LRT y habilitaban su competencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó este criterio, prevalente en el ya célebre caso “Castillo” y declaró la inconstitucionalidad del artículo 46, apartado primero, de la LRT, por decisión unánime de sus integrantes, señalando que la citada norma impide, sin fundamento constitucional, que la Justicia Provincial del trabajo cumpla la función que le es propia, transfiriéndola, indebidamente, al juez federal (Schick, Horacio, “Riesgos del Trabajo”, David Grinberg Libros Jurídicos, 2da. ed., 2009, págs. 169/170). ----------

----En tales condiciones, el sentenciante a fs. 734 con todo acierto aplicó la doctrina fijada por la C.S.J.N. en el caso “Castillo” al declarar la inconstitucionalidad del art. 46, apartado 1 de la L.R.T., y en consecuencia habilitó su competencia para así entender en la presente causa.----------

----En cuanto a que tal declaración es meramente abstracta y que la actora no alegó ni acreditó en el caso concreto que dicha norma importara el quebrantamiento de derechos constitucionales, cabe expresar que no le asiste razón a la recurrente en su planteo. ----------

----Desde ya que el control judicial de constitucionalidad se ejerce en casos concretos para lo cual cabe recordar la fórmula acuñada por la Corte Suprema desde su fallo del 5 de diciembre de 1865 y que el Dr. De Cunto transcribe con cita de doctrina (ver Bidart Campos, German J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, EDIAR, 1993, T. I, pág. 139). También que una norma general que no es inconstitucional en si misma puede derivar en inconstitucionalidad cuando se la aplica a un específico caso.

Por eso, una norma no puede aplicarse en forma mecánica a un caso concreto, pues en esa tarea de aplicación resulta necesario subsumir el caso individual en la norma. Y en ese direccionamiento se señala que: **Este paso es el que pone término a la tarea de aplicación de una norma al caso**. Éste es un paso en cierto sentido mixto: por un lado, **requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual**, una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido, eliminándose sus indeterminaciones; por otro lado requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas (Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, 1ª. reimpresión, 2000, pág. 84) (el resaltado me pertenece). El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* “en” y “para” un caso singular y concreto (Bidart Campos, German J., ob. cit., T. II, pág. 439).----------

----Efectuadas tales consideraciones debe precisarse que la accionante brindó claros fundamentos al peticionar la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas de la ley 24.557, entre ellas el art. 46, apartado 1, pues sostuvo que las mismas establecen un sistema de asignación de competencia que unido a otras normas inferiores y “reglamentarias” sustraen ilegítimamente del conocimiento de los jueces naturales las causas laborales. La sustracción de materias a la justicia Ordinaria, sistema instaurado por la ley 24.557, **a la que nuestra Provincia nunca adhirió**, afecta expresas disposiciones constitucionales, al afectar la competencia laboral, reservada por imperio de los arts. 75, inc. 12, 5, 123 y ccs. de la Constitución Nacional a la competencia local. Ello sin perjuicio de efectuar también abundante cita de fallos y doctrina (escrito de demanda, p. VIII.C., fs. 48/49).----------

----En síntesis, es evidente que la parte actora solicitó la inconstitucionalidad de la citada norma la que cuestiona por erigirse en un indebido obstáculo al reclamo formulado mediante la vía extrasistémica de derecho común, y asimismo por cuanto la jurisdicción federal establecida infringe el reparto de orden constitucional de competencias entre nación y provincias, lo que importa impedir el acceso a la jurisdicción ordinaria con clara afectación de la garantía constitucional del juez natural. -

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

----2.2. Se agravia también por el rechazo de la defensa de falta de acción al declararse la inconstitucionalidad del articulado de la LRT (y de sus consiguientes Decretos reglamentarios), y en particular con relación a la inconstitucionalidad planteada del art. 6 de la LRT para lo cual cita fallo. Sostiene además que las dolencias que reclama la actora no se encuentran incluidas en el Decreto 658/96 ni determinada la actividad en el Decreto 659/96, por lo que son riesgos por los cuales la ART no percibió prima ni contraprestación de ningún tipo.----------

----Al respecto, el juzgador a fs. 734/vta. declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la LRT con apoyo en jurisprudencia por violar los arts. 17 y 19 de la Constitución

Nacional, señalando asimismo que: ***De acuerdo a ello, no cabe duda alguna que frente al sistema cerrado de enfermedades profesionales establecido por la ley de riesgos de trabajo sin admitir otras patologías que se encuentran en adecuada relación causal con el desempeño del trabajo, lesiona definitivamente los derechos constitucionales señalados en los fallos antes mencionados. Por ello, considero que tanto dicha norma legal como su reglamentación -Decreto 1278/00- resultan inconstitucionales por violentar los derechos consagrados en los artículos 16, 17, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional***. ----------

----De tal modo, la quejosa no expuso una crítica concreta y razonada -tal como lo exige el art. 268 del C.P.C.C.- del razonamiento que resultó dirimente para dilucidar la cuestión ya que se circunscribió a expresar que la dolencia reclamada y la actividad no se encuentran incluidas en los Decretos 658/96 y 659/96. ----------

----Asi, no brindó razones que permitan sustentar que hubo un error del juzgador al considerar afectado el derecho de propiedad ante el cercenamiento de los derechos patrimoniales del trabajador para el supuesto que no pueda efectuar reclamo por una dolencia que si bien no figura en los listados presenta una relación de causalidad adecuada con el cumplimiento de las labores desempeñadas. ----------

----En consecuencia, el fundamento expuesto por el sentenciante no mereció crítica concreta alguna por lo que no hay agravio que atender.----------

----La ley procesal 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 constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------

----No existe, por lo tanto, una crítica razonada de los fundamentos que demuestren el error del fallo, si respecto de cada manifestación falta el necesario desarrollo argumental capaz de cerciorar sobre la pertinencia de lo aseverado. En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 355, 360, punto e, y 370, respectivamente, y cita de fallos). ----------

----El agravio carece de contenido, cuando como en el caso …d) Simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamentos a la oposición o formula apreciaciones subjetivas … h) No ataca concreta y frontalmente los verdaderos

fundamentos del fallo (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 1, págs. 838/839). ----------

----En consecuencia, la apelante en este tramo de su queja incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). ----------

----A su vez, sin perjuicio de la deserción propuesta debo señalar, tal como ya lo hiciera en c. 206/11, S.D.L. 36/11, que de acuerdo con la doctrina de la CSJN en el caso “Silva” (“Recurso de hecho. Silva, Facundo Jesús c/Unilever de Argentina S.A.”, Fallos 330:5435), debería entenderse que: - Las enfermedades sufridas por el trabajador como consecuencia de su débito laboral que no estuvieran incluidas en el listado de enfermedades profesionales aprobado por el decreto 658/96, o en las que no concurran los tres requisitos exigidos para el caso en ese listado, o no hayan dado derecho a las prestaciones del sistema por el procedimiento establecido en los incisos b a d, del apartado 2 del artículo 6º de la ley 24.557, y en cuanto se acrediten los presupuestos de la responsabilidad civil, dan derecho, a aquél o a sus derechohabientes, a una reparación plena con fundamento en las normas del Código Civil a cargo del empleador. - Las reglas de causalidad para atribuir responsabilidad civil al empleador por las enfermedades no incluidas en el *listado de enfermedades profesionales* son las que surgen de los artículos 901 a 904 del Código Civil, lo que abre la posibilidad de que frente al rechazo de la cobertura de una enfermedad por aplicación del artículo 6º, apartado 2, inciso b, acápite ii, aquel sea considerado civilmente responsable. - Siendo que estas *enfermedades laborales no profesionales* no dan derecho a las prestaciones del sistema, no opera en el caso la valla del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24.557 y, en consecuencia, no es necesario cuestionar la validez de esta norma para acceder a una reparación de daños y perjuicios con apoyo en las normas civiles (Ackerman, Mario E., “Ley de riesgos del trabajo. Comentada y concordada”, 2011, págs. 346/347). ---------

----En el caso “Silva” la mayoría del máximo Tribunal resuelve declarar procedente la queja y funda la resolución favorable al trabajador en la responsabilidad civil, entendiendo que se ha acreditado los presupuestos de la misma. Sostiene que si se ha demostrado que una enfermedad está vinculada a un hecho antijurídico, la acción procede aún cuando dicha enfermedad no esté incluida en el listado. No considera necesario para arribar a esta conclusión que se declare la inconstitucionalidad del art. 6º inc 2 de la ley 24.557 (Elizondo, Jorge Luis, “Riesgos del Trabajo. Análisis crítico de la LRT”, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2010, pág. 80). ----------

----Ello no impide precisar que se señala que si bien existe coincidencia en reconocer al trabajador el derecho a una reparación plena con fundamento en las normas del Código Civil, mientras que la fundamentación de la mayoría lo hace interpretando el artículo 6 de la ley 24.4557 en favor de su constitucionalidad, los doctores Fayt y Petracchi, desde una posición que guarda semejanza con la sostenida en doctrina por adoptaron una posición coincidente con la seguida en doctrina por Vázquez Vialard y Rodríguez

Mancini, cuestionan la validez constitucional de esa norma en cuanto se interprete que ella priva del derecho a una reparación con fundamento en las normas del Código Civil, y la Dra. Argibay asimila la situación a la que plantea la regla del apartado 1 del artículo 39 y se pronuncia también por la declaración de inconstitucionalidad (Ackerman, Mario E., “La ley sobre riesgos del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2008, pág. 91). ----------

----Por todo ello, aun cuando la recurrente incurrió en deserción parcial del recurso, es evidente que ante la defensa de falta de habilitación de la instancia o de falta de legitimación pasiva, con acierto el sentenciante declaró la inconstitucionalidad del art. 6, apartado 2, de la LRT, con la finalidad de dar viabilidad a la acción de derecho común interpuesta.----------

----También en este segundo agravio la aseguradora formula queja ya que el fallo decidió declinar la vía sistémica de la LRT para “recalar” en el Código Civil, bajo el argumento que la ley 24.557 significa limitaciones a quien deba accionar por un infortunio laboral vulnerando con ello principios constitucionales como el de propiedad e igualdad, para lo cual cita fallos en sentido opuesto.----------

----Sobre tal cuestión el fallo en crisis a fs. 736 declaró la inconstitucionalidad del art. 39.1 y 8.3 y 15.2 al entender que la pretensión de reparación integral del daño se vería frustrada si se le privara a la actora el acceso a la vía civil en virtud de la notoria diferencia con la reparación que propone la L.R.T., por lo que consideró que la prohibición contenida en la norma legal vulnera los derechos fundamentales tanto de los trabajadores como de sus derechohabientes. ----------

----Coincidiré por cierto con el Dr. De Cunto en cuanto a que el Sr. Juez de la anterior instancia hizo estricta aplicación de la doctrina sentada sobre la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, en los autos caratulados “Gorosito, Juan Ramón c. Riva S.A. y otro s. daños y perjuicios” del 01/02/02, la Corte Suprema aun cuando se pronunció sobre la validez constitucional del art. 39.1 de la ley de riesgos de trabajo ello no impide señalar que ello no supuso una valoración *en abstracto* de aquella norma sino una reafirmación de la necesidad de examinar cada caso concreto para evaluar las circunstancias de hecho en las que se haya fundado la impugnación de la norma (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, pág. 238). ----------

----De tal modo, en el caso “Gorosito” (TySS 2002-137) nuestro más alto Tribunal precisó con relación a las normas civiles que reglamentan en general la reparación de los daños que “... tal reglamentación en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes tenga carácter exclusivo y excluyente, por cuanto expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica máxime cuando el Código Civil constituye, precisamente, una de las reglamentaciones posibles del citado principio” (considerando 8). “Que, por lo demás, tampoco se ha demostrado en el *sub examine* que la aplicación de la ley 24.557 comporte alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la

rehabilitación ...” (considerando 11). “Que la recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 315:839 y sus citas; 322:2346; entre muchos otros). Desde tal enfoque se advierte que no se ha demostrado que tales extremos estén presentes en el *sub judice* ni aun que tales vicios pudieran imputarse, seriamente, a los efectos presumibles de la ley. En efecto, la limitación del acceso a la vía civil que establece la norma impugnada no puede ser considerada de suyo discriminatoria. En primer lugar, porque no obstante abarcar la mayoría de la población económicamente activa, el sistema de la ley 24.557 atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado de los restantes de la vida contemporánea -el del trabajo- lo cual permite la previsión y el resarcimiento de las consecuencias dañosas derivadas específicamente de la situación laboral conforme a parámetros preestablecidos. En segundo lugar, porque sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no es posible efectuar comparación alguna” (considerando 12). “Que en rigor, el precepto cuestionado, no importa consagrar la dispensa de la culpa del empleador ...” (considerando 13). “Que, por lo demás, la reparación plena es un concepto sujeto a limitaciones tanto en el Código Civil como en otros sistemas especiales de responsabilidad.” (considerando 16). “Que tales limitaciones son propias de la discreción del cuerpo legislativo y, por lo tanto, no son susceptibles de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado (doctrina de Fallos: 108:240; 139:20; 188:120; 189:306, 391; 194:220; 250:131; 256:474; 258:202, entre muchos otros)” (considerando 17). “Que, en virtud de lo precedentemente expuesto, se advierte que no es posible predicar en abstracto que el precepto impugnado en la especie conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional” (considerandos 17 y 18, TySS, 2002-144). ----------

----Como puede advertirse, en particular de los considerandos 11 y 12, la Corte Suprema en ese caso concreto se pronunció por la constitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 por no haberse acreditado que la aplicación de ese régimen genere una discriminación arbitraria, una ilegítima persecución, o un indebido privilegio, o que se frustre el derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación, ya que sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no era posible efectuar comparación alguna. ----------

----Por eso se señala que según la guía que se planteó la Corte, admitida la posibilidad de un sistema reparador distinto del previsto en el Código Civil, la cuestión a definir es entonces si, en el caso en examen, tal sistema vulnera garantías constitucionales. Y es aquí cuando el máximo tribunal se pronuncia por la constitucionalidad de la regla del

artículo 39 de la ley 24.557, *en este caso concreto* (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, pág. 242). ----------

----A su vez, con relación al caso “Aquino” (C.S.J.N., “Aquino, Usacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos: 327:3753) se expresa que, a partir de la coincidencia en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 39, se advierte cierta discrepancia entre el carácter *relativo* -posición aparentemente mayoritaria- y *absoluto* de aquélla, tal diferencia en la calificación no supone que, en cada caso, pueda dejarse de lado la comparación entre el daño efectivamente sufrido y el resarcimiento que provean las prestaciones del sistema. En todo caso, la diferencia radicaría en que, si se adscribe a la interpretación de que la inconstitucionalidad es *absoluta*, quedaría abierta la posibilidad de su declaración de *oficio* en los supuestos en los que no hubiera sido planteada o que el planteo hubiere sido hecho en forma deficiente (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, pág. 246).----------

----Ello lleva a distinguir entre los supuestos de inconstitucionalidades directas absolutas y relativas, a cuyo respecto se sostiene en doctrina que hay normas que cada vez que se ponen en contacto con una determinada de orden constitucional, inevitablemente chocarán lesionando garantías de tal carácter. En tal hipótesis, en la clasificación del profesor Sagües, estaríamos ante una inconstitucionalidad absoluta, es decir, en supuestos en los que la norma inferior resulte siempre y en todos los casos inconstitucional. Empero, hay reglas legales que no siempre provocan este resultado: a veces sí y otras no, dependiendo de diferentes circunstancias. Son las denominadas situaciones de inconstitucionalidad relativa. Tal como lo he aseverado en distintas ocasiones, el apartado 1 del artículo 39 de la LRT milita en esta segunda categoría, ya que no en todos los supuestos de contingencias (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales) provoca agravio constitucional (Maza, Miguel Ángel, “Los recaudos del planteo de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 39 de la ley de riesgos del trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, 2002 – 1, “Ley de Riesgos del trabajo – II, págs. 59/60). ----------

----De todos modos, en el caso “Aquino” la declaración de inconstitucionalidad se sustentó en ese caso concreto por cuanto las prestaciones de la LRT no guardaban una relación razonable con el daño ocasionado.----------

----Asimismo, cabe destacar que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la materia en los autos “Cura, Hugo Orlando c/ Frigorífico Riosma S.A.”, del 14/06/05 (AR/JUR/13665/2005), “Llosco, Raúl c/ IRMI S.A.”, del 12/06/07 (AR/JUR/1800/2007), y “Cachambí, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, del 12/06/07 (AR/JUR/1987/2007). ----------

----En síntesis, se señala que: En apretada síntesis, de cara a la doctrina de la CSJN sobre la validez constitucional del artículo 39.1 de la ley 24.557 a partir de los casos “Gorosito” y “Aquino”, y las precisiones posteriores que aportan “Cura” y “Llosco” y “Cachambí”, pero ponderando también el resto de las normas de la LRT, puede

considerarse que: 1) La jurisprudencia de la Corte ha hecho migrar al sistema, que según el artículo 39 de la ley 24.557 era de *cúmulo restringido*, a un modelo de *cúmulo amplio*. 2) La posición mayoritaria parece entender que la limitación cuantitativa de responsabilidad del apartado 1 del artículo 39 configura un supuesto de inconstitucionalidad directa *relativa*, cuya consideración dependerá, así, de las circunstancias de cada caso. Pero aun si se entendiera que la inconstitucionalidad es *absoluta*, esto sólo tendría trascendencia para la eventual declaración de *oficio* de tal inconstitucionalidad, pues en cualquier supuesto, para provocar tal declaración, el trabajador o sus derechohabientes -además de acreditar la concurrencia de los presupuestos que atribuyan responsabilidad civil al empleador- deberán demostrar la insuficiencia de las prestaciones de la LRT, en el caso concreto, para reparar el daño que acrediten haber sufrido. 3) La percepción de las prestaciones del sistema, aun si reservas, no constituye un *acto propio* que obste al planteo de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la LRT. ... 4) En el caso de los empleadores no asegurados, el trabajador -o, en su caso, sus derechohabientes-, cuando pretenda una reparación plena del daño con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 39 de la ley 24.557, debería reclamar igualmente las prestaciones del sistema. Esto debería ser así por una triple razón: en primer lugar, porque las prestaciones son *irrenunciables*; en segundo lugar porque necesariamente deberá hacer la *comparación* para lograr la declaración de inconstitucionalidad, y, finalmente, porque en el supuesto de que el patrimonio del empleador fuera insuficiente para afrontar el pago de la reparación, el costo de las prestaciones -en dinero y en especie- del sistema de la LRT`podría ser satisfecho con los recursos del Fondo de Garantía (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, págs. 249/250). ----------

----Por eso, la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los fallos citados permite precisar que sin perjuicio que los efectos de la inconstitucionalidad del apartado 1 del art. 39 de la ley 24.557 resultan relativos pues en cada caso deberá demostrarse los recaudos de invalidez constitucional -criterio sentado por esta sala “B”, c. 79/08, S.D.L. 29/09-, cabe confirmar en este aspecto el fallo en crisis pues si la parte actora fuera impedida de interponer la acción de derecho común, no solamente encontraría disminuida su reparación de modo sustancial, sino también ya que, conforme a los cuestionamientos formulados en los agravios ya considerados, se le privaría a la accionante de la posibilidad de alcanzar alguna reparación como consecuencia de las limitaciones que contiene el sistema tarifado en orden a las enfermedades profesionales que contempla.

----Por tales razones se rechaza la queja en análisis. ----------

----2.3. La apelante impugna también la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 39, 8.3 y 15.2, a cuyo respecto el derecho a la reparación plena ya fue objeto de análisis y confirmación del fallo en el punto 2.2. que antecede. En cuanto a la aclaración que efectúa con relación al procedimiento y al fuero, dichos aspectos ya fueron tratados en el primer agravio. ----------

----De todos modos, si la referencia al procedimiento lo es con relación a la validez de la tramitación ante las comisiones médicas conforme lo previsto en los arts. 8.3 y 15.2, y vía recursiva del art. 46.1, el razonamiento desplegado por la recurrente queda invalidado ante la circunstancia de que si sólo se atiende al sistema tarifado y como consecuencia se impide que la parte actora ocurra a la interposición de esta acción extrasistémica, ello trae aparejado una grave y notoria violación del derecho constitucional a la reparación integral (art. 19 de la Constitución Nacional). Cuestión debidamente expuesta al reseñar la doctrina sentada por nuestro más alto Tribunal desde el caso “Aquino” en adelante. ----------

----En definitiva, por los fundamentos expuestos al tratar este agravio y los dos anteriores corresponde desestimar la queja. ----------

----2.4. En su cuarto agravio la aseguradora cuestiona el rechazo de la excepción de prescripción. ----------

----Sobre ello el juzgador a fs. 736/vta., luego de precisar las posturas de la ART y de la actora, tuvo en cuenta que en el presente caso se trata de una acción extrasistémica y por ende el plazo es el bianual previsto por el art. 4037 del Código Civil, sin perjuicio que también se entiende aplicable el art. 258 de la L.C.T. Y en cuanto al punto de partida de la prescripción ponderó la índole de la lesión por su desarrollo a través del tiempo, reconociendo su carácter definitivo en el momento en que se produce su determinación cierta. Sobre dicha base señaló que esa determinación se produjo en el mes de junio de 2000, conforme resulta del expediente administrativo de fs. 289/353, por lo que concluyó que a la fecha de interposición de la demanda el plazo de prescripción no estaba cumplido.----------

----Contra dicho razonamiento estima la recurrente que se violó lo establecido por el art. 44 de la ley 24.557 ya que el plazo de prescripción debe contarse a partir de la primera manifestación invalidante que acaeció con la denuncia del siniestro. ----------

----En tal sentido, la citada norma establece que las acciones derivadas de esa ley prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada y, en todo caso, desde el cese de la relación laboral. ----------

----Al respecto, puede observarse que el art. 44 no se refiere a la fecha del siniestro, sino a la fecha en que la prestación dineraria “debió ser abonada”, lo que puede generar interpretaciones confusas. Estimo que debemos recurrir a la cantera que la jurisprudencia y la doctrina nacionales han construido durante décadas ... Se ha afirmado que el plazo de prescripción bianual debe contarse ... desde aquel hecho que precisamente determine la incapacidad en forma fehaciente, lo que requiere una apreciación objetiva del grado de incapacidad que ponga de manifiesto el cabal convencimiento de su invalidez por parte del operario, y entendiendo tal determinación como la fijación de la minusvalía; y sólo a partir del conocimiento por parte del trabajador interesado del dictamen de la junta médica emitido en sede administrativa, puede determinarse la incapacidad del declarante ... En el caso de accidentes o

enfermedades del trabajo, el plazo de prescripción comienza a partir del momento en que el trabajador tuvo posibilidad cierta de accionar, es decir cuando tuvo conocimiento de su incapacidad laborativa -ya que el accidente o enfermedad no deriva “per se” la obligación de reparar- y su origen. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que se debe arrancar desde aquél hecho que precisamente determina la incapacidad en forma fehaciente, lo que requiere una apreciación objetiva del grado de incapacidad que ponga de manifiesto el cabal conocimiento de su invalidez por parte del acccidentado, sin que pueda suplirse esta exigencia sobre bases inciertas que no demuestren de manera concluyente que el recurrente dejó transcurrir los plazos legales consciente de las afecciones que lo aquejaban (CSJN Fallos 308:2077). Es decir que no basta con que el trabajador sepa que está enfermo, sino que debe haber tomado cabal conocimiento de su enfermedad, de su origen, de su consolidación y de su incapacidad. Ese conocimiento no puede existir sin un dictamen médico administrativo de Comisión Médica o de Junta Médica en la administración pública (Elizondo, Jorge Luis, ob. cit., págs. 169/170).----------

----De tal modo, mal puede considerarse como pretende la quejosa que la denuncia del siniestro sea el momento a partir del cual deba computarse el plazo de prescripción pues de ningún modo la actora tenía a esa fecha pleno conocimiento de su incapacidad.

----Sólo agrego que la cita efectuada del fallo del Superior Tribunal de Justicia (cuarto párrafo de fs. 759) en modo alguno resulta contraria al criterio del juzgador pues precisamente en los autos caratulados “B. V., L. c/ Administración de Vialidad Provincial s/Laboral” (Expte. Nº 13.024-B-1990)” del 25/10/91, S.D. 42/91, el S.T.J. estableció que el inicio del cómputo de la prescripción comienza desde que el trabajador “adquiere plena conciencia de la incapacidad”. ----------

----En consecuencia, toda vez que el sentenciante consideró que la actora tomó pleno conocimiento de su enfermedad con motivo del dictamen de la Comisión Médica producido el 11/06/2000 (fs. 331/333) es evidente que a la fecha de interposición de la presente acción (01/02/02, fs. 52 vta.) el plazo de prescripción no se había agotado.-----

----Por ello, se rechaza el agravio. ----------

----3. Corresponde ahora ingresar en la queja de las codemandadas referida a su responsabilidad. ----------

----La ART afirma que no tiene ni por ley ni por contrato obligación de reparar daños en función de la eventual responsabilidad civil del empleador que se invoca en demanda. En tal sentido, es de destacar que el fallo en crisis no precisa el factor de atribución por el que debe responder esa parte ya que luego de atribuir responsabilidad a la empleadora le extendió la condena como si fuera un supuesto de aseguradora de responsabilidad civil. En este aspecto, al promover demanda la actora consideró responsable a la ART por omisión de realizar los controles del cumplimiento de las condiciones de trabajo conforme obligación impuesta por los arts. 4.12., 4.2. y 31 (p. IV, fs. 36 vta.). De tal modo, ante la omisión que surge del decisorio sobre tal

responsabilidad, debe ingresarse al análisis acerca de si la aseguradora es responsable en la presente acción de derecho común como consecuencia de la devolución implícita de los argumentos que alegados por el vencedor no fueron considerados por el juzgador en la primera instancia. Así, debe destacarse que pudiendo apelar solamente de una resolución la parte que resulta vencida y sufre un gravamen o perjuicio como consecuencia de ella, aquellas defensas o argumentos planteados oportuna y debidamente por el vencedor en primera instancia y que fueron rechazados o no considerados por el juez de primera instancia -y de lo que no podía apelar por resultar vencedor en el litigio- quedan, mediante el recurso concedido al vencido, implícitamente sometidas al conocimiento del tribunal de alzada (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 29.b, pág. 78; en igual sentido, Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, pág. 111). ----------

----Por tanto cabe ingresar al análisis respecto a si las ART pueden resultar responsables cuando se promueve demanda por la vía extrasistémica de derecho común. Adelanto que esa cuestión fue resuelta de modo afirmativo por esta sala “B”, c. 57/11, S.D.L. 14/11. ----------

----En este aspecto, es evidente que una aseguradora de riesgos del trabajo puede resultar eventualmente responsable con fundamento 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 decuado -excluyente o no- entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales. 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, 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, y pág. 174, respectivamente). ----------

----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). En otras palabras, frente a las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales existentes, esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cierra el debate, determinando la adhesión del máximo Tribunal de la Nación a la responsabilidad civil amplia de las ART (Schick, Horacio, ob. cit., págs. 202/203). ----------

----Y el 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. Criterio reiterado en la causa “Soria, Jorge Luis c/ RA y CES S.A. y otro”, del 10/04/07, S. 1478. XXXIX, Recurso de Hecho, pues la ART puede ser demandada con sustento en el ordenamiento civil y 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 (considerando 5º, del voto de los Dres. Lorenzetti y Fayt, www.csjn.gov.ar). También en “Galván, Renée c/ Electroquímica Argentina S.A. y otro”, del 30/10/07, G. 3067, XXXVIII, Recurso de hecho, debiendo destacarse asimismo que esa orientación se consolidó 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 síntesis, toda vez que la aseguradora puede resultar responsable civilmente en el presente juicio promovido por la vía extrasistémica se rechaza el quinto agravio de la ART.----------

----De tal modo debe ingresarse al sexto agravio de la ART al sostener que no hubo obligación alguna incumplida, y que por el contrario se acompañó copia certificada del expediente de prevención que prueba que se llevó a cabo las tareas que la L.R.T. impone y que estaban a su alcance. En tal sentido, la actora señala en su escrito de inicio que la ART se hallaba obligada a realizar exámenes de salud a los trabajadores estales, inspeccionar los lugares de trabajo y las actividades desarrolladas por los

dependientes de la Provincia del Chubut y formular un plan de mejoramiento en el plazo de dos años (que vencieron en el año 1998) (p. VII. E, fs. 43 vta.). Tales incumplimientos quedan comprendidos en el art. 4.2. de la ley 24.557, tal como lo indicara la accionante (p. IV b, fs. 36 vta.). ----------

----Se trata de la obligación de establecer un plan de acción que contemple la evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución, visitas periódicas, definición de las medidas correctivas, y propuesta de capacitación para el empleador y los trabajadores. ----------

----Al respecto, la ART en su escrito de contestación de demanda invoca que cumplió con sus obligaciones ya que realizó en los lugares de trabajo visitas de información, orientación y prevención durante el año 1999 (detalla 24 visitas), presentó el plan de mejoramiento para pasar del Nivel II al Nivel III, y se dictaron cursos de capacitación (refiere uno realizado el 12/04/01) (p. VII. b. 2, fs. 163/vta.).----------

----En tal sentido, de la prueba documental que acompañara la ART y que obra a fs. 106/142 (constancia de visita a empresas) sólo resulta una al lugar que laborara la accionante (“Comunicaciones e inform”, fs. 136) llevada a cabo el 20/09/01, por lo que la misma se realizó con posterioridad a que la actora alcanzara su jubilación por invalidez. Ello permite señalar que durante el lapso en que la Sra. V. D. D. se desempeñó como empleada provincial la ART no efectuó inspección alguna a ese lugar de trabajo. Tampoco hay constancias de que se realizaran exámenes de salud a los dependientes. Tales omisiones resultan por demás relevantes si se observa que la accionante padece de hipoacusia bilateral (dictamen de comisión médica, fs. 333), por lo que cabe concluir que la aseguradora no cumplió con las obligaciones que le son impuestas por el art. 4.2. de la LRT respecto al lugar de trabajo.----------

----Debe entonces establecerse, conforme doctrina sentada por la C.S.J.N., si existe nexo causal entre tales incumplimientos y el daño que sufrió el trabajador, lo que lleva al estudio del séptimo agravio de la aseguradora conjuntamente con el primero de la restante codemandada, pues como bien lo señala el Dr. De Cunto cuestionan las probanzas referidas al daño y a su relación causal entre éste y las acciones u omisiones de las accionadas.----------

----Así, la ART pasa a un nuevo análisis y expresa que el testigo R., compañero de trabajo de la actora, reconoció que en el mismo lugar se desempeñaban cinco o seis personas y admitió la realización de audiometrías sin poder precisar su periodicidad, y que este hecho no debe soslayarse ya que ninguna otra persona refirió ninguna dolencia auditiva, por lo que concluye que la tarea desarrollada por V. D. D. no era agente apta para ocasionar disminución auditiva ni afección síquica. Al respecto, si bien esas fueron las respuestas de ese testigo (contestación a la 4ª y 7ª pregunta, fs. 273), la manifestación realizada por la apelante en el sentido que las demás personas no padecieron la enfermedad de la actora no permite deducir por ello que la tarea cumplida no fue la causa eficiente de la enfermedad. Asimismo, el referido testigo manifestó que

las audiometrías tenían que hacerse semestral o anualmente, pero a renglón seguido declaró que mientras estuvo se hacían cada dos años más o menos, lo que aconteció entre los años 1989 y 1991 (respuesta a la 7ª, 8ª y 9ª pregunta). ----------

----A renglón seguido cuestiona la declaración de B. señalando que ese testimonio resultó cuanto menos dirigido a beneficiar a la accionante. Tal manifestación es una mera conjetura, en todo caso una apreciación subjetiva, que como tal no constituye agravio por carecer de crítica concreta. ----------

----No puede considerarse agravios en los términos exigidos por esta norma, las afirmaciones genéricas, simples consideraciones subjetivas y digresiones inconducentes o que carezcan del debido sustento jurídico. No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene argumentos vagos, o apreciaciones personales, o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 354/355 y cita de fallos). Por lo demás, si con tal manifestación la parte pretendió tachar al testigo por motivos fundados en inhabilidad o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, el planteo debe desestimarse ya que el mismo resulta extemporáneo toda vez que debió efectuarse en la misma instancia que el testigo prestó declaración, debiendo producir prueba dentro del tercer día de deducida la tacha, a fin de que el juez al dictar sentencia aprecie el valor de la tacha, conforme lo previsto por el art. 34 de la Ley XIV Nº 1. Por otro lado, desde la perspectiva del procedimiento civil, la falta de idoneidad tiene que alegarse y probarse en la misma instancia en que declaró el testigo; la idoneidad de los testigos que declararon en primera instancia no puede introducirse en segunda instancia como hecho nuevo. Se puede impugnar la idoneidad de los testigos siempre que se lo haga dentro del plazo de prueba. Y cabe advertir que la idoneidad se presume, y quien afirma lo contrario tiene la carga de probarlo (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 2, págs. 481 y 482, respectivamente). ----------

----Tocante a la crítica que efectúa de los testigos C., O. y A. por declarar propiamente como peritos y no como testigos ya que describen dolencias y aconsejan acerca de tareas de prevención, debe señalarse que en todos los casos se trata de profesionales (médico, médico psiquiatra, y fonoaudióloga, respectivamente) que atendieron a la accionante con motivo del ejercicio de su profesión (testimonios de fs. 275/vta., 285/vta. y 287/vta.). Desde ya que en sus respectivas declaraciones aludieron a las circunstancias que hacen a la atención y prestaciones efectuadas a la accionante (respuestas 2ª, 3ª y 5ª, fs. 275; 2ª, 3ª, 6ª, 7ª y 8ª, fs. 285; y 2º, 4ª, 6ª, 7ª y 9ª, fs. 287), y asimismo con relación a los síntomas y tratamiento de la enfermedad (respuestas 4ª, 6ª y 7ª, fs. 275; 4ª y 5ª, fs. 285; y 5ª, 10ª, 11ª, y 13ª, fs. 287/vta.), pero debo señalar que esos testigos fueron ofrecidos por la ART (ver p. VIII, fs. 166/vta.), que en el caso de C. y A. fueron interrogados a viva voz por el letrado de la apelante, y que respecto de O. si bien las preguntas las formuló la letrada de la restante codemandada, lo cierto es que el profesional de la ART estuvo presente en la audiencia y ninguna objeción formuló. En

tales condiciones, resulta objetable que con posterioridad, al expresar agravios, descalifique los dichos de esos testigos por considerar que las respuestas son propias de un perito. Además, el art. 443, hoy 447, del C.P.C.C. permite que las preguntas contengan referencias de carácter técnico si van dirigidas a personas especializadas. Por eso, en el caso del testigo técnico se le está pidiendo, no un informe pericial, sino la interpretación de los hechos que ha percibido en atención a la especial condición de conocimiento que tiene para formular una apreciación distinta. La pertinencia de la pregunta al testigo técnico, se enlaza con la posibilidad de la respuesta debidamente fundada y con conocimiento de causa, por su propia especialidad (Falcón, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial ...”, Abeledo-Perrot, 1984, T. III, par. 443.9.7, págs. 341/342). Así, en caso de que el testigo, por razón de su oficio o profesión, tenga conocimientos especiales en determinada materia, sus observaciones pueden ser de singular importancia (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 2, pág. 439). Desechamos el error, que es común, de suponer que el testigo poseedor de conocimientos técnicos no pueda utilizarlos a los efectos de ilustrar su declaración (Fassi, Santiago C., “Código Procesal Civil y Comercial ...”, Astrea, 1980, T. II, par. 2446, pág. 280).----------

----En tales condiciones, toda vez que los testigos antes referidos atendieron a la parte actora en su calidad de profesionales, sus respuestas de carácter técnico resultan pertinentes por encontrarse debidamente fundadas y con conocimiento de los hechos y demás circunstancias por su especialidad, máxime cuando el letrado de la apelante interrogó de viva voz a dos de los tres testigos y estuvo asimismo presente en la restante declaración sin formular objeción alguna. ----------

----Por tales consideraciones, se desestima la crítica formulada.----------

----En lo que hace a la testigo V. estima valiosa su afirmación ya que reconoce que a las telefonistas se les hacían audiometrías no recordando que otra persona además de la actora tuviera problemas auditivos. En tal sentido, se evidencia que la crítica toma la declaración de manera fragmentada lo que resulta inadmisible pues omite que dicha testigo también manifestó que había reclamos de las telefonistas para lograr mayores controles, y que el conmutador y el teléfono individual no estaban provistos de auriculares (respuesta a la 10ª y 17ª pregunta, fs. 286), aspecto este último que se relaciona con el testimonio del Dr. C. al expresar que existen normas de seguridad para evitar las lesiones producidas por ruido, que en algunos casos consisten en barreras de protección contra el sonido (respuesta a la 6ª pregunta, fs. 275). Y sabido es que la prueba testimonial debe valorarse en su conjunto y no atomizando las declaraciones, conforme lo previsto por el actual art. 390 del C.P.C.C. (esta Cámara, en su composición de sala única, c. 11.251, S.D.C. 10/95; c. 11.863, S.D.L. 61/96; c. 11.978, S.D.L. 75/96; sala “A”, c. 15.546, S.D.L. 89/99; c. 15.768, S.D.L. 11/2000; sala “B”, c. 21.409, S.D.L. 32/06, c. 21.842, S.D.L. 51/2006, y más recientemente c. 278/10, S.D.C. 23/10, y c. 183/11, S.D.L. 32/11, entre otros pronunciamientos). La prueba debe así ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos,

resultando censurable la descomposición de los elementos, disgregándolos para considerarlos aislada y separadamente (SCBA, D.J.B.A., v. 135, p. 138). En suma, como se tiene decidido, la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica, ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 2, pág. 357). ----------

----A continuación la ART hace mención de la pericia en seguridad industrial para señalar que el perito no tuvo acceso a los aparatos que utilizó la actora durante su vida laboral por lo que entiende que su conclusión es meramente conjetural al manifestar que la operación continua e ininterrumpida del equipo en cuestión pudo derivar en una enfermedad profesional como la hipoacusia. Agrega que por no haberse acreditado fehacientemente el daño y la vinculación directa de éste con el trabajo conforme lo previsto por el art. 1113 del Código Civil no se dan los presupuestos para endilgarle responsabilidad. Reitera que no se peritaron los aparatos y que el lugar de trabajo no es el mismo ahora que cuando se desempeñó la actora. Manifiesta que la pericia médica determinó la existencia de la dolencia auditiva pero no la relación o nexo causal entre la hipoacusia y las tareas por ella realizadas. Esta queja tiene estrecha relación con el primer agravio de la restante codemandada ya que también se refiere a la falta de demostración del nexo causal. Ello sin perjuicio de observar que esa parte luego de transcribir párrafos del fallo entiende que las citas de doctrina efectuadas son contradictorias y sin ningún tipo de sustento en los hechos y prueba producida en autos, toda vez que la actora logró probar que padece hipoacusia pero no que tal dolencia sea consecuencia de las labores desplegadas. Añade que no se acreditó el carácter de cosa riesgosa de la central telefónica, y que por la pericia de higiene y seguridad se concluyó que los equipos se encontraban debidamente homologados y su funcionamiento era correcto, por lo que no son la causa principal de la enfermedad profesional. ----------

----En ese contexto, del escrito inicial surge que la accionante le atribuyó responsabilidad a la provincia codemandada ya que el daño fue causado por los equipos sonoros, de amplificación y comunicación de su propiedad, y cuya operación era tarea encomendada a V. sin cumplir con las previsiones de descanso, rotación de tareas y exámenes auditivos periódicos que hubieran evitado el daño (p. VII D, fs. 43 vta.). En ese contexto, la actora demandó por riesgo de la cosa de propiedad de la Provincia del Chubut con sustento en el art. 1113 del Código Civil (ver p. VII B, fs. 42 vta./43), sin perjuicio de añadir el factor subjetivo al expresar que se demanda con fundamento en el factor objetivo de atribución, sin abdicar que existen graves omisiones

por lo que la responsabilidad también encuadra en un factor subjetivo dado el grave incumplimiento de las normas antes señaladas (p. VII C, fs. 43/vta.). En ese marco, la lectura del decisorio de primera instancia permite observar que el juzgador atribuyó responsabilidad bajo las previsiones del art. 1113 del Código Civil y sobre dicho aspecto no hubo agravio. Sobre el particular no resulta objetable el encuadre jurídico efectuado en el fallo pero ello no impide analizar la cuestión dentro del ámbito previsto por el art. 75 de la L.C.T. que prescribe el deber de seguridad a cargo del empleador, pues en tal sentido la actora alegó que la provincia incumplió las normas existentes que antes señalara (p. VII C, fs. 43/vta.). Por otra parte, la Alzada puede pronunciarse de conformidad con el principio *iura novit curia*. Y desde que la parte actora efectuó adecuadamente el relato de los hechos (p. V, fs. 36 vta./40) le corresponde al juez encuadrar la responsabilidad atribuida pues 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 de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1986, T. II-C, pág. 73, y cita de fallos). El principio según el cual la jurisdicción del órgano "ad quem" se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla "iura novit curia", es decir, que 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. En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano "ad quem" no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tienen amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el "a quo". Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit, T. III, págs. 420/421, respectivamente, y cita de fallos). Tampoco el juez se halla vinculado por las alegaciones de las partes en cuanto a la aplicación del derecho, en virtud del principio *iura novit curia*. Las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación substancial en litis y determinar la norma jurídica que rige (Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", EDIAR, 2da. ed., 1957, T. II, págs. 245 y 246). Por lo demás, el primer principio *(iura novit curia)* se emplaza primordialmente 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. Como pauta general orientadora en el juicio de daños y perjuicios, 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. Las conclusiones anteriormente desarrolladas, sobre la instrumentación del principio *iura novit curia*, son aplicables al encuadramiento de la responsabilidad, como contractual o extracontractual: la invocación por el actor de uno de esos títulos de responsabilidad, no justifica el rechazo de la pretensión, por la circunstancia de que el juez considere procedente el otro, y en tanto y en cuanto el sustento fáctico en que se apoye la sentencia sea el mismo que el esgrimido por el pretensor (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Editorial Hammurabi, 2da. ed., 1997, T. 3, págs. 241, 242, y 243, respectivamente). Por otra parte, también debe señalarse que el encuadre bajo la órbita de la responsabilidad extracontractual no se encuentra prohibido pues durante la vigencia de la ley 9688 se estableció que en caso de haberse optado por la acción de derecho común a que se refiere el art. 17 de la ley 9688, es aplicable el art. 1113 del Código Civil (CNTrab., en pleno, 26/10/71, Acuerdo Plenario Nº 169, en autos "Alegre, Cornelio c/Manufactura Algodonera Argentina", D.T. 1972-24). Como también que la C.S.J.N. en el caso "Gorosito" tuvo en consideración los arts. 520 y 521 del Código Civil en el ámbito de la responsabilidad contractual, en tanto que en la causa "Aquino" hizo mención expresa a los arts. 1109 y 1113 del citado ordenamiento en la órbita de la responsabilidad aquiliana.----------

----Con tales alcances, debe analizarse la cuestión en el marco de la responsabilidad contractual y también conforme a la normativa de la responsabilidad aquiliana. ----------

----En ese contexto, en el ámbito de la responsabilidad contractual prevista por el art. 75 de la L.C.T., tal como ya lo señalara en c. 206/11, S.D.L. 36/11, no omito considerar que la disposición adicional primera del art. 49 de la ley 24.557 sustituyó el art. 75 del ordenamiento laboral antes citado y que la norma vigente eliminó el epígrafe "Deber de seguridad" y la referencia a la obligación del empleador de adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores. Pero ello no impide considerar según lo señala la doctrina que la mutilación producida al texto del artículo 75 de la LCT, en orden a sus consecuencias jurídicas -y al margen del juicio de valor que pueda formularse sobre las intenciones que se presuman en el legislador- es un dato neutro. Basta recordar, a este respecto, que las reglas de los artículos 4º, inciso a; 5º, inciso h, y 8º, de la ley 19.587 -a la que, en cuanto *Ley Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo*, se remite el actual apartado 1 del artículo 75 ... En suma, no parece haber argumentos que puedan poner en duda que, no obstante la modificación del artículo 75 de la LCT, *la obligación de seguridad del empleador, en su existencia y contenido, no sólo subsiste sino que, además y especialmente, no ha sido modificada por la LRT* (Ackerman, Mario E., "Ley de riesgos del trabajo", pág. 457 y nota nº 82 con cita de Vázquez Vialard, Corte y Machado, y Elffman), a lo que cabe agregar respecto de la subsistencia del deber de seguridad en el plano normativo lo dispuesto por el art. 4º, inc. b de la ley 19.587. También deben señalarse razones de orden contractual pues "se

considera ínsita en todo contrato de obligación de seguridad, como derivada del principio de la buena fe contractual (art. 1198, Cód. Civil). Así se señala que en todo contrato en que una de las partes comprometa su vida y su integridad en el desarrollo de la relación se supone implícita la obligación del otro contratante de adoptar todas las medidas tendientes a tutelar la indemnidad de aquél, y de omitir las acciones que pudieran perjudicarlo." "Al respecto, aunque las partes no lo hayan contemplado expresamente, surge a cargo de una de ellas la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del otro contratante. Esta obligación tácita de seguridad surge de interpretar el contrato conforme al principio de buena fe impuesto por el art. 1198 del Cód. Civil" (Rodríguez Mancini, Jorge Director, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, T. II, pág. 919).----------

----Coincidiré entonces en que este deber u obligación de seguridad que subsiste en plenitud con la actual redacción del art. 75 de la L.C.T. tiene naturaleza contractual y su factor de atribución es objetivo con fundamento en la garantía de seguridad, de modo tal que ante la producción de un daño durante el desarrollo de la prestación se genera una presunción de causalidad adecuada que debe ser desvirtuada por medio de la acreditación de las eximentes que son propias del sistema objetivo. Dicha obligación "podríamos definirla como *la obligación expresa o tácita, anexa e independiente* del deber principal, existente en *todo tipo de contrato*, por la cual el deudor *garantiza objetivamente* al acreedor que, *durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada*, no le será causado daño en *otros bienes diferentes de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico*. De esta definición podemos extraer sus caracteres propios, a saber: a) *Es siempre de naturaleza contractual*.- ... b) *Existe en todo tipo de contrato, con independencia de las características de la obligación principal*.- ... c) *Se trata de un deber absolutamente autónomo del principal*.- ... d) *Es siempre una obligación de resultado, cuya violación genera responsabilidad de naturaleza objetiva*.- ... Por lo tanto, necesariamente, debe concluirse que la obligación de seguridad es de índole objetiva, asentada en la garantía de indemnidad. Por lógica consecuencia, la sola circunstancia de que con motivo del desarrollo de la prestación principal, se produzca un daño adicional al *accipiens*, ello *genera contra el deudor una presunción de adecuación causal*, desvirtuable mediante la demostración de las eximentes propias de todo sistema objetivo." (Agoglia-Boragina-Meza, "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Editorial Hammurabi, 1993, págs. 161/162, 164, 167, 171, y 173/175) (el subrayado me pertenece).----------

----Sólo agregaré que, a pesar de lo dispuesto por el art. 2, inciso a, de la L.C.T. en razón de que la actora era empleada pública, no debe omitirse de considerar que la ley 19.587 en su art. 2 al referirse al empleador incluye la persona pública, y que además y fundamentalmente se encuentran en juego normas no sólo legales sino también constitucionales, tal el caso del art. 14 bis de la Constitución Nacional, art. 7, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,, y el art. 24,

inciso 5, de la Constitución de la Provincia del Chubut. ----------

----Por ello, este factor objetivo de responsabilidad que resulta del incumplimiento contractual determina que acreditado el daño, ante el incumplimiento habido la parte demandada sólo podrá exonerarse acreditando la ruptura total o parcial del nexo causal, ya sea por caso fortuito, hecho de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. ----------

----En ese contexto, el experto en higiene y seguridad laboral manifestó que no pudo realizar el croquis del recinto de trabajo y las instalaciones utilizadas ya que actualmente no existe por haber sido demolido ese sector de trabajo, y que las centrales telefónicas que utilizó V. D. D. durante su desempeño como operadora de teléfonos ya han sido retiradas del servicio (p. a y b, fs. 659), en tanto que con los datos proporcionados por el Ingeniero C. T. sólo pudo inferir que se tratan de equipos homologados y correctamente habilitados para el uso que la operadora le daba (p. c, fs. 660). Con tales observaciones concluyó que la operación continua e ininterrumpida de dicho equipo pudo derivar en una enfermedad profesional (hipoacusia), y que para evitar daño a la salud auditiva para las personas los procedimientos para la detección temprana de enfermedades profesionales son la evaluación de riesgos del puesto de trabajo, audiometrías semestrales, y en el caso que se detectaran desviaciones anormales en las audiometrías, atribuibles al trabajo, la adopción de medidas correctivas tales como estudios de ingeniería sobre los equipos utilizados, sobre los recintos donde presta servicios, y agotada la etapa de mejoramiento por obras de ingeniería correspondería la reubicación del trabajador (p. d, 1., 2., y 3., fs. 660/661). Tales consideraciones le permitió al perito por su especialidad sostener que la operación continua e ininterrumpida de dicho equipo pudo derivar en la enfermedad profesional (hipoacusia). De tal modo, aun cuando el experto no determinó una relación material de causalidad de modo indubitable, la demostración de una probabilidad de causalidad entre la dolencia de la accionante y las tareas desplegadas como operadora de teléfonos cumple con los recaudos de la causalidad adecuada. 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, “Medina, Felipe c/Ferreira, Carlos 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. 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). ----------

----Por lo tanto, en el presente caso el perito en higiene y seguridad industrial hizo referencia al juicio de probabilidad antes indicado, y a ello debe añadirse que ese experto dictaminó que la calidad del equipamiento para el trabajo (central telefónica), su funcionamiento correcto y programa de mantenimiento, no son la causa principal de la enfermedad profesional, ya que de haberse realizado los exámenes periódicos correspondientes, se habría podido determinar si tal puesto de trabajo estaba provocando una enfermedad profesional a V. D. D. (p. g. 2., fs. 662). ----------

----En consecuencia, desde el prisma de la obligación de seguridad cabe señalar que la relación de causalidad se determina entre los incumplimientos habidos a la normativa referida a los exámenes periódicos y medidas de seguridad y la dolencia de la accionante, teniendo en cuenta que la ley 19.587 obliga a todo empleador a adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo que hace a las condiciones ambientales y sanitarias adecuadas, colocación de dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje, suministro y mantenimiento de equipos de protección personal, y operaciones y procesos de trabajo (art. 8, incisos a, b, c, y d), y asimismo a disponer, entre otras obligaciones, el examen preocupacional y revisión médica periódica del personal, a eliminar, aislar o reducir los ruidos perjudiciales para la salud de los trabajadores, y a promover la capacitación del personal en materia de higiene y seguridad en el trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas (art. 9, incisos a, e, y k). ----------

----Desde esta perspectiva, el sentenciante a fs. 739 vta. con absoluta precisión destacó la importancia que asume la conducta del empleador y la falta de ajuste a la legislación vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo al no existir constancias de la adopción de medidas preventivas, falta de examen preocupacional a la época que la actora ingresó a trabajar, y reubicación en tareas administrativas luego de trabajar como

telefonista catorce años al detectarse una hipoacusia perceptiva bilateral. En síntesis, esa codemandada no acreditó que tomara los recaudos necesarios a fin de evitar el daño ocasionado a la salud de la accionante, o sea que, no demostró la fractura del nexo causal entre el daño y el riesgo creado cual era su carga probatoria, para lo cual cabe poner de relieve las conclusiones de la pericia médica. ----------

----Este razonamiento del sentenciante no fue objeto de una crítica concreta y adecuada por las demandadas recurrentes, y del mismo resulta que el nexo causal quedó demostrado entre las omisiones que incurriera la empleadora a las obligaciones impuestas por la ley de higiene y seguridad industrial, con más las específicas referidas a la ART conforme lo previsto por el art. 4.2. de la LRT, y la enfermedad profesional de la actora. ----------

----A su vez, del legajo personal de la trabajadora Nº 00.179 que en fotocopia obra reservado y que en este acto se tiene a la vista, surge a fs. 11 constancia del memorandum del 19/10/89 que alude a diferentes audiometrías practicadas y que con relación a la Sra. V. D. D. su resultado es traumatismo acústico leve. Y de la documental reservada que también se tiene a la vista, expediente administrativo Nº 01623, año 1999, obra en fotocopia la realización de dos audiometrías llevadas a cabo el 05/09/89 y el 19/05/97 en el Hospital Zonal de Trelew (fs. 13 y 9, respectivamente), estudios obrantes a fs. 16 y 20 del legajo médico original de la actora. Se aclara que de la documentación reservada también resultan otras audiometrías, pero es de destacar que las mismas no se practicaron por decisión de la empleadora sino que se llevaron a cabo a través de la obra social de la Sra. V. D. D. De tal modo, durante el extenso período que la actora laboró para la Provincia del Chubut (25 años) sólo se practicaron por determinación de la empleadora sólo dos estudios de audiometría.----------

----Asimismo, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual cabe observar que la misma también se acreditó toda vez que la dolencia de la accionante resultó consecuencia del riesgo vinculado al ambiente de trabajo, que no sólo comprende la utilización de la central telefónica y los teléfonos sino también las condiciones bajo las cuales se cumplía la tarea ya que la operación continua e ininterrumpida de dichos equipos expuso a la trabajadora a ruidos constantes, a lo que se suma la ausencia de examen preocupacional y de exámenes periódicos, la carencia de medidas de seguridad, y la falta de provisión de equipos de protección personal. En ese contexto, el riesgo estuvo referido más precisamente al ambiente laboral dentro del cual se desempeñó la actora, para lo cual se destaca que el perito médico dictaminó “En cuanto a establecer la relación entre trabajo y daño es altamente causal, y no se registra diferencia ente ambos oídos, ya que el daño fue producido por los ruidos y vibraciones provenientes de la central telefónica, y no por el auricular utilizado” (p. E. 1. C. c., fs. 600).----------

----Y dicha pericia no fue objeto de cuestionamiento en primera instancia y así lo precisó el sentenciante a fs. 739 vta., y tampoco mereció agravio concreto alguno.

Agrego que en el contexto del art. 1113 del Código Civil no debe limitarse la interpretación de la noción “cosa” riesgosa ya que corresponde incluir el riesgo de la actividad. Así se señala que en el marco del art. 1113 del Código Civil no cabe una interpretación estrecha del concepto de “cosa” desde que, trascendiendo el puro concepto físico del término, no se debe omitir la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por el trabajador, pudiendo ésta constituirse en factor de causación del daño. El vocablo “cosa” se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y la actividad laboral toda (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil ...”, Lexis Nexis Argentina, 2008, T. II, pág. 658). El tiempo transcurrido ... nos han llevado a flexibilizar nuestra interpretación del art. 1113, en aras de dar cabida dentro de su seno, *de lege lata, a ciertas actividades riesgosas desplegadas sin cosas, o en las que las cosas que se utilizan juegan un rol instrumental dentro del contexto de la actividad*. Se trata, como habremos de verlo al analizar esta responsabilidad por actividades riesgosas, de una valoración que guarda coherencia con el sentido amplio que le asignamos a la responsabilidad objetiva y en particular a la fundada en el riesgo creado (Bueres-Highton, “Código Civil ...”, Editorial Hammurabi, 1999, T. 3 A, pág. 520).

----Por todo lo expuesto, se trate del incumplimiento del deber de seguridad o por resultar titular de la actividad riesgosa la Provincia del chubut es responsable, y lo mismo debe precisarse con relación a la ART por incumplimiento de sus obligaciones específicas.----------

----4. Se agravian ambas codemandadas por la procedencia de los rubros reclamados. El juzgador a fs. 740 vta. tuvo por acreditados los gastos médicos realizados con la documental agregada y los testimonios de los profesionales intervinientes.----------

----La ART cuestiona la cita de doctrina que efectúa el juez en el sentido que no es necesaria la prueba del pago de los gastos ya que basta con acreditar la obligación de asumirlos, y asimismo estima que dichos testimonios no son prueba idónea del efectivo desembolso de dinero y su monto concreto. La restante codemandada formula crítica en igual direccionamiento al sostener que los gastos médicos realizados deben ser probados, que deben ser ciertos, y que los estudios y consultas resultan cubiertos por la obra social provincial (SEROS). ----------

----Comenzaré por destacar que no le asiste razón a las apelantes en su planteo. Jurisprudencialmente es un criterio unánime que los gastos médicos y de farmacia no requieren prueba documental, razón por la cual deben ser admitidos siempre que resulten verosímiles en relación con las lesiones provocadas por el evento dañoso (Trigo Represas-López Mesa, “Tratado de la responsabilidad Civil”, La Ley, 2004, T. IV, pág. 757).----------

----Sin perjuicio de ello y tocante a la documental considerada en el fallo en crisis, la misma consiste en certificados emitidos por los profesionales tratantes y estudios practicados, que se encuentran debidamente corroborados por los testimonios de dichos profesionales, por lo que se encuentra acreditado que la accionante tuvo que

realizar consultas y estudios, ingerir medicamentos, y asimismo efectuar tratamientos correctivos. ----------

----Al respecto ya en diferentes pronunciamientos, el más reciente en c. 396/11, S.D.C. 06/12, tuve oportunidad de señalar que cabe atender a las presunciones *hominis* que generalmente operan sobre la base de elementos objetivos suministrados por el actor, que posibilitan inferir la realidad del perjuicio. En muchos casos, se trata de daños "forzosos" o casi de rigor a partir de una determinada situación lesiva; o sea, son perjuicios evidentes *in re ipsa* (por la fuerza de los hechos mismos). Por ejemplo, con motivo de ciertos hechos, hay sacrificios económicos prácticamente inevitables, como los gastos terapéuticos ... Por dicho motivo, los tribunales liberan entonces al actor de probar directamente el daño, bastando la acreditación de la situación lesiva que constituye su causa (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 3, págs. 165/166). Y respecto de los gastos terapéuticos el monto en tal caso debe establecerse prudencialmente por el juez, valorando la entidad de los gastos invocados en correlación con la importancia de las lesiones. Siempre es menester que la suma peticionada guarde razonable vinculación con el tratamiento requerido por la afección (Zavala de González, Matilde, ob. cit., 1996, T 2 a, pág. 125). ----------

----Agrego que con relación a los desembolsos ya efectuados se señala que precisamente porque los gastos terapéuticos son consecuencia inevitable del accidente, siquiera con alguna extensión, la jurisprudencia sustenta un criterio flexible, y no requiere prueba *efectiva y acabada* sobre la realidad de los desembolsos y su cuantía (Zavala de González, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas", Editorial Hammurabi, 2009, T. 1, pág. 359). La prueba de los gastos médicos y de farmacia no debe exigirse con un criterio riguroso y el juez se halla facultado para fijarlos razonablemente (CNFed. Civ. y Com., Sala 3a., junio 29-1982, E.D. 106-118). ----------

----Como consecuencia de tales pautas las consultas y demás gastos médicos efectuados por la actora guardan debido correlato con la dolencia que padece. En lo que hace a que SEROS le brindó cobertura, debe destacarse que los gastos ocasionados se vieron cubiertos parcialmente y no totalmente. Además, la circunstancia de que la actora posea obra social no permite por ello desestimar tales gastos pues sabido es que las obras sociales y las prepagas no cubren la totalidad de los gastos, y en algunos casos tampoco cubren determinados rubros. Por eso se expresa que con suma frecuencia, las obras sociales no cubren determinados tratamientos o medicación, o bien sólo asumen su pago parcial. En tales hipótesis, es indudable que la víctima tiene derecho a reclamar por las erogaciones o deudas contraídas, en relación con aspectos que no cancela el sistema prepago. La doctrina expuesta se mantiene a pesar de que, además de contar con obra social, la víctima hay sido atendida en un hospital público gratuito (Zavala de González, Matilde, obra y tomo citado en párrafo precedente, págs. 340/341). La circunstancia de que la víctima se encuentre cubierta

por los servicios de una obra social no excluye la posibilidad de obtener el resarcimiento por los gastos de medicamentos y ciertos gastos menores que aquélla no cubre (Trigo Represas-López Mesa, obra y tomo citado, pág. 758).----------

----Con tales pautas, estimo que la suma de $2.000.- establecida a fs. 740 vta. por gastos médicos realizados resulta prudente y adecuada a las circunstancias del caso, conforme a la facultad prevista por el art. 167 del C.P.C.C.----------

----Por tales razones, se desestiman los agravios. ----------

----En lo que hace a los gastos terapéuticos futuros, el juzgador al considerar la pericia médica destacó que si bien no existe tratamiento curativo la actora debe utilizar otoamplífenos, realizar controles audiométricos cada tres años, y eventual cambio de equipamiento cada cuatro o cinco años según la variación de la dolencia. Dicha conclusión tiene sustento en la pericia médica (p. E.1.C.b, fs. 599) y en la pericia psiquiátrica (fs. 618/619), a lo que se agrega que en la primera de las pericias el experto indicó tratamiento psiquiátrico o psicológico basado en los trastornos psicosociales que presenta (p. E.1.C.b, fs. 600). ----------

----No se tratan entonces de gastos meramente conjeturales como sostiene la ART y tampoco que exista una falta de prueba acerca de la certidumbre del daño como pretende la restante codemandada. Respecto a la cobertura de la obra social me remito al análisis ya efectuado respecto a los gastos médicos realizados.----------

----Finalmente, debe considerarse que el sentenciante a fs. 740 vta. disminuyó el monto de este rubro respecto de la suma reclamada, por lo que no encuentro pautas o elementos que permitan reducir el importe fijado, lo que así aprecio de conformidad con la facultad conferida por el art. 167 del C.P.C.C.----------

----Por ello, se desestiman las quejas vertidas sobre el rubro gastos terapéuticos futuros.----------

----Respecto a la incapacidad sobreviniente, la ART cuestiona la fórmula de matemática financiera utilizada por considerar que es de uso en el ámbito laboral y no civil.----------

----En tal sentido, ello es una mera discrepancia ya que el juzgador a fs. 741 destacó que dicha fórmula ha sido receptada ampliamente por nuestros tribunales, aspecto que resulta correcto ya que esta Alzada en forma uniforme, se trate del ámbito laboral o civil, viene utilizando esa fórmula desde hace largos años. ----------

----Al respecto, la fórmula de matemática financiera de Moore y Bernasconi aplicada por el juzgador es la que refieren diversos autores (Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, EDIAR, 1973, T. II B, págs. 177/178, y nota nº 114; Vázquez Vialard, Director, “Tratado de Derecho del trabajo”, Astrea, 1983, T. 4, págs. 437/438), y que esta Alzada utiliza desde la causa “V., D. c/A. S.A.I. y A. y/u otra s/accidente de trabajo”, sala única, S.D.L. 92/91.----------

----Por lo demás, dicha fórmula tiene en cuenta los ingresos de la víctima, por lo que de no aplicarse la misma ello importaría una elevación del monto del resarcimiento. No se alcanza a comprender entonces cual es el agravio, máxime cuando la apelante no

indica otros parámetros a utilizar. ----------

----En síntesis, de aplicarse otra fórmula debería no sólo considerarse los ingresos o productividad de la víctima sino también otras pautas que redundaría en una elevación del monto de condena. ----------

----Considera la ART que se omiten aspectos esenciales como que la actora ya ha obtenido su jubilación por invalidez, que la causal de cese de su trabajo ha sido esa, y que en todo caso el monto a reparar debe ser el sueldo que podría haber seguido cobrando hasta su edad jubilatoria pero debe descontarse lo que cobra por jubilación. Señala también que deberían compensarse los importes ya percibidos en virtud de la ley 3.923.----------

----En tal sentido, corresponde señalar que tales cuestionamientos no fueron capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia al contestar demanda (ver fs. 150/168 y vta., y en particular p. VII.b.4, fs. 164 vta./165), por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C. veda toda consideración. ----------

----Así, en cuanto a las limitaciones impuestas al conocimiento del Tribunal de Alzada se expresa que por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 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.) 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, Roberto G., obra y tomo citado, par. 29 y 60, págs. 76 y 166, respectivamente). 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). 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). ----------

----Por lo demás, aun cuando se obviara tal circunstancia coincido con el Dr. De Cunto en el sentido que se señala que los beneficios previsionales sólo en apariencia son lucros, pues reconocen su origen en un precedentemente sacrificio económico: aportes correlativos a los años de servicio, y aun tratándose de pensiones graciables, dichos sacrificios son realizados por los miembros de la sociedad mediante impuestos. Ni unos

ni otros se afrontan para enervar ni aminorar responsabilidades por daños injustos (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 2, pág. 121). ----------

----Y en lo que hace a la pretendida compensación no sólo tal cuestión no fue introducida en la anterior instancia sino que además la parte debió plantear reconvención por ese concepto. ----------

----Por tales razones se desestima esta porción de la queja. ----------

----También la actora cuestiona la aplicación de la fórmula matemática por estimar que conduce a un resultado irrazonable ya que atiende a la persona exclusivamente en su faz laboral. Refiere jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se califica a tal criterio de evaluación como “reduccionista” al no abarcar los perjuicios ocasionados a la vida de relación, y que en el presente caso al atenderse estrictamente a los ingresos que percibía no se considera el impacto negativo de la afección sobre las actividades cotidianas que desempeñaba en otros ámbitos, como su hogar, su calidad de ama de casa y su vida de relación, tanto en el seno de su familia como con el resto de sus relaciones. ----------

----Al respecto, el daño a la vida de relación constituye una faceta lesiva peculiar, que el magistrado debe tener muy en cuenta para justipreciar la indemnización, es decir redimensionando el monto que habría acordado de prescindirse de la perturbación a la vida de relación. Se ha reconocido un *derecho al resarcimiento por incapacidad, al margen del aspecto laborativo, cuando ella trasciende en la vida de relación:* ... Por aplicación de las mismas ideas, *se acepta la perturbación que en la vida de relación acarrea una incapacidad, a pesar de que la víctima carece ya, en razón de su edad, de aptitud laboral “stricto sensu”*:.. (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 2 a par. 119 y 121, págs. 463/464 y 467). ----------

----En síntesis, el daño no sólo comprende el aspecto productivo, entendido en un sentido amplio por lo que comprende incluso la realización de tareas domésticas, sino que también se proyecta sobre toda la vida de relación a fin de computar todas las potencialidades de la víctima. ----------

----En tales condiciones, resulta indudable que la incapacidad que porta la actora incluye la afectación en el desarrollo de las actividades cotidianas, ya que junto con la disminución de la audición e incompleta discriminación de la palabra, se afecta la estereofonía (percepción del entorno físico y ubicación corporal en el espacio), lo que lleva a no percibir el origen o dirección de los objetos circundantes y las señales sonoras de peligro, y que además se produce una incomunicación familiar y social cotidiana al no poder mantener una conversación fluida, clara y coherente (dictamen médico, conclusiones, p. D, fs. 599), por lo que ese daño a la vida de relación corresponde ser indemnizado con independencia de los padecimientos de orden anímico que a su vez deben resarcirse dentro del ámbito del daño moral. ----------

----Por tales razones prospera este agravio, por lo que estimo prudente y adecuado a las circunstancias del presente caso incrementar en un 10% el grado de incapacidad

fijado en la anterior instancia. ----------

----Cuestiona la parte actora que se adoptara sus ingresos, conforme el salario mensual que percibía como empleada provincial al momento de la determinación de su incapacidad (junio/2000) y que ascendían a la suma de $734,49.-, ya que al aplicar la fórmula el a quo además de ceñir la capacidad productiva de la víctima a tales haberes, obviando el valor económico que representan las tareas domésticas que realizaba dentro de su hogar, congela el ingreso en aquel momento sin tomar en cuenta la perspectiva de mejora de ingreso futuro que el daño frustró. Agrega que tomar ese ingreso de forma invariable a lo largo de un período de 18 años no refleja ni siquiera el salario promedio, y además que en el caso debe considerarse que a la fecha del cómputo de los ingresos la Provincia se encontraba con una emergencia económica que mantenía los sueldos casi congelados, y que en el período inmediato posterior los sueldos se elevaron notablemente, se levantó la emergencia económica y hasta se derogó la ley de consolidación de deudas del Estado. ----------

----En tal sentido, considero que los ingresos de la actora deben computarse al momento en que se determinó su incapacidad pues de considerarse un ingreso distinto, por caso el que percibiría en función de una mejora de ingreso futuro, su determinación resultaría arbitraria. Tampoco puede adoptarse un salario promedio de los empleados públicos con la categoría de la actora, ya que se ignora el salario que hubiera percibido a la finalización del período de 18 años tomado por el sentenciante. De tal modo, el único dato fehaciente es el ingreso que percibía la trabajadora al tiempo de determinarse su incapacidad. En lo que hace a que a esa época la Provincia se hallaba con una emergencia económica y que la tasa de interés del 6% no toma en cuenta el proceso inflacionario, vuelvo a reiterar que en el caso se trata de adoptar una fórmula que contiene pautas objetivas tendientes a poner límites a la discrecionalidad del juzgador. Por otra parte, bien señala el Dr. De Cunto que la actora alcanzaría un enriquecimiento sin causa si se fijaran intereses a partir de la producción del daño y al mismo tiempo se actualizara el ingreso a un momento posterior o se incrementara la tasa de interés a fin de computar el proceso inflacionario. Asimismo, debe ponderarse la doctrina plenaria sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Trasportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios”, del 20/04/2009, en cuanto a la aplicación de la tasa activa, cartera general (préstamos), nominal anual vencida a 30 días que utiliza el Banco de la Nación Argentina, con la salvedad expuesta en su punto 4 (elDial-AA518A) referida a que dicha tasa durante el tiempo transcurrido hasta el pronunciamiento de la sentencia no importe una alteración del capital de condena que conduzca a un enriquecimiento indebido. De tal modo, si se tomara un salario promedio o a la fecha del pronunciamiento o una tasa de interés distinta a la tasa pura ello conduciría a repotenciar indebidamente el capital ya que de ese modo se alcanzaría una superposición de compensaciones. A su vez, debo reiterar conforme ya señalara que la fórmula de matemática financiera de Moore y

Bernasconi es utilizada de modo invariable por esta Cámara desde la causa “Villafañe” (S.D.L. 92/91), por lo que me permito entonces rememorar fundamentos expuestos en la mencionada causa por el distinguido colega Dr. Carlos A. Velázquez al sostener respecto del cálculo matemático que a los fines de fijar la indemnización por daño material “la certeza que él brinda disminuye en sumo grado el peligro de la discrecionalidad judicial, con su secuela de probables injusticias, a la que se cae por el plano inclinado del “grosero empirismo de nuestra jurisprudencia” hace ya muchos años señalado y criticado por Acdeel Salas (“Evaluación del daño causado a la persona”, J.A. 1.955-IV-15). Desde luego, no es cuestión de consagrar como método una excesiva matematicidad ni de reducir, partiendo de una concepción cerradamente materialista, la alta dignidad de la vida humana a un puro valor crematístico, sino de encausar la prudencia de los jueces por un camino que conduzca a la fijación racional del “quantum” indemnizatorio, a partir de datos lo más objetivamente posibles, porque en definitiva en este capítulo de los daños materiales se apunta a reparar los efectos de orden patrimonial que el menoscabo inferido a una persona originó”. Se trata en definitiva de la determinación del resarcimiento del perjuicio en su justa medida por medio del empleo de una fórmula matemática que contiene variables que se erigen en pautas objetivas aplicables que, como otras, puede utilizar el juzgador a fin de limitar el arbitrio judicial.----------

----Por tales razones se rechaza la queja. ----------

----Formula agravio también la parte actora ya que la sentencia al fijar el porcentaje de incapacidad en un 43,35% sólo tomó en cuenta la pericia médica efectuada por la Dra. A., pero además de esa incapacidad física quedó acreditado por la pericia médica psquiátrica que la actora padece de una depresión reactiva derivada del compromiso orgánico en oído interno cuyo grado fue determinado en un 20% de incapacidad, porcentaje que debe adicionarse al porcentual anterior. ----------

----En ese contexto, es cierto que la incapacidad de tipo psicológico debe también considerarse pues así lo dictaminó la médica psiquiátrica al punto 1 de fs. 670 (“ ... correspondería sumar las manifestaciones depresivas al compromiso orgánico.”), pero cabe ponderar su porcentaje toda vez que se reconoció entre los gastos terapéuticos futuros los derivados de consulta psicológica, por lo que si se admite el costo de la terapia psicológica debe entenderse que ese tratamiento permitirá remitir o al menos mitigar la secuela incapacitante. Así se señala que es improcedente la indemnización del daño psíquico o psicológico y de su respectivo tratamiento, pues debe concederse uno u otro cuando la psicoterapia tiene probabilidades serias de remitir la patología originada de hecho ilícito. De lo contrario, se duplicaría el resarcimiento (Trigo Represas-López Mesa, obra y tomo citado, pág. 703). El juzgador debería partir de la hipótesis positiva, en el sentido de que la terapia reducirá el menoscabo que el daño psicológico implica, salvo que el peticionario padezca deficiencias intelectuales muy serias, que tornen enormemente dudoso que ello suceda. Lo cierto es que la suma que

se conceda para sufragar el tratamiento tiene que reducir lo que correspondería, en caso contrario, para compensar el detrimento padecido en el área psíquica (Daray, Hernán, “Daño psicológico”, Astrea, 2da. ed. act., 2000, pág. 75).----------

----En ese contexto, en el presente caso la pericia médica concluyó que para optimizar la rehabilitación en casos como el de la Sra. V. está indicado tratamiento psiquiátrico y/o psicológico, basándose en los trastornos psicosociales que presenta (p. E.1.C.b, fs, 600), y la pericia psiquiátrica señaló que la posibilidad de rehabilitación depende directamente del tipo de lesión acustica ya que el grado de rehabilitación será variable si se la define como permanente y progresiva (p. A, fs. 618 vta.), y que si bien el cuadro depresivo remite mediante tratamiento, la enfermedad médica que la origina se agrava en cuanto a la sintomotología incapacitante que deriva de ella, por lo que las manifestaciones depresivas se sostienen aunque con carácter leve, conformando un estado crónico reactivo (p. B, fs. 619). Por ello, el tratamiento psicológico permitirá atenuar pero no remitir las manifestaciones depresivas ya que subsistirá un estado crónico reactivo, por lo que estimo adecuado a las presentes circunstancias reducir esa incapacidad psíquica en un 50% lo que conduce a establecerla en un 10% que deberá adicionarse al 43,35% fijado por incapacidad física, con más el 10% por la incidencia en la vida en relación ya fijada, lo que arroja un total del 63,35%.----------

----Tales razones llevan a acoger parcialmente el agravio.----------

----La actora impugna que la sentencia estableciera un ingreso de $734,49.- (Junio/2000) apartándose del informe pericial contable que estableció para ese período la suma de $794,45.-. En ese aspecto, el juzgador se atuvo a las constancias de fs. 38 del legajo personal conforme planillas emitidas por la Dirección de Cómputos, por lo que no cabe considerar el monto indicado por el perito contador ya que determinó el mismo a tenor de lo dispuesto por el art. 12 de la LRT en virtud del cual se divide la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, resultando el valor mensual de multiplicar la cantidad obtenida por 30,4. Es que, en el caso se trata una acción de derecho común por lo que al resultar extrasistémica no corresponde realizar cálculos de conformidad con la ley de riesgos de trabajo.----------

----En ese marco, corresponde multiplicar por 13 el ingreso mensual de $734,49.- lo que arroja un monto de $9.548,37.-, por lo que a partir de considerar una incapacidad cuyo porcentaje asciende al 63,35%, la cifra anual alcanza a $6.048,89.- ----------

----De tal modo, la reformulación de la fórmula y la compulsa de los cálculos determina un importe de $65.503,42.- en concepto de incapacidad sobreviniente.----------

----5. Se agravian ambas codemandadas por el importe fijado en concepto de daño moral. La ART lo considera muy alto y destaca que la actora tiene ya una edad avanzada, que su actividad social era y es limitada, y que cuando se estableció en la Junta Médica su disminución laboral le restaban poco años para que se jubile. La restante codemandada entiende que no esta debidamente probado el daño moral y que

de la prueba rendida surge que no acreditó ningún tipo de lesión psíquica. En este último aspecto, descarto tal manifestación toda vez que ya señalé que la pericia psiquiátrica dictaminó la existencia de un cuadro depresivo que conforma un estado crónico reactivo (fs. 618/619), en tanto que la pericia médica concluyó que la incapacidad que padece la actora afecta la vida de relación familiar y social (p. D, fs. 599). En cuanto al antecedente citado por la ART en virtud del cual se concedió la suma de $30.000.- a cada padre por la muerte de un hijo debe precisarse que en c. 374/11, S.D.C. 02/12, esta sala “B” por ese evento determinó un importe de $100.000.- a cada padre. ----------

----Con tales precisiones, señalaré 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., T. 2a., par. 157, pág. 605). Se trata de un rubro de difícil cuantificación, por lo que se afirma que nunca hay nexo directo entre la entidad de un perjuicio existencial y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario: los daños morales no son valuables económicamente (Zavala de González, Matilde, ob. cit., 2005, T. 5a, par. 21, pág. 78). Es más, la realidad vigente en la determinación del monto por daño moral es la discrecionalidad del juzgador, porque las pautas cualitativas permiten conocer la existencia y gravedad del daño moral mismo, pero no son conducentes a fijar un monto determinado (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 3, par 24, págs. 207/208). A su vez, aun cuando en demanda se requirió la suma de $60.000.- (p. VI.B, fs. 42) el juez al fijar el importe por ese rubro no se encuentra vinculado por los montos reclamados en demanda pues el reclamo de la parte no puede sustentar fundamento concreto alguno toda vez que, en las hipótesis de daño moral o de frustración de *chances* afectivas, que no son mensurables en dinero, es naturalmente imposible que el actor pruebe un monto cualquiera (Zavala de González, Matilde, ob. cit., T. 3, pág. 207). Como también que la doctrina de la *sanción ejemplar*, como hemos visto en capítulos precedentes, ha sido superada por la propia realidad de nuestro tiempo y se encuentra en retirada. Igual suerte ha corrido esta tesis que procura medir la cuantía del daño moral, en función de la gravedad de la falta del dañador, a la que puede formularse numerosos reparos. Por lo pronto choca con la propia naturaleza de la institución. No se trata de sancionar o de castigar al dañador sino de *reparar* el perjuicio ocasionado a la víctima mediante una satisfacción económica. Esto explica que la determinación inicial del daño y su cuantificación no deban estar subordinados a ningún otro requisito que no sea *su propia gravedad objetiva*. Por nuestra parte, nos enrolamos decididamente dentro de la corriente de opinión, que sostiene que para valorar la entidad del daño moral se debe atender *a la gravedad objetiva del daño causado* (Pizarro, Ramón Daniel, “Daño Moral”, Editorial Hammurabi, 1996, págs. 339 y 340). Siempre se está ante un resarcimiento, cuyo eje central es compensar a la víctima por el mal sufrido, sin afán de

sancionar al responsable. ... la eventual faceta represiva de una sanción, no incide en la cuantía indemnizatoria debida a la víctima, con algunas salvedades como las parcialmente atinentes a multas civiles (Zavala de González, Matilde, “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, 1ra. ed., Astrea, 2009, par. 141, pág. 321).----------

----A su vez, corresponde tener en cuenta las reglas expuestas por Mosset Iturraspe (“Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, La Ley 1994-A, 728), y en particular la nº 8 (“Si a la armonización de las reparaciones con casos semejantes”), y en este aspecto bien destacó el Dr. De Cunto el precedente de esta sala “B”, c. 22.302, S.D.C. 42/07, ya que en esa causa se estimó prudente fijar la suma de $20.000.- en concepto de daño moral por tratarse la víctima de una persona que al tiempo del accidente tenía 33 años de edad, con una incapacidad del 22,70%, sin perjuicio de considerar que pasaron más de cuatro años y que en el presente caso la incapacidad es del 63,35% y que esa incapacidad afecta su vida de relación. ----------

----En tal sentido, el perjuicio a la vida de relación es *la lesión* que el hecho puede ocasionar, el daño moral reside en *el resultado* espiritualmente disvalioso de esa lesión. Por lo tanto, un sufrimiento subjetivo puede plantearse no sólo a propósito de problemas exclusivamente personales sino también en conexión con situaciones sociales y objetivas (Zavala de González, ob. cit., T. 2a, par. 145, pág. 552). Cualquiera sea su emplazamiento jurídico, no cabe duda sobre que el daño al proyecto de vida debe ser reparado (Zavala de González, ob. cit., T. 5a, par. 59, pág. 179). En general, el menoscabo a proyectos de vida entronca con *lesiones graves y perdurables*; de allí que las hipótesis mas reiteradas residen en ... invalidaciones significativas (Zavala de González, ob. cit., “Resarcimiento del daño moral”, par. 100, pág. 207).----------

----En consecuencia, teniendo presente las circunstancias y peculiaridades de este caso concreto, en uso de las facultades previstas por el art. 167 del C.P.C.C., entiendo prudente la suma fijada en la anterior instancia de $50.000.- en concepto de daño moral. ----------

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

----6. Cuestiona la ART los intereses fijados por aplicar la tasa activa ya que ello significaría un enriquecimiento sin causa. Señala que la misma es superior al índice de inflación según datos oficiales, y efectúa un cotejo entre ambas para los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. Cita fallo del S.T.J. y requiere la aplicación de la tasa pasiva, o a todo evento la tasa activa del Banco de la Nación Argentina por ser una tasa más razonable y justa. ----------

----Tocante al cotejo que realiza la apelante entre la tasa de interés activa y la inflación, debe señalarse que ante la depreciación de la moneda se buscaron remedios tendientes a ajustar la prestación dineraria debida según determinados índices a fin de compensar el deterioro del poder adquisitivo del capital, y ello nada tiene que ver con los intereses que son los frutos civiles del capital, y ese accesorio importa el

rendimiento de una obligación de capital, o como en el caso, la compensación del acreedor por la privación de su capital. ----------

----Respecto de la cita de fallo del S.T.J., la misma corresponde a la sentencia del 01/11/99 dictada en los autos caratulados “B., E. c/ S. s/indem. acc. trabajo” (Expte. Nº 16.563-B-1998), registrada bajo Nº 29/SRE/99, en la que el Superior Tribunal de Justicia aplicó la tasa pasiva ya que el actor contaba con una jubilación por invalidez a consecuencia del accidente sufrido, estimando en ese caso que no había acreditó la necesidad de recurrir al circuito financiero. Pese a ello en otros pronunciamientos se inclinó por aplicar la tasa activa ya que la demandada debió demostrar que la aplicación de la tasa elegida era incompatible con el adecuado servicio de justicia, por lo que a su cargo estaba acreditar que el actor no se vio precisado a recurrir al crédito. Así lo estableció en los autos “H., D. N. c / Provincia del Chubut s/ daños y perjuicios” (Expte. Nº 17.959-H-2000), sentencia del S.T.J. del 28/12/01, registrada bajo Nº 24/SRE/01. ----

----Con tales alcances, es criterio de esta Cámara de Apelaciones la aplicación de la tasa activa a partir de la c. 11.352, S.D.L. 194/94, por considerar que la aplicación de la tasa de interés activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento es la más adecuada para resarcir el daño moratorio ya que esa entidad bancaria es agente financiero de la Provincia y en consecuencia dicha tasa se encuentra en concordancia con el mercado local de capitales. Desde esa perspectiva, reiteradamente se expuso que esa tasa expresa el precio que por el uso del dinero ajeno impera en el mercado crediticio y tales intereses constituyen la compensación del acreedor por la privación temporaria del capital. Se trata de la indisponibilidad del capital propio que su deudor no satisfizo temporáneamente. Dicho de otro modo, el acreedor no contaba con fondos como para colocar su capital en una inversión bancaria que le hubiera redituado intereses a tasa pasiva, sino que, por el contrario, la privación de su capital por falta de cumplimiento oportuno de su deudor es el daño emergente que debe ser resarcido. De modo tal que su situación debe resultar equivalente a la que hubiere tenido si el deudor hubiera pagado en el momento de producirse el hecho. Y en el rango de los tipos de interés influyen diversos factores, tales como la situación de la plaza crediticia, liquidez del mercado dinerario y ritmo de la actividad económica requirente del flujo del crédito. Y el acreedor judicial no es un simple inversor, su dinero le fue retenido por el deudor, y ello lo coloca en la necesidad de acudir al crédito de terceros para suplantarlo, sometiéndose al tipo de interés activo. Esta circunstancia es presumible y no requiere invocación ni prueba en concreto, por estar implícita en la situación de mora y ser su consecuencia. Dicha postura así resulta del juego armónico de los arts. 505, 508, 509, 519, 622, 1068, y 1069 del Código Civil. Además, reiteradamente esta Cámara sostuvo que el trabajador difícilmente tendrá acceso al crédito bancario, por lo que se verá forzado a recurrir a otras fuentes particulares más onerosas (conf. Guibourg, “Una cuestión de intereses”, T.y S.S., 1994, págs. 632/633, par. “e” a “g”). Y la presunción de que el deudor tuvo que acudir al crédito y por ende

sometido a la tasa de interés activa es la razón por la cual corresponde aplicar esa tasa. Debe entonces el deudor moroso compensar el costo de dicho crédito. Por ello, si se admitiera la postura de la parte apelante y no se aplicara la tasa activa de interés ello importaría un supuesto de enriquecimiento sin causa del deudor en lugar del acreedor como propone. En efecto, ello se configuraría si al deudor se le liquidasen los intereses a una tasa menor, pues se le disminuiría su pasivo patrimonial sin fundamento jurídico, permitiéndole cancelar la deuda con el pago de un monto inferior al adeudado, a expensas del correlativo empobrecimiento del acreedor. No vería entonces indemnizado íntegramente el daño moratorio sufrido, dando lugar a una forma de enriquecimiento injustificado para el acreedor, que el derecho no autoriza (Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, Librería Editora Platense, 1976, T. 4, pág. 40 y citas a la nota nº 85). También señaló esta Cámara en diversas oportunidades que la aplicación de una tasa pasiva es una pauta que no resulta obligatoria en función de la facultad prevista por el art. 622 del Código Civil. Y además, tal como ya se señalara, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fallo plenario determinó la aplicación de la tasa activa, cartera general (préstamos), nominal anual vencida a 30 días que utiliza el Banco de la Nación Argentina (“Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Trasportes Doscientos Setenta S.A. s/daños y perjuicios”, del 20/04/2009, elDial-AA518A). ----------

----Si corresponde agregar que la cita efectuada por la ART del fallo del S.T.J. por sí sólo no constituye agravio concreto, pues se señala que la mera transcripción de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, págs. 359/360 y cita de pronunciamientos). Así, la apelante impugnó la tasa de interés por considerarla que significaría un enriquecimiento sin causa en función a que la misma era superior al índice de inflación, y la referencia al decisorio del S.T.J. sólo tuvo como alcance indicar que era una pauta de razonabilidad y justicia. No se alegó como dato fáctico ni siquiera que la parte actora no se vio necesitada de recurrir al circuito financiero por percibir una jubilación por invalidez. Y la falta de invocación de esa circunstancia impide ingresar a tal cuestión ya que los tribunales de alzada se encuentran limitados por lo que fue materia de agravios, por lo que de no respetarse dicha limitación la sentencia quebrantaría las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. ----------

----Tampoco corresponde considerar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, pues reiteradamente se ha señalado que el Banco del Chubut S.A. es agente financiero de la Provincia y en consecuencia la tasa activa que aplica se encuentra en concordancia con el mercado local de capitales.----------

----Por tales razones se desestima este agravio. ----------

----Considera la accionante que hay un error en el inicio del cómputo de los intereses ya que se estableció desde la fecha de notificación de la demanda cuando debió hacerse

desde la fecha de toma de conocimiento de la enfermedad profesional, o en su defecto, desde el momento de consolidación de la incapacidad.----------

----En tal sentido, los intereses deben computarse a partir de la época que se produjo el daño ya que la sentencia que declara la procedencia del resarcimiento es meramente declarativa ya que los accesorios se deben por el retardo en abonar la indemnización originada en el daño producido. Así, por ejemplo con relación al daño moral se sostiene que los intereses moratorios deben proceder desde el mismo momento en que se produce el daño moral -generándose la obligación de resarcirlo-, sea la responsabilidad contractual o extracontractual (obligacional). Ellos son debidos en razón de la mora en que incurre el deudor en el pago de su obligación (arg. art. 509 y su nota) (Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., par. 68, págs. 391/392). O sea, en materia indemnizatoria la mora opera automáticamente por lo que los intereses deben computarse desde la fecha del acaecimiento del hecho dañoso, que es cuando la víctima adquiere derecho al resarcimiento (doct. art. 509 del Código Civil y nota del codificador). Esto es, los daños estimados y liquidados permiten establecer una indemnización dineraria que como tal es un capital cuya privación temporaria genera a su vez una pérdida de frutos que resulta compensable con los intereses moratorios. Por eso, si la indemnización (capital) no resulta satisfecha al momento en que se produjo el daño, su demora acarrea una pérdida que debe ser resarcida mediante el pago de intereses (accesorios).----------

----Con tales pautas, en el presente caso corresponde establecer el cómputo de los intereses a partir del 11/06/00, época en la que se consolidó la incapacidad con el dictamen de la Comisión Médica (ver fs. 333), con la salvedad de los correspondientes a los gastos terapéuticos futuros ya que la provincia codemandada sostiene que ellos se generan a partir de la firmeza de la sentencia. En tal sentido, tales gastos importan un desembolso ulterior por lo que esos accesorios deben computarse desde su determinación, circunstancia acaecida a la época del dictado de la sentencia de primera instancia.----------

----Con ese alcance, se acoge sustancialmente el agravio de la actora y parcialmente la queja de la codemandada. ----------

----7. Se agravia la provincia codemandada del régimen de imposición de costas ya que se hizo lugar en forma parcial a los rubros reclamados. Estima que de la simple lectura de las pretensiones de la demanda surge que la actora resultó parcialmente vencida y como tal debió cargar las costas por tal vencimiento parcial, por lo menos el 40% de las costas.----------

----Al respecto, corresponde señalar que no cabe efectuar un análisis aritmético del resultado del pleito pues se precisa que la noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (Arazi-Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación …”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. I, par. 10, pág. 261 y nota nº 48 con cita de fallos).----------

----Por lo demás, aun cuando el monto de condena sea inferior al reclamado en

demanda debe precisarse que progresaron la totalidad de las pretensiones y que la actora al demandar dejo a salvo que los montos se estimaban sujetos a lo que en más o en menos resulte de las probanzas a realizarse (ver p. VI. A.1., A.2., A.3; fs. 50 vta, 51, y 51 vta.), o lo que en más o en menos estime el criterio del juzgador (ver p. VI.B, fs. 52), para finalmente reiterar que “la demanda se instaura por la suma de **PESOS DOSCIENTOS DOS MIL CIENTO SESENTA ($202.160)**, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse ...” (último párrafo del p. VI, fs. 52). ----------

----En ese direccionamiento se ha resuelto que corresponde que la parte demandada soporte la totalidad de las costas del juicio si las reclamaciones del accionante progresaron en lo sustancial. Ello así aunque el actor estimara su reclamación en una suma superior a la que correspondía, pero demandando el importe que resultara -en más o en menos- de las constancias del juicio (Arazi-Rojas, obra y tomo citado, pág. 261 y notas nros. 46 y 47, con cita de jurisprudencia). ----------

----Así, es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, ob. cit., 1961, T. IV, pág. 527). Litigante vencido o perdidoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (Arazi-Rojas, obra y tomo citado, pág. 261, y nota nº 45, con cita de doctrina y de fallos). ----------

----A su vez, debe ponderarse la conducta procesal asumida por las codemandadas ya que en sus respectivos escritos de contestación postularon que se rechazara “en todos sus términos la acción promovida ... con costas” (Provincia del Chubut, p. X.6, , fs. 85) y “en todas sus partes la demanda incoada, con costas” (L. C. ART S.A., p. XII.7, fs. 168 vta.). ----------

----Desde esta perspectiva, por “parte vencida” debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369). ----------

----Por tales razones se desestima la queja. ----------

----8. Resta por considerar la apelación deducida por la ART al considerar altos los honorarios regulados a letrados y peritos. ----------

----Destaco que no consideraré la queja vertida al p. III (fs. 766 vta.) del escrito de expresión de agravios que luce a fs. 756/766 y vta. ya que la apelación de honorarios tiene una vía específica contemplada por la ley del arancel por lo que el recurso debe interponerse dentro de quinto día de notificado y podrá ser fundado (art. 48, segundo párrafo, Ley XIII Nº 4). En tales condiciones, se advierte que la ART fue notificada de la sentencia el 15/11/11 (ver cédula de fs. 745/vta.) por lo que la queja introducida en el escrito presentado el 29/11/11 (cargo de fs. 766 vta.) resulta extemporánea. ----------

----Y con relación a que los honorarios resultan altos debe precisarse que los honorarios de los letrados de la actora y de las demandadas fueron regulados en un

16%, 12%, y 12% respectivamente (fs. 742 vta./743 y 752), por lo que se ubican de modo aproximado en la mitad de la escala (art. 6, Ley XIII Nº 4). A su vez, el 20% establecido por las tareas de procuración para los profesionales intervinientes por la actora y la provincia codemandada es inferior al mínimo legal (art. 8) pues la circunstancia de que se establezca un 20% para cada etapa en ningún caso alcanza al piso del 30% establecido en la ley arancelararia, en tanto que el 40% para el letrado apoderado de la ART a fs. 752 se encuentra dentro de los parámetros fijados por la ley arancelaria. Por ello, atendiendo asimismo a la labor profesional desplegada, la extensa prueba producida, y el largo período que insumió el desarrollo del presente proceso, estimo prudentes los honorarios regulados. Finalmente, el porcentaje del 3% establecido a favor de los peritos actuantes se ubica ligeramente por encima de la mitad de la escala contemplada por el art. 60, pero es del caso precisar la trascendencia que tuvieron las respectivas pericias por lo que también considero adecuados los emolumentos establecidos. ----------

----Por tales razones se desestima el recurso de apelación interpuesto en los términos del art. 48 de la ley del arancel.----------

----9. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para elevar el monto del capital de condena a la suma total de $132.359,42.-, y establecer que los intereses establecidos en la anterior instancia deberán computarse desde el 11/06/00 a excepción del rubro gastos terapéuticos futuros cuyo inicio se establece desde la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia, confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios. --------

----El incremento del capital de condena no altera las calidades de vencedor y vencido que presentan las partes en la anterior instancia, en tanto que los honorarios fueron regulados en porcentajes por lo que los mismos se ajustarán de modo automático al nuevo capital fijado, por lo que no será necesario efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C. ----------

---- --El fracaso de los agravios de la ART y el rechazo sustancial de los vertidos por la restante codemandada al progresar parcialmente solo el vinculado al cómputo de los intereses respecto de los gastos terapéuticos futuros, y el acogimiento parcial de los dos primeros agravios de la actora al progresar en el primer caso la incidencia de la vida de relación y su correlato indemnizatorio, y en el segundo respecto a la incapacidad psíquica, y de modo sustancial el tercero que hace al cómputo de los intereses, determina que las costas de Alzada por la apelación de la ART se imponen a su cargo, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.), y por las restantes actuaciones se delinea un vencimiento parcial y mutuo que conduce a imponerlas por la apelación de la provincia codemandada en un 90% a esa parte y en un 10% a la actora, en tanto que por la apelación de la parte actora se imponen en un 25% a la misma y en un 75% a las codemandadas por resultar esos porcentajes adecuados a las porciones de fracaso y éxito obtenidos en esta instancia (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 propone regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados de la aseguradora y de la provincia codemandada, y de los letrados apoderados de la actora, en conjunto, en las sumas porcentuales equivalentes al 25%, 26%, y 30%, respectivamente, de las cantidades establecidas para la primera instancia (arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4) , con más el I.V.A. pertinente.----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE 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.- Revocar parcialmente la sentencia apelada a los fines de elevar el monto de condena en la suma de **pesos ciento treinta y dos mil trescientos cincuenta y nueve con cuarenta y dos centavos ($ 132.359,42)**; modificando la fecha de inicio del cómputo de los intereses establecidos, los que correrán desde el 11 de junio de 2000, con excepción de los correspondientes a los gastos terapéuticos futuros los que se computarán desde la fecha del decisorio de primera instancia; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----II.- Imponer las costas generadas por la aseguradora a la misma, las causadas por la participación de la demandada se distribuyen en un 90% a la misma y en un 10% a la actora, mientras que las originadas por la apelación de la accionante se imponen en un 25% a la misma y en un 75% a la demandada y a la aseguradora (conf. arts. 69 y 72 del CPCC).- ----------

----III.- Regular los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. G. A. B., en un 25% de lo que le fuera regulado en la instancia de origen; al Dr. C. M. M., en un 26% de lo establecido a los letrados de la demandada en la sede anterior; y a los Dres. M. C. P. y E. R. H., en conjunto, en un 30% de lo establecido a los letrados de la actora en la primera instancia; en todos los casos con más el IVA correspondiente (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 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 haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

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

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a los fines de elevar el monto de condena en la suma de **pesos ciento treinta y dos mil trescientos cincuenta y nueve con cuarenta y dos centavos ($ 132.359,42)**; modificando la fecha de inicio del cómputo de los intereses establecidos, los que correrán desde el 11 de junio de 2000, con excepción de los correspondientes a los gastos terapéuticos futuros los que se computarán desde la fecha del decisorio de primera instancia; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.- ----------

----IMPONER las costas generadas por la aseguradora a la misma, las causadas por la participación de la demandada se distribuyen en un 90% a la misma y en un 10% a la actora, mientras que las originadas por la apelación de la accionante se imponen en un 25% a la misma y en un 75% a la demandada y a la aseguradora (conf. arts. 69 y 72 del CPCC).- ----------

----REGULAR los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. G. A. B., en un 25% de lo que le fuera regulado en la instancia de origen; al Dr. C. M. M., en un 26% de lo establecido a los letrados de la demandada en la sede anterior; y a los Dres. M. C. P. y E. R. H., en conjunto, en un 30% de lo establecido a los letrados de la actora en la primera instancia; en todos los casos con más el IVA correspondiente (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).- ----------

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

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2012 – SDL – CONSTE.- ----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA