En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y del Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V. L., M. T. c/ E. V. SA y otra s/ SUMARIO - Accidente de trabajo", expte. nro. 592/11,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 180/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1111) y autos de fs. 1112/119, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1055/1068vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. Juez de la instancia de grado declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 11, 39 y 46 de la Ley 24557, en concordancia con las particularidades evidenciadas en el ítem III.B.2) y lo precisado en el parágrafo IV, rechazó la demanda por acción civil incoada por la Sra. M. T. V. L., en contra de E. V. SA y C. A. SA, todo ello conforme el análisis efectuado en los puntos III.B. 1), 3), 4) y 5), y lo

concluido en el acápite IV.1); impuso las costas a la actora vencida en autos y reguló los honorarios de los letrados. Hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. M. T. V. L. y condenó a E. V. SA a abonar en el plazo de 10 (diez) días la suma de diez mil treinta y seis pesos con once ctvos ($10.036,11) de acuerdo a lo expresado en III.B. 6), 7) y 8 y lo resuelto en IV.5), 6) Y 7), con más los intereses conforme lo establecido en el acápite IV.8). Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por las partes, E. V. S.A. y la actora.

EL primer agravio esgrimido por la codemandada E. V. SA es contra el punto 4 del fallo en cuanto lo condena a abonar la suma que determina en el plazo de diez días, suma que tiene relación con la causal de distracto y se encuentra fundada en el punto 7.

Transcribe los considerandos y advierte que el punto resulta contradictorio, ya que no es cierto que la empleadora contara con puestos de trabajo en los que se podía desempeñar la damnificada, y sí se encuentra acreditado que la actora padecía de una hernia de disco que le impedía en forma definitiva realizar fuerza, carga, rotación del tronco (fs. 452). Agrega que de los dichos de E. y F. surge que no existían vacantes o puesto disponible cuyas tareas resultaren compatibles con el estado de salud de la Sra. V. L.

Alude al art. 212 e indica que el mismo no persigue la creación de nuevos puestos de trabajo y que la reubicación a la que se alude en la sentencia implica el cambio de funciones de otros empleados.

Alude a las tareas de vigilancia, pero indica que

la actora no se encontraba capacitada para ocupar tal puesto.

El segundo agravio se refiere a la regulación de los honorarios de los Dres. G. y C. por considerarlos altos y por derecho propio se quejan por entender que los propios son bajos.

Los agravios son contestados a fs. 1029/1030 y hacen reserva del caso federal.

b) La actora repasa el objeto de la demanda y se refiere al evento dañoso. Dice que la aquo tuvo por acreditada la ocurrencia del accidente de trabajo que provocó las lesión física, que el accidente fue aceptado por ambos codemandados, que está probado que mientras realizaba las tareas habituales el 3-9-07 se produjo la caída que no le permitió seguir trabajando, que efectuó la exempleadora denuncia de accidente de trabajo el 11-9-2007 y que la ART le brindó prestaciones.

Entiende que es contradictoria la postura de la empleadora. Agrega que se probó que ingresó a trabajar en perfectas condiciones psicofísicas de salud de acuerdo al examen preocupacional, lo que se probó ante la negativa de E. de acompañarlo.

Señala que la Juez tuvo por probado que ingresó en perfectas condiciones de salud y valoró que el testigo P. afirmó que antes del evento la actora caminaba bien.

Indica que no resulta útil solicitar los exámenes médicos periódicos, ya que nunca se realizaron. Incumbiendo a la demandada tal prueba. Alega que la relación causal entre la patología que padece la actora y el trabajo está acreditada, si se tiene en cuenta que aquella ingresó a trabajar en perfectas condiciones físicas de salud y que, habiéndose producido el

accidente que impidió a la actora continuar con el trabajo de maestranza por su incapacidad laboral, la exempleadora decidió despedirla en los términos del art. 212 de LCT, 2do párrafo.

Hace referencia a la copia certificada de fs. 232 y concluye que quedó acreditado que las tareas de maestranza que cumplía la actora consistían en carga y fuerza.

Menciona el detalle de los requerimientos exigidos para el puesto, fs. 274 y el reconocimiento de E. obrante a fs. 452 y a fs. 578.

El primer agravio se dirige al punto 5 de los considerandos, reiterando lo sustentado bajo el rubro evento dañoso que ya detallara.

En el segundo agravio se refiere a los incumplimientos a las normas de seguridad e higiene. Transcribe los fundamentos del fallo y aduce que es incorrecto que no se hayan denunciado los incumplimientos en que incurrieran las demandadas.

Menciona para sostener el agravio, el voto de la Dra. Melero en autos “M…”, el art. 4 de la ley de seguridad y reitera que cumplía tareas normalmente antes del accidente. Cita jurisprudencia.

EL tercer agravio, la normativa civil y el deber de seguridad su incumplimiento.

Para sostener este agravio continúa con lo argumentado en el fallo M. por la suscripta y agrega que no existe duda sobre el nexo causal atento a las tareas que realizaba y que tal fallo es de aplicación en los presentes.

Cuarto agravio. Reitera que quedó demostrado que la actora ingresó a trabajar en perfectas condiciones y que a partir del evento quedó incapacitada, lo que le

impidió seguir trabajando como maestranza.

Agrega que no existió difusión y publicidad de las recomendaciones técnicas de previsión universalmente aconsejables o adecuadas inobservándose el art. 8, inc. D y 9 inc. k de la Ley 19857, no probando la demandada ningún eximente a su favor.

Menciona la responsabilidad de la ART, se remite a lo dicho en la demanda y cita jurisprudencia.

En cuanto a lo que denomina incumplimiento del deber de seguridad en el marco de la relación contractual, se refiere a la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales con tácita doctrina.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 1098 se presenta la apoderada de Q. A. A. S.A. informando que C. A. S.A. ha cambiado su denominación por Q. A. A. S.A., constituyendo nuevo domicilio.

A fs. 1102/1106 contesta agravios de la actora.

III) Demandó la actora a E. V. SA y a C. A. S.A. por el pago de $150.000 en concepto de indemnización civil por accidente de trabajo y, asimismo, a E. V. S.A. por la suma de $6.209 por despido, con intereses y costas. Las partes se oponen a tales pretensiones, aunque no cuestionan la relación laboral existente, tampoco la fecha de ingreso que fijara la sentenciante y de egreso que coincidieron.

Optando por la acción civil, sabido es que no basta para obtener la indemnización probar el daño, sino que es preciso determinar si existe relación causal entre el daño que no se discute se encuentra acreditado y las tareas que realizaba.

El reclamante debe acreditar la existencia de tal nexo causal, requisito que se torna imprescindible

cualquiera sea el ámbito en que se reclama.

Es decir que no es suficiente que un hecho sea la condición sine qua non del daño, sino que ella sea la causa adecuada de tal daño.

Y más allá de entender, como tantas veces lo he plasmado, la libertad del sentenciante en la valoración de las pruebas y la innecesariedad de dar respuesta a cada uno de los planteos de las partes cuando estas resulten inconducentes para la resolución del caso, con fundamento en el art. 390 CPCCCh, en autos se torna preciso retomar la valoración de las pruebas producidas ante el tenor de los agravios.

En el caso, la actora afirmó que inició sus tareas de maestranza para la empresa el E. V. SA el 30 de enero de 2002, que a fin de realizar las tareas efectuaba intensos esfuerzos, toda vez que debía levantar baldes con agua y artículos de limpieza para baldear pisos, encerado de pisos, limpieza de comedores, oficinas, gimnasio, vidrios y limpiaba vidrios desde una altura mediante escalera, que ingresó en perfectas condiciones de salud y que el día 3 de septiembre de 2009 mientras realizaba las tareas habituales sintió un tirón en su espalda que le provocó la caída y le impidió continuar con la tarea.

Sobre tales circunstancias la demandada indica que la fecha de ingreso fue el 1 de septiembre de 2009, negando el resto de los dichos de la actora y agregando que ningún esfuerzo de los que menciona la actora se requerían, reconociendo que se dedicaba a la limpieza de pisos, lavado y encerado, alfombras, muebles, baños, cocinas, superficies vidriadas y metálicas, recolección de residuos y que los vidrios eran limpiados por personal masculino.

Reconoce que el accidente ocurrió en tiempo y lugar donde indicara la accionante.

Asimismo, llegó firme a esta instancia que la actora ingresó a prestar servicios con el 100% de la capacidad obrera, así como que el accidente existió y con las consecuencias que apuntara el médico forense.

De los estudios realizados con posterioridad al accidente, se agrega a fs. 750 el diagnóstico del Dr. D., que si bien fue desconocido por el codemandado, fue merituado por la Comisión 19, quien establece que presenta un cuadro de lumbalgia, a expensas de protrusión discal R4 L5 y L5 S1.

A fs. 751 se agregó CD de la codemandada C. A. SA donde se comunica a la actora que "es resolución de esta auditoria médica que solamente se considerara como accidente de trabajo el episodio agudo que produjo como consecuencia una lumbalgia post esfuerzo", no así las patologías concomitantes halladas en estudios realizados, discopatías lumbares leves y de características crónicas a predominio L3 L 4.

A fs. 761 la Comisión Médica N° 19 en fecha 30-6-2008, concluyen que la damnificada sufrió un accidente de trabajo el día 3-9-2007, que como consecuencia del mismo padece de lumbalgia post esfuerzo que la ART aceptó la contingencia y la patología aguda. Deja constancia que intimada la ART a presentar HC y estudios realizados en ocasión del siniestro, plazo 10 días, no cumplimentó, modificando lo establecido por la aseguradora. Y con fecha 19-1-2009 dictamina que el accidente denunciado no es responsable directo de las lesiones que a través de los estudios realizados se han detectado a nivel de su columna lumbo-sacra, pero sí de su lumbalgia aguda. Por ello dictamina que el

damnificado ha padecido un accidente de trabajo provocándole un cuadro doloroso de lumbalgia post esfuerzo, sin incapacidad.

Por su parte, el perito médico concluye que la actora conserva postura erguida, que no hay modificación de la postura, que a la palpación presenta puntos dolorosos a nivel dorso lumbar y contractura muscular; que presenta en la columna cervical extensión de 0 a 35°, rotación de 0° a 50°, Flexión de 0° a 60°; en la columna dorso lumbar: flexión de 0° a 40°, extensión de 0° a 10°, rotación DI 30°, inclinación DI 10°, índice de Shober grado IV; presenta contracturas musculares en regiones para vertebrales derecha e izquierda en región dorso lumbar, tanto de pie como acostada; padece dolores a la palpación en región dorso lumbar, refiere presentar posición antiálgica, inclinándose hacia delante; que la fuerza muscular en ambos miembros inferiores se encuentra disminuida; que los movimientos de las caderas se encuentran con dolores: Flexión de 0 a 80 °; extensión de 0° a 30°, abducción de 0° a 40°, aducción de 0° a 30°, rotación externa de 0° a 50°, rotación interna de 0° a 50°, que los movimientos de ambos miembros inferiores se encuentran conservados, entre otros, otorgándole –según baremo de incapacidades laborales (Decreto 659/96-): columna cervical: 0%; columna dorso lumbar: flexión de 0° a 40°, extensión de 0° a 10°, Rotación DI 30°; abducción de 0° a 40°, aducción de 0° a 30°, rotación externa de 0° a 50°, rotación interna de 0° a 50° = 2%, subtotal = 11%; más factores de ponderación = 2,2 %, precalificación= 1,1%, edad = 1%, arrojando un total de 15,3%.

Agregando en cuanto interesa que la patología que

presenta puede estar dada por multicausalidad, edad, esfuerzos físicos, aspectos biológicos etc., que el diagnóstico es un cuadro de lumbalgia con dolores en región lumbo-sacra, contractura muscular en dicha región y la etiología es la causa de la patología lumbar que presenta, lumbalgia con limitación funcional.

Agregó que los microtraumatismos pueden ser causa de enfermedad degenerativa columnaria y a fs. 1030 reitera la causa de la limitación funcional y que esta deriva en mayor parte por la patología discal, y por ser una patología crónica no estimula incapacidad.

En punto a la mecánica de las tareas que desarrollaba y la realización de esfuerzos que culminaran con su lumbalgia y que entiende la Sra. Juez que la accionante no ha encaminado prueba alguna, he de tener en cuenta las testimoniales incorporadas, la testigo D. F., médica especialista en medicina del trabajo, reconoció documental de fs. 452 y 455 y declaró que atendió a la Sra. V. por un accidente, que camina con alguna irregularidad, que le efectuó pruebas que dieron positivo a su dolor.

Que como maestranza, desempeñaba tareas de limpieza, y que la patología le producía dolores de espalda. Que de la resonancia que trajo se desprendía que no estaba apta para el puesto, que tenía una marcha difásica y con dolor.

Relató el tiempo que se requiere para que se forme una hernia de disco (años), que la misma tiene distintos estadios, y que es aguda cuando es autolimitada, tiene principio y fin, y que después de tres meses es crónica.

Dio detalles sobre donde se localiza la cola de

caballo y lo que produce, así como en qué consiste el edema L5 detallando los movimientos que no puede realizar, giro, agacharse, aún doblando la rodilla, extenderse para limpiar vidrios, ya que provoca pinzamiento muy agudo, punzante que deja a la persona inmóvil, no pudiendo levantar peso.

P., narra que limpiando el baño se sintió mal y caminaba con dificultad, que quedó sobre la pared por que no se podía mover, que con anterioridad, caminaba bien y que era ágil en su trabajo, respondiendo por la razón: por haberla visto.

M. L. conoce los hechos por comentarios, sabe que antes trabajaba para S. en limpieza que siempre trabajó en tareas de maestranza y siempre fue muy activa.

S. D. amiga de la actora conoce del accidente por comentarios de la hija, que las tareas siempre fueron de limpieza y que con anterioridad a que trabajara con E. tenía dolores en la espalda.

A. E. reconoce la documentación de fs. 29, certificado de trabajo, fs. 30, alta de AFIP y 494, organigrama, es responsable de recursos humanos.

Declaró que la actora se desempeñaba en tareas de maestranza, limpieza de oficina, baño, vidrios, que tuvo un accidente de trabajo, el 11 de septiembre de 2007, que fue atendida por la ART por accidente durante casi un año.

Que efectuada la recalificación laboral, determinó que no podía volver a cumplir tareas de maestranza por una lesión que tenía, que luego la empresa envió al médico Dra. F., quien confirmó la lesión.

Declaró que la actora fue despedida porque la empresa no podía asignarle tareas, ya que los puestos estaban ocupados.

E. F., hijo del director de la empresa, quien se desempeña como jefe operativo, reconoce el accidente, que fue enviada a la doctora en lo laboral, y que la Sra. V. L. fue despedida porque no tenían ubicación para ella. Reconoció el organigrama.

A fs. 835 absuelve posiciones el representante de la demandada

A fs. 835 desiste el demandado de la prueba de absolución y reconoce la actora la documentación y absuelve a tenor del interrogatorio del codemandada.

La Comisión 19 determinó que el accidente denunciado no es responsable directo de las lesiones que a través de los estudios realizados se han detectado a nivel de de su columna lumbo-sacra, pero sí de su lumbalgia aguda. Por ello dictamina que el damnificado ha padecido un accidente de trabajo provocándole un cuadro doloroso de lumbalgia post esfuerzo, sin incapacidad, consideraciones basada en la Ley 24557, sobre lo que ya he fijado postura en párrafos anteriores.

Y más allá de de la multicausalidad a la que se refiere, determinó el forense una incapacidad del 15,3%, incapacidad que no existía al momento del comienzo de la relación laboral, y que la etiología es a causa de la patología lumbar que presenta: lumbalgia con limitación funcional.

Y si bien no se ha demostrado fehacientemente cuál es la tarea puntual que implicó esfuerzo del análisis ocupacional del puesto de trabajo, maestranza, acompañado por ART a fin de evaluar la recalificación surge cuáles eran las tareas que trae aparejado tal cargo y cuáles son los requerimientos para ocupar el mismo, señala que el Sr. A. E. manifiesta disposición

al análisis ocupacional y concluye que las capacidades de la damnificada no cotejan con los requerimientos del puesto habitual desestimando su reinserción laboral.

A fs. 683/693 se agrega el extracto del acuerdo de partes entre E. SRL y E. V. SA y A. R. y otros s/ homologación, de donde surge el acuerdo sobre cesión de personal de la primera de las nombradas a la segunda y que la accionante Sra. V. se encuentra dentro del personal.

Dicha cesión fue homologada el 4 de febrero de 2008 (fs. 489) y en ella se consigna que la cesión del personal comienza a partir del 1 de septiembre de 2007 y que como consecuencia de la cesión los empleados continuarán la relación con la cesionaria conservando su antigüedad, remuneración, categoría profesional y condiciones de trabajo. De donde se infiere que la Sra. V. continuaba con la tarea de maestranza que venía desarrollando en E. SRL.

Y es en estas condiciones que se puede inferir que la lumbalgia postraumática fue consecuencia del trabajo que realizaba y que surge del análisis ocupacional.

No acompañaron los codemandados el examen preocupacional, y como bien lo considerara la Sra. Juez "la accionante ingresó a prestar servicios con el 100% de su capacidad obrera", a su vez de los estudios ya referenciados se desprende que la sintomatología comenzó en el momento en que realizaba las tareas y la patología se produce en la zona física sobre el que se efectúa el esfuerzo, de allí que guarde relación causal con el accidente.

No dejo de advertir que más allá de sostener el demandado que los vidrios eran limpiados por personal masculino, ello no se condice con lo declarado por A.

E., en punto a las tareas que realizaba la actora.

Entiendo que existió riesgo, daño y ausencia de culpa de la víctima o de un tercero, por lo que se han configurado los presupuestos que requiere el art. 1113 del CC para endilgar responsabilidad al demandado.

“Dicha norma habla de riesgo o vicio de la cosa. Debe entenderse, en tal sentido, que “cosa” no es una determinada maquinaria o aparato, ni un objeto concreto susceptible de ocasionar un daño. Puede ser todo un establecimiento, explotación, empresa o incluso también actividad -como en el presente caso- en el que se da la posibilidad de que una mucama realice esfuerzo de tal naturaleza que lleguen a provocarle o agravarle un enfermedad determinada. En suma existe, nexo causal de cosa riesgosa, en coincidencia con los requisitos requeridos por el art. 1113 del CC ("Mamaní, Graciela Beatriz c/ Lucofi S.A. y otro s/ despido").

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en “Costa, Josefa María c/ Hilandería Algodonera Villa devoto SA”, 5-9-85 (Fallos:307-2-1634), en materia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, descalifica el rigorismo formal en la categorización de las "cosas" al sostener: "el carácter inmóvil o inerte de las cosas no excluye por sí solo la aplicación del art. 1113 CC, máxime cuando impuso un determinado modo de operar al trabajador, obligándolo a asumir posiciones y efectuar movimientos causantes de su minusvalía", y en Aguilera, Ramón (Fallos: 305:2218) (STJ, (H. R. c/ Administración de Vialidad Pcial. s/ Laboral”, SD de fecha 18 de febrero de 1997).

“En esta cuestión, se debe tener presente que la expresión "cosa" utilizada por el artículo 1113 del Código Civil, excede el marco restringido de la

definición del artículo 2311 del ordenamiento citado, y en ese sentido puede ser utilizada para designar conceptualmente una tarea (ver, v.gr., Sup. Trib. Just. Chubut, 22/03/2000 - "B., J. I. v. S. P. S.A. y Otra" - SD Registrada bajo el N° 5/2000).

Se ha sostenido que no es suficiente que se haya comprobado la existencia de un daño y también la existencia de un hecho imputable al actor por culpa o dolo, o de un hecho dotado por la ley de la calidad suficiente para constituir un factor atributivo de responsabilidad a una persona determinada. Faltaría aún que ese hecho aparezca como habiendo sido la causa del daño, pues es evidente que esta exigencia es condición indispensable para que el perjuicio le sea atribuido a la persona en cuyo ámbito de actuación o autoridad este se produjo. En el caso de autos tal extremo ha quedado totalmente superado, ya que el accidente fue el resultado de la prestación de una tarea, ordenada por el empleador.

A partir de admitir el nexo causal se torna preciso dar respuesta a los requerimientos de la actora y a los planteos efectuados por las codemandadas en sus escritos contestatarios.

La Sra. Juez consideró que la denuncia a la falta de cumplimiento de la Ley 19587 no ha sido imputada en forma concreta, sin perjuicio de ello, destacó que viabilizada la aspiración resarcitoria de la reclamante al amparo de la ley común, no son de aplicación las normas de la responsabilidad contractual, sino el art. 1113 CC. Se queja el actor ante lo decidido.

Alegó C. A. SA la falta de legitimación pasiva ya que la póliza que vincula a C. con la codemandada E. V. SA no cubre responsabilidad civil, y que tal contrato

la obliga exclusivamente a cubrir las contingencias previstas en la LRT 24557. La demandada cuestiona tales planteos por entender que la ART es responsable de reparar y pagar.

La actora al contestar la excepción solicita el rechazo.

No asiste razón a C. A. SA en cuanto a su planteo. Resulta cierto que la Ley 24557 dispuso que los infortunios laborales no serían cubiertos por el Derecho Civil, salvo que mediara delito; que solo serían indemnizables con la tarifa de la Ley 24557 los accidentes que fuesen "súbitos y violentos" (ocurridos con motivo de o en ocasión del trabajo o trayecto) o las enfermedades profesionales y en el art. 6°, apartado 2 de la LRT dispone que las enfermedades no previstas en el listado, así como sus consecuencias, en ningún modo serían consideradas resarcibles.

Pero a decir de Miguel Angel Masa, uno de los primeros golpes que recibió ese estólido esquema normativo fue la tesis doctrinaria prontamente cristalizada en jurisprudencia de que todo daño provocado por el empleo en grado causal o modificado de manera concausal que no tuviese cobertura dentro de la Ley 24557 debía ser resarcido conforme las reglas del derecho civil, dicha evolución tuvo su culminación en "Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina SA", dictado por la CSJN en 2007.

Y agrega el doctrinario, lo que hago propio: "en síntesis, actualmente la víctima de una enfermedad no prevista como profesional en el listado del Decreto 658/96 puede solicitar la cobertura legal y para ello debe demostrar que su patología es consecuencia directa e inmediata del empleo" (Superior Tribunal de Justicia

de la Provincia SD 9-2008).

No existiría disidencia en la CSJN en cuanto a que las ART pueden ser responsabilizadas en el marco del CC, en la medida que el incumplimiento reconozca un nexo de causalidad con el daño sufrido por el trabajador y concurran los demás supuestos (Ackerman, "Tratado", TIV, Riesgos de Trabajo, págs. 62 y sgts.).

La Ley 19587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo considera como básica la necesidad de la realización de exámenes médicos preocupacionales y periódicos en el art. 5°, inc. o.

A su vez el art. 23 del anexo I del Decreto 351/79 con sus modificaciones, dispone que debían efectuarse al ingreso, periódicos y de egreso, debiendo ser realizados por la ART, la SRT en Resolución 37/2010 determina cuáles son los exámenes médicos que se requieren y en cuanto nos interesa figuran, los preocupacionales o de ingreso, y previos a una transferencia de actividad.

Y sabido es que la finalidad del mismo es determinar la aptitud del trabajador desde el punto de vista psicofísico, sirviendo par detectar patologías preexistentes, dicho examen es obligatorio de acuerdo a la Resolución 37/2010, la que debe realizarse previo al inicio de la relación laboral, y su cumplimiento es responsabilidad del empleador, sin perjuicio que este puede convenir con la ART la realización del mismo y su modalidad de pago (art 2°, ap.2 y art. 2)

Y este examen se diferencia de los exámenes periódicos, respecto de los que la resolución determina que es responsabilidad de la ART o empleador autoasegurado sin perjuicio de los convenios que puedan efectuar.

Y me he extendido en el tema, con base en doctrina esbozada por Carlos Alberto Livellera, en obra ya citada, pág. 261 y sgtes., pues entiendo que si bien las ART pueden responder civilmente sobre la base de la responsabilidad extracontractual por los daños que cause su actuación u omisión, es necesario efectuar un análisis pormenorizado del caso concreto y la prueba que acredite que dicha acción u omisión de la ART han tenido relación directa con la producción del trabajo. Y la CSJ ha dictado fallos esclarecedores al respecto, así "Soria", "Rivero", "Galván", donde establece tácitamente la posibilidad de responsabilizarla cuando existiera un nexo de causalidad y en Torrillo identifica las obligaciones cuyo incumplimiento podría dar origen a la responsabilidad.

Y en los presentes tal nexo causal no existe, ya que a decir del Dr. Lorenzetti, en disidencia en "Torrillo", no cabe responsabilizar a las aseguradoras si no concurren los presupuestos del deber de reparar, (nexo causal) y que las omisiones de los deberes de control y prevención, por sí solos no autorizan a establecer una regla general y abstracta que los erija automática e inexorablemente en condición apta para producir el resultado dañoso con prescindencia del curso normal de los acontecimientos

El examen médico preocupacional, era obligación del empleador y el daño que sufriera el trabajador no se produjo por su ausencia. Debe tenerse presente lo que dispone el art 1072 CC que toda persona será responsable por cualquier omisión que hubiese ocasionado en perjuicio de otro, cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación, es decir, que la responsabilidad está dada por el hecho propio y no el

ajeno.

Asimismo, no se probó como lo dice la Sra. Juez: cuáles fueron las omisiones que dieron origen a la lesión, ni cuáles fueron los recaudos o elementos que hubiesen permitido, impedir la lesión.

Por lo expuesto rechazo la demanda interpuesta contra C. A. S.A.

Se agravia la demandada E. V. S.A., toda vez que la Sra. Juez admitió el despido incausado por aplicación del art 212 del LCT.

Solicitó la actora indemnización por despido incausado, a lo que se opone E. V. S.A.

De la lectura de los considerandos surge que la Sra. Juez si bien admitió que existían puestos de trabajo donde se podía desempeñar la damnificada, pero que los mismos se encontraban ocupados. Ello es sin vacantes, pero no acreditó que le resultara de imposible cumplimiento otorgar tareas a la accionante.

Como ya puntualizara la demandada se agravia.

Advierto que la empresa presentó organigrama, dando los nombres de quienes ocupaban algunos puestos.

Alega que la falta de capacidad y aptitudes de la actora para desarrollar tareas administrativas y/o de seguridad hacían imposible la reubicación.

Y surge de la ficha agregada a fs. 444, la Sra. V. tenía cursado 7 años en la escuela J. *****, lo que indudablemente no la capacitaría para tarea administrativa, pero también consta en dicha documental que poseía carné de conductor clase “B”, lo que la habilitaría para desempeñarse en el rubro “choferes”, máxime cuando no da cuenta el organigrama de quiénes o cuántos eran los que estaban afectados.

Y es ante ello que no probó la alegada

imposibilidad de dar tareas ya que solo podían hacerlo respecto de vigilancia y administrativo y la Sra. V. no reunía las condiciones para ello.

Los argumentos dados por la Sra. Juez para admitir el despido incausado con fundamento en el art. 212, segundo párrafo, devienen justos, de allí que corresponda abonar al trabajador injustamente despedido una indemnización de acuerdo a lo establecido en el art. 245 LCT

El demandado debió demostrar en autos dos extremos: 1) la imposibilidad de desempeño de la actora, con su capacidad menguada, en algún puesto de trabajo de su empresa; y 2) que esa imposibilidad no obedecía a un decisión suya sino a una imposibilidad objetiva.¿Pero cómo debe ser esa prueba? Correctamente se ha apuntado que "la demostración de la empresa debe ser eficaz para desplazar la regla de conservación del contrato. En general se han considerado conducentes los elementos de conocimiento tales como organigrama de funcionamiento, con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas, que justifiquen su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar razonablemente su imposibilidad de asignar tareas acordes a la nueva capacidad del trabajador" (cf. “G. T., en R. M., J.”, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", cit., T. IV, p. 45. Conforme prestigiosa jurisprudencia a los fines de la aplicación del art. 212 párrafo segundo de la L.C.T. no basta con acreditar que no existe ninguna vacante en la empresa demandada, sino que el empleador debe demostrar la imposibilidad de asignar al trabajador tarea alguna compatible con su

capacidad residual con arreglo a la actividad empresarial (SCBA, 16/2/88, "C., S. c/ F. B. S.A. s/ Indemnización art. 212, Ley de contrato de trabajo", DJBA 134- 165, AyS 1988-I, 99 y LL 1988-C- 408; ídem, 1/10/03, "B., V. c/ M. G. SA s/ Cobro de indemnización, etc.", en Juba sum. B11595). La aplicación del art. 212 LCT requiere la demostración de la realización del mínimo intento de procurar ocupación que sea realmente revelador de un inimputable impedimento, por ausencia de labores compatibles con la capacidad residual del trabajador (SCBA, 1/10/03, "B., V. c/ M. G. SA s/ Cobro de indemnización, etc.", en Juba sum. B11595). Y que si bien la norma no impone la creación de nuevos puestos de trabajo o la reestructuración de los existentes, lo cierto es que a los efectos de la operatividad de la reducción indemnizatoria, al principal que decide la ruptura del vínculo laboral por imposibilidad de otorgar labores compatibles al trabajador minusválido, no le basta con demostrar que no se produjeron nuevos ingresos, sino que es preciso acreditar la imposibilidad de cumplir con el imperativo legal por inexistencia de tareas adecuadas que pudieran asignársele con arreglo a su capacidad residual (SCBA, 1/10/03, "B., V. c/ M. G. SA s/ Cobro de indemnización, etc.", en Juba sum. B11595). No se trata de obligar al dador de trabajo a crear un puesto de trabajo innecesario, sino de adoptar un criterio de cierta elasticidad cuando la estructura de la empresa permite disponer de diferentes puestos de trabajo (C. Nac. Trab., sala 7ª, 31/3/97, "L., C.v. S. S.A. s/ DIFERENCIAS DE SALARIOS", en Abeledo Perrot on line. la "causa no imputable" al empleador de la que habla el art. 212 LCT, ante la imposibilidad de otorgar tareas

livianas al trabajador, debe ser más grave que la simple inconveniencia, consistiendo fundamentalmente en la inexistencia de tareas razonables útiles que el trabajador pueda desempeñar. El artículo mencionado le impone realizar un esfuerzo necesario para cumplir su obligación de ocupación, art. 78 LCT, y solo podría argumentar inimputabilidad cuando dicho esfuerzo resulta imposible o sumamente dificultoso (C. Nac. Trab., sala 1ª, 18/5/92, "G., E. v. B. B. S.R.L. s/ INDEMNIZACIÓN art. 212 L.C.T.", en Abeledo Perrot on line. Jurisprudencia transcripta por la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, SD 16/2009.

En cuanto a los rubros indemnizatorios, el STJ ha dado pautas al establecer que la indemnización se paga de una sola vez y la mayor parte de las veces consiste en considerar un capital "que puesto a una renta mensual, genere en el actor restablecimiento -tan exactamente como sea posible- del equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar a la víctima en una situación patrimonial semejante a la que se encontraba antes de acaecer aquel" (cf. "C., E. A. c/ C. d. P. R. C. S.A.", expte. 12948-C-1991 y luego entre otras, y en "C., M. A. c/ E. R. C.", expte N°13309-C-1991), estableció, asimismo, "que para determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente de un accidente de trabajo no existen pautas fijas", reiterando el concepto que la cantidad prudencialmente fijada ha de responder "al capital necesario para constituir una renta periódica que compense la pérdida sufrida...", pero desde ningún aspecto se desechó ninguno de los sistemas que en la práctica se utilizan para fijar el monto indemnizatorio", "B., J. A. c/ B. y Cía. SA. s/ demanda laboral (Accidente de Trabajo)",

expte. N° 15972-B- 1997.

He venido sosteniendo, a partir del cambio económico producido en el país, que las pautas para arribar a la indemnización deben ser evaluadas como indicativas y aproximativas, y que las particularidades de cada caso y los datos macroeconómicos imponen la aplicación de montos de corrección, constituyendo por otra parte el monto del salario, tan solo un referente más a los ya señalados, a lo que agregaré lo resuelto por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, ya enunciado y lo que dijera el Dr. Royer, S.D. 46/95; 8/98 y 25/99, "Que en el caso de determinación de indemnizaciones reclamadas por víctimas que a resultas del accidente quedaban incapacitadas. Existen diferentes sistemas y que los más utilizados son tres: a) cálculo de las retribuciones que hubiese podido percibir la víctima durante el tiempo que le resta de vida útil, a lo que se le suma el daño emergente y el daño moral; en este se toma la retribución mensual que percibía la víctima y se lo multiplica por el tiempo que le queda de vida útil, b) estimación prudencial del juez, ponderando la incidencia de las circunstancias particulares de la víctima (sexo, edad, nivel de vida, disminución de la capacidad de ganancias, etc.) o c) calcular el capital amortizable en el período de vida útil, utilizando las matemáticas financieras…

Todos estos parámetros, no deben constituirse en valladares ni disparadores de la indemnización, pues no aplicaré una fórmula matemática pura y mucho menos en los montos pretendidos, inclinándome por adoptar el sistema señalado como b) y valoraré la edad de V. L., el hecho que pueda realizar alguna otra actividad, el

porcentual de incapacidad que fijara. Y reitero los conceptos ya vertidos que el monto de la indemnización será recibido de una sola vez, pero sin dejar de considerar "que más allá de estos parámetros, debe considerarse no solo la incapacidad física, sino la que se relaciona con todos los aspectos de la vida, pero dentro de un límite, tal lo resuelve la CSJN, en aquellos casos en que se llega a cálculos matemáticos ajenos a la realidad", DT 1995-A-160.

Ante ello, y reitero, en el marco de los arts. 1068, 1069, 1083 y cc. del CC, los principios de reparación integral y partiendo de la incapacidad señalada, la posibilidad que no pueda superar un examen preocupacional, pero también la posibilidad que efectúe alguna actividad, lo requerido por el actor como indemnización por incapacidad, me resulta excesivo, estimando justo la suma de $30.000, a lo que deberá adicionarse la tasa de interés del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde la fecha del infortunio.

En punto al daño moral, la Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto y se comparte que "Las indemnizaciones por daño material y moral merecen un tratamiento diferenciado por tener naturaleza jurídica independiente al ser distinto los bienes jurídicos afectados, los que se resarcen en uno y otro caso" (L55.550 S.29-11-94), agregando la Corte en S.D. el 19-9-95 que "el agravio moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen el valor precipuo, en la vida del hombre, y que son la paz, la libertad individual, la integridad física, el honor y los demás sagrados afectos".

Para determinar la procedencia de tal requerimiento no se precisa prueba específica, siendo suficiente analizar las circunstancias del caso, la naturaleza de las lesiones, el grado de incapacidad, así como los presuntos padecimientos naturales que cabe inferir de quien, a la edad de 43 años, se encuentra con limitación funcional, que camina con dificultad, y la actividad física se encuentra disminuida, no pudiendo realizar movimientos como giro, agacharse, aún doblando la rodilla, extenderse para limpiar vidrios, ya que provoca pinzamiento muy agudo, punzante que deja a la persona inmóvil, no pudiendo levantar peso (Informe médico forense y declaración Dra. F.

No pudiendo dejar de merituar que la actora se desempeñó siempre como maestranza y que tal actividad no podrá efectuarla, provocando en su espíritu incertidumbre ante el futuro laboral.

"Toda minoración del sujeto en sus aptitudes existenciales supone destruir o alterar el equilibrio espiritual necesario para hacer frente a la vida. De allí que, donde se verifique una incapacidad de cualquier índole, será reconocible el daño moral".

En la órbita no económica corresponde valorar no solo las incapacidades con gravitación en lo laboral y productivo, sino más ampliamente ineptitudes de todo género con repercusión en la vida solitaria de relación, de allí que lo expuesto cobra significación en la vida relacional del sujeto, en su existencia asociada frente al mundo y con los demás, en tanto lo subjetivo, lo íntimo de la persona no se liga solo a lo individual, sino también a lo social.

"El perjuicio a la vida de relación es la lesión que el hecho puede ocasionar, y el daño moral reside en

el resultado espiritual disvalioso de la lesión", Matilde Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de daños", 2a. "Daños a las personas", pág. 541 y sgtes.

Por lo expuesto, y puntualizando que me he enrolado decididamente dentro de la corriente de opinión, que sostiene que para valorar la entidad del daño moral se debe tender a la gravedad objetiva del daño causado, cf. Bueres, ponencia presentada en las "II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", determinándolo en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de sentir, entender, querer y la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, admitiendo la reparación del daño moral con sentido resarcitorio, con plena independencia y autonomía del daño material, determinándolo de manera individual, caso por caso, ya que esta pauta de valoración, considero, respeta la esencia misma del perjuicio, ya que no existe, aunque pareciera que decirlo es una obviedad, uno igual a otro, y atento a las circunstancias del caso que ya he especificado y que a decir de Zavala de González, en resarcimiento "Daños a las personas", pág. 224 y sgtes., estas "se extienden más allá de los afectos (reales estados síquicos), para comprender las "inclinaciones", "tendencias", aspiraciones" razonables, deseables y valiosas que son naturales de la persona humana", concluyo, que determinaré la indemnización en este aspecto en la suma $5.000 (cinco mil pesos), más los intereses del modo que ya fijara.

En consecuencia la indemnización prospera por la suma de $45.036, más los intereses fijados.

Atento a cómo se resuelve por mandato legal,

costas y honorarios deben adecuarse, en consecuencia, deviene inconducente expedirse sobre los agravios relacionados con los honorarios por altos y por bajos de fs. 1077vta.

Las costas de ambas instancias con relación al demandado E. V. S.A, hoy "Q. A. ART S.A. las impongo a este.

Las relacionadas con C. A. S.A., estarán a cargo de la actora como las fijara la sentencia.

A fin de regular los honorarios de los profesionales intervinientes que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente, el trabajo profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6, 7, 14 y 60 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Admitir parcialmente los agravios de la actora y, en consecuencia, condenar a E. V. SA a abonar a la Sra. M. T. V. L., la suma de $44.036 (cuarenta y cuatro mil treinta y seis pesos) más los intereses que determinara, con costas a la condenada.

2) Confirma lo resuelto por la sentenciante en el punto 2) de la sentencia con relación a "Q. A. A. S.A. antes C. A. S.A.

3) Desestima los agravios de E. V. SA y confirma el punto 4 de la sentencia.

4) Impone las costas de esta instancia a la actora con relación C. A. SA y a la actora de acuerdo a lo decidido en el punto 1°), difiriendo al acuerdo la regulación de honorarios.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido

apelada a fs. 1071 y 1075 por la parte codemandada E. V. S.A. y por la parte actora, respectivamente, la sentencia definitiva nro. 87 del 28/10/11 (fs. ref. 1055/1068vta.), habiéndose concedido a fs. ref. los recursos de apelación interpuestos libremente y en ambos efectos.

El fallo en la parte que aquí se cuestiona dispuso: ”2) Rechazo la demanda, por acción civil incoada por la Sra. M. T. V. L. contra. E. V. SA y C. A. SA, todo ello conforme el análisis efectuado en los ptos. III.B) 1), 3), 4) y 5) y lo concluido en el acápite IV.1); 3) Impongo las costas a la parte actora vencida. Regula honorarios… 4) Haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. M. T. V. L., en consecuencia condenar a E. V. SA a abonar en el plazo de 10 (diez) días la suma de Pesos Diez Mil Treinta Y Pesos Con Once Centavos ($10.036,11), cf. lo expresado en los puntos IIII.B. 6), 7) y 8) y lo resuelto en IV. 5), 6) y 7), con más los intereses conforme lo establecido en el acápite IV.8). y 5) Imponer las costas a la demanda vencida. Regulo honorarios…”.

I.A) A fs. ref. 1076/1077vta. expresa agravios la parte apelante codemandada E. V. SA, los que fueran contestados a fs. 1079/1080 por la parte actora, conforme el traslado conferido a fs. 1078

A fs. ref. 1080/1088 expresa agravios la parte apelante actora, los que fueran contestados a fs. 1102/1106 por la parte codemandada Q. A. A. SA (antes C. A. SA) de acuerdo a la acreditación de cambio de razón social – fs. 1098), conforme el traslado conferido a fs. 1089.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia

los resultandos (aplicable aquí a los agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (o de los agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración y celeridad, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios han realizado los apelantes.

I.B-1) Concretamente, la apelante codemandada E. V. SA, funda su recurso en que la a-quo ha decidido:

a) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la actora contra la codemanda E. V. SA por considerar que ésta última no cumplió con lo prescrito por el art. 212 de la LCT (fs. ref. 1076/1077);

b) Regular altos los honorarios profesionales de los Dres. A. E. G. y R. R. C. (fs. ref. 1079vta.);

c) el apoderado de la codemandada, por derecho propio, apela sus honorarios por bajos (fs. ref. 1079vta.) y, por último,

c) Hace Reserva del Caso Federal (fs. 1079vta./1080).

I.B-2) La recurrente actora basa su crítica en

cuanto la sentenciante decidió:

1) No tener por acreditado debidamente el nexo causal entre la dolencia padecida por la actora y las tareas efectuadas (1er. y 4to.agravios - fs. 1082/1083 y 1086/vta. - respectivamente);

2) La accionante no denunció los incumplimientos en que incurrieron las codemandas y el incumplimiento de la ART (2do. agravio y 4to. agravio - fs. 1083/1084 1086vta./1087vta., respectivamente;

3) Interpretó incorrectamente la normativa civil y el deber de seguridad (fs. 1084/1085vta.), y deja

4) Planteada la reserva del caso federal (fs. 1087vta./1088).

I.B-1-a) El primer agravio de la codemandada E. V. SA se centra en contra de la decisión de la a-quo de considerar que no cumplió con lo prescrito por el art. 212 de la LCT (fs. ref. 1076/1077);

Entrando en el análisis de la temática planteada, tengo en cuenta que el primer párrafo del artículo 212 de la L.C.T. faculta al trabajador incapacitado a requerir durante el plazo de conservación del empleo, el otorgamiento de tareas compatibles con su aptitud física o psíquica.

Como correlato de ello, la obligación que la norma pone en cabeza del empleador es la de dar al dependiente tareas adecuadas a su disfunción. Y solo en caso de incumplimiento de ese deber, sea por voluntad o imposibilidad del principal, sea por imposibilidad del trabajador, comenzarán a operar las indemnizaciones tasadas, previstas en los párrafos 2do. a 4to. de la misma.

Comparto el criterio jurisprudencial en cuanto se ha inclinado por sostener que le incumbe al empleador

la carga de probar la falta de puestos con tareas adecuadas para el trabajador parcialmente incapacitado (SD 42499 - Causa 31.701-08 - "C., C. M. c/ Bilbao, Ricardo Eduardo s/ despido" - CNTRAB - SALA VII - 26/02/2010: elDial.com - AA5D13; Sala I "Rosales, Angélica c. Alpargatas S.A.", sentencia del 27/7/93, D.T. 1994-A, página 359; Sala III, "Juárez, Alejandro c. Happening S.A.", sentencia del 21.9.90, D.T. 1991-B, página 1647, Sala VI "Badini, Nebel Juan c. E.F.A.", sentencia del 3.7.91 D.T. 1991-página 1662, Sala VII "Ochoa, Roberto Fabián c. Ministerio Norte S.A. s. Despido", sentencia 32018 del 22.4.99). Criterio que ha sido seguido por la a-quo conforme los términos en que se ha expedido en el considerando 7mo. (fs. ref. 1095vta./1096).

Considero que, sin desmedro substancial de la facultad de organización que le reconoce la Ley al empleador (art. 65 L.C.T.), el art. 212, 2do, párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo solo justifica la falta de dación de tareas livianas en los casos en que la demandada no pudiera dar cumplimiento con su obligación, por circunstancias que no le fueran imputables.

No se trata de que se lo obligue al empleador a crear un puesto de trabajo innecesario, sino de que se adopte un criterio de cierta elasticidad cuando razonablemente la estructura propia de la actividad permite avizorar que ciertos sectores de trabajo son necesarios.

Advierto que la argumentación de la falta de capacitación y aptitudes de la actora para desempeñar tareas de seguridad y/administrativas expuesta como línea argumental defensiva por la apelante codemandada

es insuficiente (tal como también lo analiza la a-quo a fs. 1086 cuando refiere a la documental obrante a fs. 462 – doc. res. por Secretaría de Cámara bajo en nro. 371 del día 15/12/11 y contra la cual nada dijo la apelante codemandada), atento a que no ha probado en forma convincente la imposibilidad de dar tareas acorde a incapacidad de la actora y tener todos los puestos de trabajo ocupados, más aún cuando ha de tenerse en cuenta que ha de medirse la conducta desarrollada por la empleadora –aquí no demostrada- de hacer todo lo posible para conservar el contrato que unía a las partes (p.ej., adjudicarle tareas de portería, puesto que no figura como ocupado según el organigrama que fue presentada como doc. res. doc. res por Secretaría de Cámara bajo en nro. 371 del día 15/12/11), mérito que efectúo teniendo presente los principios generales rectores del Derecho del Trabajo, arts. 10 – conservación del contrato de trabajo- y art. 63 –buena fe- de la LCT.

Por los motivos dados y criterios aplicados arribo a la convicción de rechazar los agravios expuestos por la codemandada apelante a fs. 1076/1077 y confirma en este sentido la decidido por la a-quo.

I.B-b y c) Entendiendo que la apelación de honorarios planteada tanto por la parte codemandada como su apoderado dependen (fs. ref. 1079vta.), dependen de la decisión a tomarse sobre los restantes agravios planteados ante esta instancia he de tratarlos oportunamente.

I.B-2, 1), 2) y 3) Siendo que de la lectura de la línea argumental expuesta por la recurrente actora para basar su crítica en cuanto a las decisiones de la sentenciante emerge que la misma se interrelaciona en

sus distintas exposiciones críticas, son razones por las cuales he de tratarlos conjuntamente.

Ha establecido nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial en cuanto dispone que: "Existe un orden instrumental en la demanda de daños que puede expresarse así: la descripción de los hechos a juzgar debe alcanzar a toda la complejidad de la situación que se somete al juzgador. Si determinados hechos que constituyen presupuesto de uno de los regímenes de responsabilidad, no pueden ser debatidos en la contestación y no alcanzan a integrar la litis, el debido proceso no puede cumplirse. Si embargo, la aprehensión de la totalidad multifacética de las conductas a juzgar, no es un marco rígido que limita totalmente al juez en materia de daño laboral, ya que tiene amplias facultades en función de un proceso cuasi instructorio, que funda su razón de ser en la protección de las víctimas (STJCh, 22-03-2000, Sentencia Definitiva, "B., J. I. c/ S. P. S.A. y Otra s/ Laboral").

En autos, la actora respecto a la pretensión ejercida acciona con fundamento en la ley civil, tanto en la responsabilidad objetiva (art. 1113), como en la responsabilidad por culpa, omisión culposa (art. 1109 C.C.). Para fundamentar su accionar, la parte actora hace un relato de las tareas a su cargo maestranza, expresando que las mismas, consistían -conforme sus tareas y categoría profesional-, en desarrollar en forma normal y habitual intensos esfuerzos, ya que baldeaba pisos, para lo cual tenía que levantar baldes con agua y artículos de limpieza, encerar pisos, limpiar comedores, baños, oficinas, lavado de gimnasios, correr muebles y limpiar vidrios de altura

utilizando una escalera, que el 03/09/07 a las 14:00 h aproximadamente, mientras realizaba sus tareas habituales, y estando en posición de agachada, al levantarse sufrió un tirón en la espalda (cadera, cintura y columna), que le provocó la caída y no le permitió continuar trabajando.

Relata que ingresó a laborar para la codemandada empleadora el día 02/12/02 y que culminó por decisión de la empleadora el día 12/09/08, fecha en la cual la patronal, mediante CD ******** *, la despide fundando su decisión en haber la actora quedado con incapacidad permanente, y en no contar la empresa con otras tareas para darle, extingue la relación laboral en función de lo prescripto en el art. 212, 2do. párr., de la LCT.

A fs. 215 la trabajadora accionante puntualiza la violación por parte de la demandada de lo preceptuado en violación genérica de los arts. 4, 7 a 9 incs. a, b, j, k, e i de la Ley 19587 así como de los arts. 103 del Dto. 351/79 111, del Dec. 351/79.

Tal como lo cita expresamente la apelante actora a fs. 1083vta. últim. parte y después de analizar los términos de la demanda (fs. 200/227), contestación de la codemandada E. V. SA (fs. 570/579), considero que el presente caso es análogo al tratado en los autos caratulados: "M., R. J. c/ C. d. T. "E. G. Ltda." y otros s/ Demandada Laboral (Acc. de Trabajo)", expte. nro. 15.693/06, sent. def. nro. 80 del 16/11/06.

Ello así teniendo en cuenta los principios y criterios explicitados y la naturaleza de la lesión sufrida por la actora –hernia discal-.

De la transcripción realizada de lo expuesto por la actora, amerito que en la acción que interpuso, esta efectúa un relato de las tareas a cargo de la misma,

individualizados las distintas normas que fueron incumplidas por la empleadora, basadas en las exigencias de la Reglamentación de la Ley de Seguridad e Higiene (Ley nro. 19587 y su Dec. 351/79), la cual establece las nociones básicas sobre las que debe versar las medidas de Seguridad e Higiene en el Trabajo con lo cual entiendo que reúne los requisitos de admisibilidad de la demanda, ya que la especificación que en ella se cumplió con la debida fundamentación del deber patronal de seguridad que tiene origen en el contrato de trabajo (art. 75 LCT), y en las distintas labores que prestó en su beneficio lo que imponía un hacer positivo de la demandada para que no se produzca la consecuencia dañosa (esto es, mantener en adecuadas condiciones de salubridad el ambiente de trabajo, conservar en perfecto estado las instalaciones y maquinarias, implementar todos los métodos y dispositivos de seguridad, proporcionar a los operarios los elementos de protección necesarios para impedir lesiones o trastornos funcionales, debiendo instrumentar en base a ello los medios técnicos de protección y las modalidades de trabajo mas adecuadas a fin de prevenir los riesgos y salvaguardar, en los procesos y operaciones de trabajo, la indemnidad corporal o al menos moderar la dañosidad (elementos de limpieza de peso y movimientos con que debía realizar las tareas de las cosas (instrumentos de trabajo) con las que el trabajador laboraba).

Cabe hacer hincapié que el art. 4 de la Ley de Seguridad e Higiene enuncia el contenido de la materia ("normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias...") y en los incisos que contiene la norma se establece el objetivo que persiguen las

mismas, entre los que se enumeran los incs. a) y b): proteger la vida, mantener la integridad física de los trabajado-res, prevenir y reducir o eliminar los riesgos del trabajo. Es decir hacen referencia al contenido de la materia y al aspecto deontológico de la ley.

Las normativas precitadas no fueron cumplidas, ya que además de entender que las funciones del trabajador consisten en un trabajo de esfuerzo físico, posturas de gran impacto en la columna en forma continua y cotidiana, más aún teniendo en cuenta que en la etiología de las hernias de disco se encuentran tanto la acción de fuerzas como la combinación de estas con trastornos degenerativos,

Asimismo, es de aplicación al caso subexamine lo sostenido jurisprudencialmente en cuanto a que la obligación del demandado se cifra en tomar diligentemente medidas de prevención de daños en la salud del trabajador cumpliendo la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo; si esta obligación es incumplida, corresponde concluir que ha mediado una conducta negligente de la empleadora relativa al modo de organizar la actividad de la empresa en orden a prevenir y evitar los daños en la salud de los dependientes. De ello se deduce que debe atribuirse responsabilidad resarcitoria a la empleadora en los términos del art. 512 del Código Civil por la incapacidad que la actora porta en su columna vertebral” (cf. crit. S. 67 - "Torres, Francisco A. c/ Telecom. Argentina Stet France Telecom. SA - Incapacidad" – Cámara del Trabajo de Córdoba - Sala V - 05/06/2001: elDial - AABF4).

Con relación al art. 1109 del CC, resulta de

aplicación a la causa, ya que de la conducta desarrollada por la demanda ha de calificarse por lo menos como de negligencia por parte de la empleadora la que no acreditó haberle realizado el examen preocupacional de ingreso que demuestre que aquella comenzó a trabajar con una afección de la que se trata en estos autos (cf. crit. SD 73287 – expte. 23.129/2007 – "Pugliese, Cristina del Valle c/ Sprayette S.A. y otro s/ despido" – CNTRAB – SALA V – 13/07/2011 elDial.com - AA6E87 Publicado el 06/09/2011) o haber tenido en cuenta las consecuencias de las tareas realizadas por la actora, que aunque no parezcan importantes, ello no implican que no insuman un riesgo cuando las desarrolla (pesos a levantar, piso resbaloso, escalera sin medidas de seguridad, entre otros).

Concretamente, teniendo presente que no emerge de la presente causa que la empleadora haya dado cumplimientos a las obligaciones de seguridad impuestas legalmente emerge claramente su responsabilidad en el accidente sufrido por la accionante, y teniendo en cuenta que la dinámica de las tareas –maestranza- desarrolladas que, efectivamente, determinan que obligatoriamente la trabajadora asume posturas y realiza movimientos corporales, fundamentalmente a nivel cervical, que pueden determinar la aparición de patologías cervicales como las que presenta, ha de ser tenida como que la misma tiene una relación de causalidad con las tareas que refiere desempeñaba en la empresa.

Es criterio de la suscrita que en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su

parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditado la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Y bien, sentadas las premisas precedentemente expuestas y probado que fue: a) que la incapacidad detectada en la actora tuvo origen en la tarea por ella desplegada b) que la empleadora incumplió con el deber de seguridad que le impone el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo así como el examen preocupacional; c) que no se probó la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder; sin dudarlo entiendo que han quedado configurados todos los presupuestos para la responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código Civil".

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia cuando ha entendido que: "En el caso, las constancias de autos no acreditan la realización de exámenes médicos periódicos con estudios radiológicos, que hubiesen permitido a la empleadora reubicar oportunamente al trabajador en tareas que no le demandaran los esfuerzos, sin obligarlo a adoptar posiciones que desencadenaron o agravaron su afección de columna. Tal proceder de la aseguradora constituyó un incumplimiento culposo a deberes legales a su cargo, que autoriza a responsabilizarla solidariamente por el resarcimiento íntegro del daño, con fundamento en el artículo 1074 del Código Civil" (SD 17964 - expte. 477/08 (26.269) - "C. J. E. c/ Mapfre Aconcagua ART S.A. y otro s/ accidente – accion civil" - CNTRAB - SALA X - 16/11/2010: elDial.com - AA674A Publicado el 27/01/2011: Acuerdo Plenario n° 266 en los autos "Perez, Martín I. c/ Maprico S.A.I.C.I.F." -Fallo en

extenso: elDial.com - AA577F, del 27/12/88- en el que la Cámara fijó la siguiente doctrina: "En los límites de la responsabilidad establecida por el art. 1113 C.Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte puede imputarse a riesgos de la cosa").

A mayor abundamiento, preciso que en las condiciones referidas cabe inferir que la enfermedad de la columna vertebral que padece la actora (hernia de disco cervical) se halla en una relación causal adecuada con el riesgo de las cosas que la empleadora demandada tenía bajo su guarda. Por ello, ante la ausencia de prueba del carácter inculpable de la afección que las accionadas alegaron en el responde (especialmente en cuanto refiere a la ausencia de un examen preocupacional (lo que ha quedado acreditado conforme informe del perito médico a fs. ref. 1015/1016) que evidencie la preexistencia de la afección, ni los periódicos establecidos por la Ley 19587), concluyo que en el caso se encuentran debidamente reunidos los presupuestos fácticos que tornan procedente la responsabilidad de la sociedad empleadora con fundamento en el artículo 1113 del Código Civil.

La CSJN, en A. 2652. XXXVIII -"Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley 9688"- se ha expuesto, más allá de la transcripción parcial efectuada por la codemandada apelante E. V. S.A. (fs. ref. 566vta.) que: “No tengo dudas que las tareas y las condiciones en que las realizó la actora durante casi diez años (en el presenta caso la actora cumplió tareas laborales para el empleador por aproximadamente cinco (05) años) influyeron

negativamente en la salud de la reclamante. Puedo decir sin hesitar que existió riesgo, daño y ausencia de culpa de la víctima o de un tercero, con lo que quedaron configurados todos los presupuestos para la responsabilidad del dueño o guardián en los términos del art. 1113 del Código Civil. Dicha norma habla de riesgo o vicio de la cosa. Debe entenderse, en tal sentido, que "cosa" no es una determinada maquinaria o aparato, ni un objeto concreto susceptible de ocasionar un daño. Puede ser todo un establecimiento, explotación, empresa o incluso también actividad -como en el presente caso- en el que se da la posibilidad de que una mucama realice esfuerzos de tal naturaleza que lleguen a provocarle o agravarle una enfermedad determinada".

A ello cabe agregarse que en los casos en los que se concluyera que existe relación causal entre las patologías padecidas por los trabajadores y el trabajo, como sucede en el presente, sin dudas debe considerarse que la A.R.T. ha incumplido su deber de contralor respecto del cumplimiento del plan de mejoramiento de cada empresa, obligación esta que la ley pone en cabeza de las aseguradoras, quienes no solo califican el nivel de riesgo de sus clientes al momento de contratar, sino que tienen la obligación de elaborar un plan de mejoramiento dispuesto y controlar su cumplimiento íntegro y oportuno (en igual sentido ver, entre otras muchas, S.D. N° 38.307 del 10/03/05, "M., C. G. c/ F. S. S.A. s/ Accidente - Ley 9688").

Reitero que el fundamento legal de la responsabilidad de la A.R.T. yace en el territorio del art. 1074 del Código Civil, donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona

un daño a otro, cuando una disposición de la ley impone una obligación.

Por las razones expuestas, arribo a la plena convicción de que el empleador es responsable directo por el daño causado y la A.R.T. ha incurrido en una omisión culposa que conlleva la aplicación del mencionado art. 1074 del Código Civil por lo que debe responder solidariamente (cf. crit. "Causa 8047/02 S. 39000 - "Mamaní, Graciela Beatriz c/ Lucofi S.A. y otro s/ despido" – CNTrab. – Sala VII - 14/02/2006: elDial.com - AA324B).

En virtud de haber arribado a la decisión de la responsabilidad en el infortunio sufrido por la accionante, corresponde entrar a meritar los conceptos y montos por ella peticionados en su demanda.

El STJ ha dado pautas al establecer que la indemnización se paga de una sola vez y la mayor parte de las veces consiste en considerar un capital "que puesto a una renta mensual, genere en el actor restablecimiento -tan exactamente como sea posible- del equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar a la víctima en una situación patrimonial semejante a la que se encontraba antes de acaecer aquél" (cf. "C., E. A. c/ C. d. P. R. C. S.A.", expte 12948-C-1991 y luego entre otras, y en "C., M. A. c/ E. R. C.", expte N° 13309-C-1991), estableció, asimismo, "que para determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente de un accidente de trabajo no existen pautas fijas", reiterando el concepto que la cantidad prudencialmente fijada ha de responder "al capital necesario para constituir una renta periódica que compense la pérdida sufrida...", pero desde ningún aspecto se desechó ninguno de los sistemas que en la

práctica se utilizan para fijar el monto indemnizatorio", "B., J. A. c/ B. y Cía. SA s/ demanda laboral (Accidente de Trabajo)", expte N° 15972-B-1997.

He venido sosteniendo, a partir del cambio económico producido en el país, que las pautas para arribar a la indemnización deben ser evaluadas como indicativas y aproximativas, y que las particularidades de cada caso y los datos macroeconómicos imponen la aplicación de montos de corrección, constituyendo por otra parte el monto del salario, tan solo un referente más a los ya señalados, a lo que agregaré lo resuelto por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, ya enunciado y lo que dijera el Dr. Royer, S.D. 46/95; 8/98 y 25/99, "Que en el caso de determinación de indemnizaciones reclamadas por víctimas que a resultas del accidente quedaban incapacitadas. Existen diferentes sistemas y que los más utilizados son tres: a) cálculo de las retribuciones que hubiese podido percibir la víctima durante el tiempo que le resta de vida útil, a lo que se le suma el daño emergente y el daño moral; en este se toma la retribución mensual que percibía la víctima y se lo multiplica por el tiempo que le queda de vida útil, b) estimación prudencial del juez, ponderando la incidencia de las circunstancias particulares de la víctima (sexo, edad, nivel de vida, disminución de la capacidad de ganancias, etc.) o c) calcular el capital amortizable en el período de vida útil, utilizando las matemáticas financieras…".

Todos estos parámetros, no deben constituirse en valladares ni disparadores de la indemnización, pues no aplicaré una fórmula matemática pura y mucho menos en

los montos pretendidos, inclinándome por adoptar el sistema señalado como b) y valoraré la edad de M., el hecho que pueda realizar alguna otra actividad y que de hecho surge de El STJ ha dado pautas al establecer que la indemnización se paga de una sola vez y la mayor parte de las veces consiste en considerar un capital "que puesto a una renta mensual, genere en el actor restablecimiento -tan exactamente como sea posible- del equilibrio destruido por el hecho ilícito, para colocar a la víctima en una situación patrimonial semejante a la que se encontraba antes de acaecer aquél" (cf. "C., E. A. c/ C. d. P. R. C. S.A.", expte. 12948-C-1991 y luego, entre otras, en "C., M. A. c/ E. R. C.", expte N°13309-C-1991), estableció asimismo "que para determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente de un accidente de trabajo no existen pautas fijas", reiterando el concepto que la cantidad prudencialmente fijada ha de responder "al capital necesario para constituir una renta periódica que compense la pérdida sufrida...", pero desde ningún aspecto se desechó ninguno de los sistemas que en la práctica se utilizan para fijar el monto indemnizatorio" ("B., J. A. c/ B. y Cía. SA. s/ demanda laboral (Accidente de Trabajo)", expte N° 15972-B-1997).

Tengo presente, asimismo, que el fundamento de la carga probatoria de quien alega la existencia de un perjuicio radica en que el damnificado no debe enriquecerse a expensas del responsable y la reparación debe limitarse a restablecer el equilibrio patrimonial, sin representar fuente de lucro para la víctima. Siguiendo esta línea, entiendo que es necesario calificar la certeza del daño desde el plano causal y

constatar la naturaleza y entidad del interés lesionado (ver Rev. La Ley del 13/08/97, pág. 9, Fallo 95.764, entre otros).

Ante ello, y reitero, en el marco de los arts. 1068, 1069, 1083 y del CC, los principios de reparación integral y partiendo de la incapacidad señalada, es importante valorar la posibilidad que no pueda superar un examen preocupacional, pero también la circunstancia que efectúe alguna actividad acorde con su actual estado físico.

Por todos estos entendimientos y premisas a tener en cuenta, siendo que a la fecha de ingreso de la actora (fs. 350 y ref. 548, 691 y fs. ref. 1066vta.), el día 30/01/02, contaba con la edad de de cuarenta y ocho (48) años, culminando por decisión de la empleadora el día 12/09/08 la relación laboral, habiendo quedado como resultado de dicho acontecimiento con una incapacidad parcial y permanente conforme la pericia médica equivalente al quince con tres por ciento (15,3%) fs. ref. 1017/1017vta.), que ha percibiendo como remuneración mensual y normal conforme pericia contable de la suma de pesos un mil seiscientos noventa con noventa y siete centavos ($1.690,97) (fs. ref. 1053/vta. – no impugnada por las partes y que tuvo en cuenta la a-quo en el considerando 8vo. fs. ref. 1067); que del grado de incapacidad parcial y permanente determinado por el galeno la misma no es óbice para cumplir otras tareas –p.ej. portería-; que a los efectos de la proyección de vida útil las misma ha de ser estimada en quince (15) años más aproximadamente, efectuando una reducción de un setena y cinco por ciento (75%) en ingresos que pudiera tener por trabajos que pueda obtener conforme su aptitud

física actual o atento las edades de los hijos éstos pueden colaborar con ella y una ayudarla económicamente y que la suma resultante no implique un enriquecimiento indebido, son todas ellas razones por las cuales arribo a la convicción razones por las cuales considero como justa en concepto de indemnización por daño material fijar la suma de pesos cincuenta mil ($50.000).

Sobre el concepto de la indemnización por daño moral, considero, siguiendo al Dr. Teodoro Gelber en su obra "El art. 1113 del Código Civil en los Accidentes y Enfermedades del Trabajo", edit. Hammurabi, pág. 100 y 101, que no corresponde fijar el resarcimiento por daño moral en un porcentaje de la indemnización por los perjuicios materiales, sino en una suma prudencialmente establecida en consideración a las particulares circunstancias de cada caso, las consecuencias de orden moral, el dolor sufrido por la víctima del infortunio y las limitaciones que ha de padecer en su vida futura (cf. CNAT, Sala III 29/08/80, "Baldoni, Ultimo c/ Rhoidia Argentina Quim. y Text. S.A.", en LT, 1980-1052). Dicho criterio ha sido el sustentado por la Corte Suprema de la Nación en autos caratulados: ”Ortiz v. Ferrocarriles Argentinos” (JA 1990-IV-616).

Por dichas razones arribo a la conclusión de determinar como indemnización por daño moral la suma de pesos ocho mil ($8.000).

En definitiva, y por todos los entendimientos expuestos arribo a la convicción de que corresponde hacer lugar a los agravios expuestos por la apelante actora (fs. 1080/1088) y, en consecuencia, revocar el pto. 2do. del fallo de la sentencia de fs. ref. 1055/1069 (antes fs. 1074/1087vta.) y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda, por acción civil incoada por

la Sra. M. T. V. L. contra E. V. SA. y Q. A. S.A. (antes C. A. SA.), condenándolas a las mismas en forma solidaria a abonar la suma de pesos cincuenta y ocho mil ($58.000) con más la tasa de interés fijada en primera instancia en el pto. IV, nro. 8 de los considerandos de la sentencia, los que serán aplicados desde la fecha del despido, 12/09/08 y hasta su efectivo pago y respecto a las indemnizaciones otorgadas en concepto de daño material y moral, la tasa de interés ya estimada se calculará desde la fecha del accidente.

I.B-c) Advirtiendo que la apelación de honorarios planteada tanto por la parte codemandada como su apoderado dependían (fs. ref. 1079vta.) de la decisión que se tomó sobre los restantes agravios planteados ante esta instancia en la que modificó la decisión de la a quo carece de virtualidad jurídica expedirse sobre dichas apelaciones.

I.D) En cuanto a la imposición de costas, es entendimiento de la suscripta que no hay que estar a un criterio matemático sino jurídico, es decir no se tabula cuánto se demandó y por cuánto prosperó, sino que se tiene en cuenta qué pretensiones se ejercieron y cuáles se acogieron. Si prosperan todos los rubros pero por montos inferiores, entonces el demandante es vencedor, pues su pretensión fue acogida (ídem. crit. "Baldasso Leonel Raúl c/ Cliba S.A. (Ingeniería Ambiental-Benito Roggio E Hijos S.A. - Ormas Ambiental S.A. UTE) y Otros - Ordinario - Daños y Perj. Accidentes de Tránsito - Recurso de Apelación - N° 527823/36" – Cámara 8va. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba – 29/06/2006 elDial – AA3885).

Asimismo, tiene dicho la doctrina y jurisprudencia

que cuando la sentencia fuere revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, es el Tribunal de Alzada quien debe adecuar las costas y el monto de los honorarios al contenido de su pronunciamiento (cf. Morello - Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.III, pág. 430 y ss.; Cám.1era., Sala III, La Plata, causa 155.587, reg. int. 203/73).

Razones todas ellas por las cuales se imponen las costas tanto de primera como de segunda instancia a las partes codemandada y ART vencidas (art. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico del). La regulación y readecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, se difieren para el momento del Acuerdo donde se regularán teniendo en cuenta el tema traído a debate, la labor desarrollada y el éxito obtenido y (arts. 5, 6, 13 y ccs. de la ley de aranceles)

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el momento del acuerdo:

1) Rechazar los agravios expuestos por la codemandada apelante a fs. 1076/1077 y confirmar en este sentido lo decidido por la a-quo en el pto. 4 del fallo de su sentencia de fs. 1055/1068vta.

2) Hacer lugar a los agravios expuestos por la apelante actora (fs. 1080/1088) y, en consecuencia, revocar el pto. 2do. del fallo de la sentencia de fs. ref. 1055/1069 (antes fs. 1074/1087vta.) y, en consecuencia hacer lugar a la demanda, por acción civil incoada por la Sra. M. T. V. L. contra E. V. SA. y Q. A. S.A. (antes C. A. SA), condenando a las mismas, en

forma solidaria, a abonar, en el término de diez (10) días de firme o consentida la presente, la suma de pesos cincuenta y ocho mil ($58.000) con más la tasa de interés fijada en primera instancia en el punto IV, ap. 8 de los considerandos de la sentencia, los que serán aplicados desde la fecha del despido, 12/09/08 y hasta su efectivo pago.

3) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a las partes codemandada y ART vencidas (arts. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico). La regulación y readecuación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, se difieren para el momento del Acuerdo donde se regularán teniendo en cuenta el tema traído a debate, la labor desarrollada y el éxito obtenido y (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4, Digesto Jurídico).

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 1055/1069. En el punto 1) declara la inconstitucionalidad de los arts. 2, 4, 11, 39 y 46 Ley 24557, según considerandos que cita. En 2) rechaza la demanda interpuesta por la parte actora M. T. V. L., contra la parte demandada E. V. SA y C. A. SA. En el 3), impone las costas a la actora vencida y regula los honorarios de los profesionales actuantes. En el 4) Hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora nombrada y condena a E. V. SA a pagar a la actora en 10 días, la suma de $10.036,11, conforme con los considerandos e intereses.

El material que se pone en discusión en esta Alzada, las cuestiones de hecho y de derecho se

encuentran consignadas en los votos que me preceden, habiéndose formado mayoría por mis colegas considerando injusto el despido de la actora, de conformidad con el art. 274 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, carece de virtualidad el pronunciamiento al respecto.

La cuestión restante responde al memorial de fs. 1081/1088, que solicita la reparación integral, con el planteo de inconstitucionalidad de las normas, con reclamación indemnizatoria de $150.000 y lo que en más o en menos resulte de la prueba, por el accidente de trabajo sufrido en el empleo de la demandada y solidariamente a la C. A. Como se expone por la recurrente actora no resulta controvertido el accidente, la tarea de maestranza habitual al levantarse sintió un tirón en su espalda (cadera, cintura y columna), que le impidió seguir trabajando; que formuló la denuncia el 11/9/2007 y la ART brindó prestaciones en los términos de la Ley de Riesgos de Trabajo. Destaca como acreditado que ingresó a trabajar en perfectas condiciones, de acuerdo al examen médico preocupacional. A partir de la recalificación profesional que determinó que las capacidades de la empleada no cotejan con los requerimiento del puesto habitual debido a la limitación para realizar tareas de fuerza y carga, cambio de posición de manera constante, entiende que se encuentra probada la incapacidad y que la propia demandada a fs. 1095vta., reconoce que la actora padecía de una hernia de disco que le impedía en forma definitiva realizar fuerza, carga y rotación del tronco conforme surge del informe de fs. 578. Segundo agravio. Se controvierte el argumento del fallo en cuanto entiende que incumplido los términos de la Ley 19587, art. 4, 7, 8, 9, qué máquina o herramienta

incidió en el accidente (Dec. 351/79). Cita voto emitido en causa de la Sala B. "M… c/ C…", donde el actor efectúa un relato de tareas y en cuanto hace hincapié en el art. 4 Ley de Seguridad Industrial. Reitera en consecuencia que su parte ha endilgado (fs. 215vta.), incumplimientos específicos. Tercer agravio. Que en el caso "Torres… c/ Telecom…", de la Cám. del Trabajo de Córdoba, indicado señala que se receptó el daño hernia discal por accidente de trabajo y se aplicaron presunciones propias del derecho laboral en ejercicio de la acción de derecho común y cual es la inteligencia que se interpreta sean cumplidos por el deudor, según la naturaleza de la obligación y donde se atribuye responsabilidad patronal con fundamento en el art. 1109 CC. por no adoptar las medidas de seguridad necesarias según los mandatos de la Ley 19587. Cita conceptos de votos de la Dra. Melero y Reynoso de Roberts, con vinculación al art. 1113 CC. y art. 75 L.C.T. y voto del Dr. Martín en la sentencia definitiva N° 2/97, en cuanto a que si la dolencia se manifiesta a raíz del hecho denunciado, se condice plenamente con el daño. Cuarto agravio. Destaca los extremos del fallo que la actora ingresa sana y pero en cuanto confronta con las exigencias del fallo sobre la prueba de las tareas, importantes elementos a manipular por la empleada, la posición que impone las tareas pero no demostradas las situaciones fundantes del daño en concreto. No obstante controvierte con la lógica resultante, que si la empleada ingresó sana y la empleadora reconoció que no pudo seguir trabajando, no pueden haber dudas del nexo causal. Que quedó acreditado entonces que la actora ingresa sana y que luego no se le realizaron exámenes de salud periódicos;

que tampoco existió difusión ni publicidad de las recomendaciones técnicas del art. 5, inc. ñ, de la Ley 19587. Se explaya sobre la inexistencia de prueba de causales eximentes y respecto al cumplimiento del deber de seguridad. Reserva derechos recursivos.

A fs. 1102/1106, por intermedio de nuevo apoderado y denuncia de cambio de razón social de la codemandada C. A. SA (fs. 1092/1098), y con la denominación Q. A. A. SA, se contestan los agravios.

Análisis de los agravios.

El marco de la controversia en esta Alzada a partir de los agravios interpuestos por la parte actora, la contestación de la parte demandada sustituta y lo votado por mis colegas en el presente acuerdo, permite advertir en primer término que la crítica inicial de la demandada Q. A. A. SA, como aclaración previa –aunque extrema la afirmación que constituye una apología de sobredimensión de los principios laborales y del proceso laboral– que en efecto, la actora abunda sobre la normativa legal aplicable y jurisprudencia en materia de accidentes de trabajo en que se ejercita la acción de derecho común, que en todo caso se advertirá el art. 1113 C.C. contiene el avanzado instituto de la responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba, pero ello no implica la exclusión de las normas y principios del derecho laboral y procesal concurrentes. En segundo término, las conclusiones respecto al concepto de preexistencia de la afección acreditada mediante examen médico preocupacional, con lo que resulta operativa la eximición del empleador y la ART, tampoco es aclaración conducente desde que por voto mayoritario del presente acuerdo se encuentra declarada la responsabilidad de la empleadora. Por

mayoría se acuerda la condena a E. V. S.A., por la demanda de daños y perjuicios, quedando disímil el pronunciamiento respecto a C. A. SA, hoy la demandada sustituta Q. A. Por lo demás aclarado, los conceptos de preexistencia e inculpabilidad de la afección, bien se señala, han de depender asimismo de la relación de trabajo, cuestiones sujetas al caso planteado. Por lo demás, carece de relevancia la comprensión de las enfermedades profesionales en el ámbito de la Ley 24557, las que figuren en el listado del Dec. 658/96 y las no incluidas pero que guarden una relación de causalidad directa e inmediata con la ejecución de las tareas laborales, cuestión que no es de autos, donde se ejercita la acción de derecho común, que incluye en su caso la responsabilidad por las consecuencias mediatas.

El primero de los agravios de la parte actora (fs. 1082), contiene la crítica a los fundamentos del fallo por los que niega que haya prueba del vínculo causal entre la enfermedad de la parte actora y los hechos invocados.

Tal postura del fallo se encuentra desestimada en este Acuerdo, habiéndose concluido por el contrario, en la existencia del vínculo, considerando el accidente ocurrido el 3/9/2007, como causa del daño, toda vez que el mismo fue el resultado de la prestación de una tarea ordenada por el empleador.

Es la respuesta que se vierte ahora a la contraposición de la ART. y por lo que se rechaza el concepto que vierte como de sano criterio del fallo. Este demuestra en cambio una estrictez ajena a los principios de la materia, porque la jurisprudencia señala que el "…actor no tiene la carga de probar la configuración del riesgo de la cosa, que en principio,

se evidencia con la producción del daño mismo. Basta con que se demuestre el daño causado y el contacto con la cosa" (C.Nac.Civ., Sala I, 16/6/98 – "Acosta, Eduardo v. Víctor M. Contreras y Compañía S.A." – en J.A. 1999-I-6) y en el mismo sentido la CNac.Civ., Sala F ("Zeballos v. Ministerio de Salud y Acción Social", 7/5/1999, J.A. 2000-II-4): "Si se comprueba el contacto físico entre el actuar –riesgoso, culposo, etc.– y el menoscabo que experimenta el enfermo –muerte o daño a la salud– y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue estrictamente la causa del daño, ello no será obstáculo para que los magistrados, al tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que, por ser en extremo dificultoso su demostración, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias".

Pero aún considerando probada la falta de preexistencia de la enfermedad dice la ART a fs. 1103vta.- ello nada dice de la causa origen de la patología columnaria, en tanto el informe pericial médico y las posteriores aclaraciones del perito, determinan que obedece a una enfermedad degenerativa crónica.

En tal concepción de la ART, nace el equívoco del argumento, pues solo se ciñe al informe médico, desvinculado del contrato de trabajo, normas que lo rigen y los principios de la causalidad jurídica prevista en el Código Civil. Por una parte, sí, se responde de las consecuencias inmediatas que acostumbran a suceder en el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 C.C.), pero por otra también se responsabiliza por las consecuencias mediatas, conexión

de un hecho con un acontecimiento distinto, en el caso que dichas consecuencias pudieran o hayan podido preverse (art. 904 C.C.). Es el marco de causalidad adecuada que también se impone a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo en autos, por no haber obrado con el debido cuidado de sus obligaciones de control en todo tiempo. Habría detectado el incumplimiento del examen preocupacional, asimismo, de los periódicos que se debían a la actora en su calidad de dependiente laboral de la empleadora y en su caso, la patología preexistente del actor, protrusión discal por multicausalidad, esfuerzos, trabajos, como lo señala la pericia médica de fs. 1015/1019. La posibilidad de contraer una enfermedad por el trabajador es un hecho previsible, es la razón de la normas destinada a tales eventos y que bien la sentencia ha señalado, examen preocupacional y luego periódicos, que hubiera permitido tomar los recaudos laborales de protección de la salud del trabajador afectado en prevención de riesgos y accidentes. En conclusión, también debe responder solidariamente la ART, pues si bien se trató de la conexión de la enfermedad con un hecho distinto, pudieron preverse los resguardos pertinentes de haberse conocido el estado de salud del actor. La causal de autoría tanto surge por acción, comisión por omisión, como por atribución legal de responsabilidad conforme con el art. 1113 C.C. (cf. Cám. Apelac. del Trabajo, Sala VI, 30/8/1985, autos: “Roberto, Vicente c/ Neumáticos Good Year S.A. y otro”, en D.T. 1985-B-1673).

Se entiende respondido con lo expuesto, aún el factor de imputación señalado por la parte Aseguradora como tampoco singularizado. Puede agregarse, por ser el

sector donde han discrepado mis colegas preopinantes, que se apoya la ART en que la sentencia observa a la actora que no concreta la conducta desplegada u omitida respecto al art. 4 de la Ley 19587. En realidad el fallo vuelve aquí a reiterar una cortapisa doblemente desajustada. Primero, por una parte si se trataba del incumplimiento de la Ley de Higiene y Seguridad, que contemplaba obligaciones de hacer, la prueba del incumplimiento correspondía a la A.R.T., propio de la naturaleza de los hechos positivos previstos en la normativa (cf. autos: "R., O. I. c/ P. A.R.T. s/ demanda laboral – prestaciones dinerarias e indemnizaciones", expte N° 13.827 año 2003, de ésta Sala A). Por la otra, sorprende la exigencia, desconsiderando los propios elementos de prueba contextualizados por la Sra. Juez. Si la actora sostiene el incumplimiento del art. 4 Ley 19587, precedido de la afirmación que la A.R.T. no cumplió con tareas de vigilancia y control de la empleadora (fs. 202vta., 2do.párr.), agregando que el fundamento legal de responsabilidad de la misma "yace en el territorio del art. 1074 del Código Civil donde la responsabilidad nace de la omisión…" y en su derrotero el fallo señalaba, que la actora afirmaba el ingreso a la prestación de servicios con el 100% de la capacidad obrera, que "lo trascendente para la resolución… es el análisis del examen preocupacional o al menos examen periódico anterior a la fecha de denuncia del accidente, que ninguno de ellos se agregó a las actuaciones y que eran obligatorios para la empleadora por el art. 9 Ley 19587 y para la ART. por disposición de los arts. 1, 2 y 3 de la RST 43/97, resulta evidente la ausencia de sana crítica, si verificando la omisión

de conducta de la A.R.T., aún exigía describiera la actora la conducta omitida. Si lo que resulta trascendente para resolver fue relevado en la sentencia como conducta incumplida por la A.R.T., de estricto encuadre en el art. 4 de la Ley 19587 a cuyo respecto sostuvo la omisión de control a la empleadora, la plataforma negativa del fallo hiere la sana crítica y tal interpretación lo previsto en el art. 9 L.C.T.-ref. Ley 26428.

No corresponden, en consecuencia, de los interrogantes de la A.R.T. al contestar los agravios sobre un supuesto desconcierto sobre las acusaciones de la actora en materia de prevención y que medidas debió adoptar para evitar que la Sra. V. L. sufriera un tirón en su región lumbar (fs. 1105vta.). La pretendida ignorancia se encuentra respondida, comisión por omisión y por atribución legal de responsabilidad prevista en el art. 1113 y 1074 C.C. De suyo que no habría de encontrarse en el momento y preciso lugar para evitar el movimiento dañoso de la dependiente, se trataba simplemente del cumplimiento integral de de prevención a su cargo, instando las debidas evaluaciones de salud en las oportunidades previstas en el ley –en el caso de la dependiente– o denunciando su incumplimiento ante quien corresponda.

Tales factores de imputación cuentan con antecedentes similares en los autos de esta Sala, "M., R. J. c/ C. d. T. E. G. Ltda. y otros s/ demanda laboral (Acc. de trabajo)", expte. N° 15.693/06, de fecha 16/11/2006 y en los caratulados "R…" –ya citado– y de sus conceptos se agrega al presente caso: Que por los incumplimientos le caben a la ART la misma responsabilidad con fundamento en lo prescripto en el

art. 1074 C.C. y en consecuencia debe responder solidariamente con la empleadora por las consecuencias del accidente y que con "…el sistema de la Ley 24557 incluyéndola más en el sistema de la seguridad social que en el laboral, ello es sustitución del obligado frente al siniestro, al trabajador le cabe el derecho de reclamar se responsabilice legalmente y quien ha sido vinculado para cumplir roles de seguridad…".

Por todo lo expuesto debe hacerse lugar en lo sustancial íntegramente a los agravios de la parte actora, correspondiendo responsabilizar a la parte Q. A. A. S.A., con los mismos alcances que se señalan para la empleadora demandada.

Para determinar el monto resarcitorio, se encuentran expuestas por mis colegas los fundamentos determinantes de la indemnización, con alguna variante en la determinación concreta del monto indemnizatorio, por lo que en la parte en que me pronuncio, los intereses correrán en la forma que se vota el punto de partida y a la tasa bancaria que se señala.

La accionante M. T. L., de 48 años al momento del accidente demanda la suma de $150.000 o la que en más o en menos resulte de la prueba, que era de estado civil soltera y vivía con una hija de 15 años y un hijo de 27 años de edad y recibía un salario mensual alrededor de $1.650 mensuales. A fs. 505 surge constancia de declaración jurada vincular respecto a la hija. El informe ocupacional de fs. 513 deja constancia que la actora no se encuentra apta para el desempeño del puesto de maestranza. Como se ha señalado, la pericial médica dictaminó el 15,3% de incapacidad laboral parcial y permanente. Con los elementos limitativos por incapacidad física parcial y edad de la víctima,

resultan evidentes los problemas que ha de sobrellevar la afectada para la reinserción laboral, advirtiendo en todo caso que el cálculo matemático hipotético de pérdida salarial hasta la edad jubilatoria, que solo habrían de cubrir el aspecto laborativo, sería insuficiente si tratándose de la reparación integral, deben considerarse la proyección natural de la personalidad con otras necesidades de relación familiar, social y un frente de empobrecimiento de las expectativas futuras. Con el entendimiento que priva en este campo el prudente arbitrio judicial, estimo se ajusta a derecho la suma de $50.000 preconizada en su voto por la Dra. Melero. En este mismo ámbito de apreciación prudencial, dadas las circunstancias del propio acontecimiento súbito, dolor padecido e indudables padecimientos posteriores anímicos y espirituales por el desenlace hacia un futuro complejo de la Sra. V. L., estimo que corresponde la compensación del daño moral, es justa la suma de $8.000.

Imposición de costas y honorarios.

Con salvedad de ámbito en que me expido, que importa la revocatoria del fallo apelado, corresponde se impongan, asimismo, las costas a la parte Q. A. A. SA, en ambas instancias (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico.

Para regular los honorarios, se tendrán en cuenta las pautas del art. 5, 6, 8 y concords. de la XIII, N° 4 Digesto Jurídico, el mérito de los trabajos profesionales y su complejidad, en la oportunidad de su regulación.

Costas de la segunda instancia, como se anticipara, corresponden asimismo a las codemandadas

(art. 69 C.Pr. Ley XIII N° 5) y por la naturaleza del juicio y normas arancelarias citadas – conjuntamente con el art. 13, se regulan los honorarios en el pronunciamiento.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Revocar la sentencia en cuanto resulta apelada y con la forma del pronunciamiento propuesta en el voto que me precede.

2) Tener presente la reserva del caso federal.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Reynoso de Roberts, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios expuestos por la codemandada apelante a fs. 1076/1077 y confirmar en este sentido lo decidido por la a-quo en el pto. 4 del fallo de su sentencia de fs. 1055/1068vta.

2) Hacer lugar a los agravios expuestos por la apelante actora (fs. 1080/1088), revocar el pto. 2do. del fallo de la sentencia de fs. ref. 1055/1069 (antes fs. 1074/1087vta.) y, en consecuencia hacer lugar a la demanda por acción civil incoada por la Sra. M. T. V. L. contra E. V. SA y Q. A. S.A. (antes C. A. SA), condenando a las mismas, en forma solidaria, a abonar, en el término de diez (10) días de firme o consentida la presente, la suma de pesos cincuenta y ocho mil ($58.000) con más la tasa de interés fijada en primera instancia en el pto. IV., ap. 8 de los considerandos de la sentencia, los que serán aplicados desde la fecha del despido, 12/09/08 y hasta su efectivo pago.

3) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a las partes codemandada y ART

vencidas.

4) Regular los honorarios profesionales profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. A. E. G. y R. R. C., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%), al Dr. F. V. M. en el quince por ciento (15%) y a los Dres. J. L. D., M. C. y D. G. S., conjuntamente en el quince por ciento (15%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. A. E. G. y R. R. C. en el treinta por ciento (30%), a la Dra. M. C. en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. F. V. M. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

6) Tener presente la reserva del caso federal.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"