En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P., M. D. c/ B. M. S.A. y otros s/ ACCIDENTE "(Expte. Nº 169/ 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 320/06) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora?; **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 548.

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

**1.**

La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la demanda y condenó a B. M. S.A. y en forma solidaria a A. A. A. S.A.I.C. y a M. A. ART S.A. a abonar a M. D. P., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de PESOS TREINTA MIL DOSCIENTOS ($ 30.200) con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut para las operaciones de descuentos de documentos comerciales a partir de la fecha de consolidación del daño alta (30/01/07) y hasta el efectivo pago e impuso las costas a cargo de B. M. S.A. y en forma solidaria a cargo de A. S.A.I.C. y M. A. ART S.A.

Por su lado eximió de responsabilidad al tercero A. T. A. S.A. imponiendo las costas generadas por su intervención por su orden.

Reguló los honorarios correspondientes al perito médico y a la representación y dirección letrada, en forma conjunta, de las partes, actora, demandada B. M. S.A., A. A. A. SAIC, M. A. ART SA y tercero citado A. T. A. SA, en porcentaje sobre el monto de que en definitiva resulte en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA de corresponder, dejando a salvo que la regulación de honorarios efectuada no alcanza a la Dra. B. en virtud de la renuncia efectuada a fs. 217.

Para así resolver se expidió en primer término respecto de la inconstitucionalidad planteada con respecto a los arts. 39 párr. 1 y 2, 14.2 b) 21 y 22, 46 y cctes. de la Ley 24.557.

Señaló al respecto los precedentes jurisprudenciales que han resuelto respecto del primero, la limitación legal que provoca a los derechos amparados por los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la C.N. así como disposiciones de diversos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional. Ese disímil tratamiento, dice la Jueza, resulta contrario al orden constitucional y, en el caso, es claro que el trabajador queda en una situación más desfavorable que cualquier otro afectado.

Deja constancia que la posición de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión resultó ratificada por la C.S.J.N. a partir del caso "C. c/ C. A. S.A.", citando el fallo del Alto Tribunal al declarar la inconstitucionalidad del art. 46 inc. 1 de la ley en tratamiento y culmina el punto remarcando que la L.R.T. ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado "de fuero común". Por otra parte dice la CSJN en el caso "L." fijó doctrina descartando que el tránsito previo por el andarivel del diseño sistémico, aún cuando hubiera finalizado satisfactoriamente el cobro de las prestaciones, suponga un acto propio que inhiba el planteo de

inconstitucionalidad. Resuelve en definitiva hacer lugar a la inconstitucionalidad peticionada

Luego se expide respecto de la inconstitucionalidad planteada por los letrados de la parte actora respecto de la limitación de responsabilidad del condenado en costas prevista por el art. 505 Cód Civil y ley 24.432. Para ello señala, que los letrados peticionantes no demostraron, mínimamente siquiera, en qué medida la aplicación al sub lite de la norma impugnada, resultaría violatoria de la garantía constitucional a una retribución justa. Cita lo dispuesto por la CSJN en el sentido que ha decidido que el texto agregado por la ley 24.432 al art. 277 de la L.C.T. limita la responsabilidad del condenado en costas en los juicios laborales y no el quantum de los honorarios profesionales y que en idéntico sentido se ha expedido la CAPM.

Ingresando al tratamiento del accidente de trabajo, analiza, en primer término, el reclamo contra la empleadora. A esos fines señala que el caso debe resolverse desde la perspectiva que brinda el abandono de la parte demandada de su defensa, situación que provoca que se le tengan por reconocidos los hechos expuestos en la demanda, salvo prueba en contrario. En virtud de ello y la ausencia total de prueba adversa y la producida por la parte actora-declaraciones testimoniales de fs.310, 312, y 329, pericial médica de fs 352/4, 365, 367 y 393 e informativa de fs 226/9, 246/8, 255/74, 276/9, 281/8, 302/3, 337, tiene por ciertos todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda respecto a la relación de trabajo dependiente que se invocara y que hacen al fundamento del reclamo, a saber: fecha de ingreso, tareas asignadas, la existencia y descripción del accidente (no solo por la falta de contradictorio, sino por la denuncia realizada a la aseguradora), imputación de responsabilidad, nexo causal, consecuencias, remuneración denunciada y, en definitiva, falta de pago de los rubros reclamados, admitiendo la demanda conforme fuera reclamado.

A efectos de acreditar la relación de causalidad pretendida, señala que los testigos E. -fs. 310/11-,-H.- fs. 312- y –S. -fs. 329- no solo ratificaron la mecánica del accidente, que ninguna de las partes intervinientes negó, sino que se explayaron respecto a las causas que lo provocaron, teniendo por acreditado, que en cumplimiento de su débito laboral, el actor debía desplazar objetos de variadas dimensiones, existiendo en el piso numerosas mallas metálicas que dificultaban la normal deambulación y que es evidente que tal mecánica de tareas resultó riesgosa. Agrega que la accionada no acreditó que en el sector se hubiesen tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el infortunio de marras, máxime cuando el acarreo de materiales de la manera relatada aparece causalmente relacionado con el acaecimiento del infortunio y como un elemento evidentemente apto para lesionar al trabajador, sin que se haya comprobado que P. incurrió en alguna negligencia o imprudencia determinante en el acaecimiento del infortunio.

Concluye que el procedimiento que describe debe ser calificado de riesgoso y apto para provocar el hecho traumático, por lo que entiende que el accidente guarda relación de causalidad directa con un factor objetivo de imputabilidad atribuible a la demandada B. M. S.A., como lo es el riesgo generado por la cosas de su propiedad y/o bajo su guarda.

Sigue diciendo que el reproche debe alcanzar solidariamente a la codemandada A. A. A. S.A.I.C., en su doble carácter de generadora por omisión del riesgo, como por el hecho de resultar la beneficiaria última de la obra que -en definitiva- lo generó. Cita doctrina en relación al concepto de guardián por lo que como consecuencia de lo establecido por el art. 1113 del Código Civil, B. M. S.A. y A. S.A.I.C. resultan responsables de la reparación de las consecuencias dañosas derivadas del infortunio (conf. arts.903 y 904 Cód. Civil).

Se expide luego sobre la responsabilidad de la ART. Para ello, valiéndose de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" (sentencia del 31-03-2009), dijo que M. A. ART S.A. si bien reconoció el contrato de afiliación con B. M. S.A., basó su defensa en el hecho de que habiendo P. prestado servicios para B. M. S.A. no en su propio establecimiento sino en el de un tercero -en el caso la planta de A. SAIC donde ocurrió el accidente- no existía de su parte obligación alguna de controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad. Consideró la Magistrada que el argumento era poco serio y que lo que resulta cierto es que la ART admitió expresamente que no efectuó ninguna de las tareas de control y prevención que la ley le impone. En concreto dice que, no habiéndose acreditado en autos, dadas las características de las tareas realizadas por el actor, que se hubieran indicado mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo sobre todo en cuanto al tránsito en condiciones seguras y sin obstáculos y/o un concreto plan de mejoramiento de las condiciones evidentemente riesgosas en las que el actor cumplía su tarea se revela el incumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo- , incumplimientos éstos que –dada la versión reconocida del accidente tuvieron directa vinculación con su producción, por lo que admite la condena de la aseguradora de riesgos del trabajo.

Con referencia a la incapacidad que dejó como secuela indemnizable el accidente de autos, expresa que el perito médico designado, luego de describir el estado clínico de la rodilla siniestrada del actor (fs. 352), estima la incapacidad de menisectomía con hidrartrosis e hipotrofia muscular en el 15,3% de la T.O., por lesiones que guardan relación con el accidente invocado en autos y determina a su vez que existen patologías asociadas ya que el actor presenta una artrosis femorotibial y femoropatelar, por las que no ha fijado incapacidad. Posteriormente y como consecuencia de la

medida para mejor proveer de fs. 431, el perito médico informó que es imposible determinar la incidencia de ambos eventos. Por ello y teniendo en cuenta que a fs. 271 la Superintendencia de Riesgos del Trabajo informó que por conclusión médica del 06/01/09 se otorgó al actor un 7,6% de incapacidad como consecuencia de la rotura de menisco interno de la rodilla izquierda, por un accidente sucedido el 26/06/08 trabajando para otro empleador, corresponde a falta de otro sistema, fijar la incapacidad por el accidente de autos en la diferencia entre la incapacidad originalmente otorgada y la que se desprende del historial remitido y no observado. Concluye en que la incapacidad parcial y permanente del actor por el accidente de autos, asciende a un 7,7% de la total obrera.

En cuanto a la valoración del daño y fijación del quantum indemnizatorio, en vistas de las fórmulas orientadoras para calcularlo (“V. “; “M.”, “A.”, teniendo en cuenta las consecuencias, tanto desde el punto de vista individual como social que el accidente produjo en el actor, su remuneración a la época de los hechos ($ 1.500), la disminución psicofísica ocasionada por el infortunio -7,7%-, la edad al momento del accidente (51 años), su categoría profesional (oficial) y sin computar entre los elementos a tener en cuenta la pérdida de chance, ya que el actor volvió a trabajar en similares actividades considera prudente fijar como indemnización comprensiva del daño material, lucro cesante en la suma de PESOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS ($ 25.200) con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut para las operaciones de descuentos de documentos comerciales a partir de la fecha de consolidación del daño alta (30/01/07) y hasta el efectivo pago. Para el daño moral reclamado, estima prudente fijar la indemnización por daño moral en la suma de PESOS CINCO MIL ($ 5.000) con más intereses a idéntica tasa y desde la misma fecha. Agregó que en oportunidad de practicarse liquidación deberán descontarse los montos que se acredite haya abonado

en forma efectiva y en concepto de INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

En cuanto a la intervención en autos de la citada como tercero dijo que sin perjuicio que no se acompañaron los instrumentos del caso, no encuentra más razón para la citación que efectúa la codemandada A. S.A.I.C. de A. T.A. SA que la posibilidad de una pretensa repetición; lo expuesto teniendo en cuenta que la citada ha admitido ser la contratista de la codemandada B. M. SA, por lo que no existiendo ni posibilidad de condena ni de que las resultas de la presente causa la alcancen, en tanto claro resulta que no se trata ni de dueño ni de guardián de la cosa, impone las costas generadas por su intervención por su orden. (art. 72 C.P.C.C.).

Finalmente impuso las costas a cargo de B. M. S.A. y en forma solidaria a cargo de A. S.A.I.C. y M. A. ART S.A.

La sentencia que he reseñado fue apelada a fs. 454 por B. M. S.A., los agravios fueron agregados a fs. 464/ 483. Sin réplica a los mismos.

A fs. 459 apela M. A. ART S.A., los agravios fueron agregados a fs. 484/495, sin que obre contestación a los mismos.

A fs. 461 el actor, Sr. M. D. P., apela la sentencia, los agravios fueron agregados a fs. 509/515, sin réplica de las contrarias.

A fs. 462 apela la sentencia la codemandada A. A. A. SAIC, los agravios fueron agregados a fs. 499/507 y su contestación por parte de la parte actora se incorporaron a fs.526/536.

A fs. 459, el Ab. G. L. C. en su carácter de apoderado de M. A.ART S.A. apela los honorarios fijados a los letrados de la parte actora, V. A. F., G. L. y S. L. F., por considerarlos altos.

A fs. 460 los letrados de la parte actora, V. A. F., G. L. y S. L. F., por su propio derecho y por la representación acreditada, apelan los honorarios regulados por considerarlos bajos.

**2.**

**Los agravios.**

**2.1. Los agravios del actor Sr. M. D. P.**

Se agravia parcialmente la parte actora, sosteniendo su queja en: a) la alteración del porcentaje de la pericia médica; b) el monto de condena exiguo; c) el punto de partida de los intereses y d) la imposición de las costas en el orden causado respecto de la intervención de la firma A. T. A. S.A.

Para el primer agravio señala que el perito médico limitó su tarea y fijó el porcentaje de incapacidad en el 15,3% TO respecto del accidente de autos y descartó cualquier dolencia ajena a éste siniestro, por lo que no puede la Magistrada apartarse sin fundamento científico del dictamen pericial, perjudicando al actor al reducir el porcentaje de minoración determinado. Al hacerlo -en base a un dictamen de SRT y cuando la cuestión no había sido materia de este litigio-, se apartó la magistrada de los términos en que quedó trabada la litis, incurriendo en incongruencia por decidir algo distinto de lo pedido.

En cuanto al monto de condena, señala que en primer lugar deberá adecuarse el mismo al porcentaje real determinado en la experticia, luego que las sumas que ordenó deben deducirse en la etapa de ejecución de sentencia deben ser las vinculadas a este accidente y no a otro.

Señala más adelante que el monto de condena para resarcir la incapacidad y el lucro cesante es exiguo, dado el daño hasta culposo de las accionadas y considerando que de ella deben deducirse las sumas vinculadas con el evento dañoso. Dice que pese a la dificultad que presenta cuantificar el daño material, lo resuelto por la Magistrada de grado debe modificarse para lo cual utilizando fórmulas actuariales y sobre los mismos parámetros considerados por la Magistrada (edad, remuneración, incapacidad) las sumas resultantes son significativamente superiores.

En el tercer agravio critica el punto de partida de los intereses, expresando que el *dies a quo* debe ser a la tasa activa desde la fecha del siniestro o accidente y no la de la fecha de consolidación del daño conforme doctrina y jurisprudencia pacífica.

El agravio individualizado en cuarto lugar sostiene que la imposición de las costas por la intervención de la tercera citada A. T. A. S.A.,

deben ser a cargo de A. quien citara a la empresa como tercera y no por su orden como se resolviera en la sentencia de grado.

**2.2**

**Los agravios de B. M. S.A.**

El primer agravio es la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24.557. Dice que más allá de los incontables pronunciamientos su parte era merecedora de conocer porque se ha entendido que su parte es responsable de un accidente y que la declaración de inconstitucionalidad se dicta para cada caso en particular, por lo que la decisión expresada de manera genérica resulta una denegación de justicia y un claro avasallamiento de los derechos de su cliente. Sostiene por sus argumentos la constitucionalidad del sistema de riesgos de trabajo.

El segundo agravio es el reconocimiento en la sentencia de su responsabilidad por los supuestos daños sufridos por el actor en el accidente ocurrido el 31 de enero de 2006. Critica que se condene a su cliente por el solo hecho de no haberse presentado a contestar la demanda; que la negativa de responsabilidad de su parte surge de las mismas negativas formuladas por la codemandada A. A. A. y M. A. ART S.A. por lo que no pueden señalarse que se han reconocido; que luego la falta de contestación produce la inversión de la carga de la prueba, esto significa que debe evaluarse de acuerdo a las constancias; que la actora no indicó con

precisión como se produjo el hecho antijurídico por lo no se sabe cuales son los hechos expuestos en la demanda que se tuvieron acreditados.

El tercer agravio es la determinación del daño. Dice en primer lugar que la determinación de la incapacidad por la que debe responder su mandante es antojadiza y caprichosa formulando algunos interrogantes que lo llevan a concluir que no es posible determinar con precisión cual ha sido el efectivo daño ocasionado por el supuesto hecho de autos. Luego dice que la resolución en crisis habla de disminución psicofísica sufrida, y formula interrogantes para descalificar esas conclusiones; dice también que no se han observado en la sentencia ninguna de las serias impugnaciones que se le formularon y desconoce cual ha sido el criterio para determinar el daño material y lucro cesante; que el daño fijado no es cierto y que tampoco se acreditó la relación causal adecuada.

**2.3.**

**Los agravios de la codemandada A. A. A. SAIC.**

**2.3.1.**

La codemandada anuncia que ceñirá sus agravios a lo sentenciado respecto de su mandante en el fallo, solicitando se decrete la nulidad de la sentencia apelada por grave conculcación del principio de congruencia devenido de los principios dispositivos y de contradicción, en violación de derechos y garantías constitucionales y en virtud de ello, exponer la defensa que le correspondía a su mandante en tanto que la litis fue trabada por la solidaridad derivada del art. 30 de la LCT. De no ser ello admitido solicita se revoque la solidaridad impuesta por la sentencia a su mandante, por presunto rol de dueña o guardiana de la cosa provocante del daño sufrido por el actor en su accidente de trabajo.

Luego de reseñar los antecedentes de la causa, inicia la crítica de la sentencia señalado que la misma es incongruente porque la propia actora

ha reconocido expresamente que B. M. S.A. deberá responder por ser ”la propietaria y/o guardián y/o por tener el aprovechamiento económica de la cosa riesgosa” y porque ese reconocimiento no fue considerado por la Magistrada, cuando -a su criterio-, constituyeron prueba suficiente acerca de quien era la guardiana de la cosa además de la dueña, por lo que la imputación del fallo no solo es incorrecta sino que al fundarse en ello, es incongruente.

Alude a que el reconocimiento así formulado, quedó incorporado al expediente en virtud del principio de adquisición, quedando dirimida la contienda entre el actor y A., en esa imputación de responsabilidad expresamente consignado y que por otro lado, aquel reconocimiento se equipara a la confesión expresa del actual artículo 427 del CPCC.

Dice también que falta la relación de causalidad, pues si no se es dueño o guardián no existe responsabilidad en los términos del art.1113 porque falta un presupuesto o elemento fundamental para configurar la existencia de la responsabilidad.

Agrega que deberá tenerse en cuenta que la *a quo* no condenó a la firma A. T. A., que fue quien contrató la firma B. M. S.A. por lo que suma a la incongruencia, la incomprensible situación de que falta un eslabón en la cadena pues A. no tuvo relación contractual alguna con B. M.

Desarrolla luego los fundamentos que esgrime contra la sentencia.

Para la falta de congruencia del fallo reitera que si la actora demandó a B. M. S.A. como empleadora, como dueña y guardiana de la cosa provocadora del daño y a A. por entenderla solidaria con la empleadora por el art. 30 de la LCT, mal podría la *a quo* sentenciar, fijando que A. era la guardiana de la cosa, excediéndose claramente en los parámetro en que debía fundar su decisión.

Dice que en los términos de la demanda, la señora jueza debía contestar si su mandante era o no solidario en los términos de la LCT porque eso fue lo

pedido por la actora y no como lo hace, atribuyéndole responsabilidad porque era guardiana (o dueña) de la cosa productora del daño y beneficiaria de la cosa, lo que resulta ajeno a la cuestión debatida oportunamente y respecto de lo cual, su parte no tuvo la menor oportunidad de ejercer la defensa.

Agrega allí, que se trató de dos acciones diversas, una basada en lo de dueño o guardián y la otra en la normativa del art. 30 LCT, con ribetes probatorios disímiles y cuestiones fácticas que- aunque pueden estar conectadas en algún punto- no son asimilables y las posibilidades son distintas, según sea el cauce para dirimir.

Acota que la facultad de fallar "ultra petita" contenida en el art.68 de la ley de procedimiento laboral, está limitada a suplir omisiones o errores del demandante pero limitados a la pretensión deducida.

En cuanto al principio iura novit curia, es claro que la aplicación del mismo no puede modificar el objeto de la pretensión o sus razones de hecho; que en el caso, si el reclamo contra A. tiene estricto fundamento en el art. 30 LCT, no puede corresponder dirimir por una vía completamente distinta y -aunque puedan complementarse- no pueden confundirse y menos entender que deducida una de ellas, pueda "iura novit curia", interpretarse también promovida la otra o decidir la causa por aquella pretensión y fundamento no explicitado.

Dice entonces, que el resultado de la incongruencia cometida por la señora Magistrada, es ineludiblemente la nulidad del fallo en lo tocante a A., tal como viene solicitando.

Aporta en este apartado, que resulta incomprensible la condena a A. y la falta de condena de a firma A. T. A., la cual contrató a la firma B. M. ya que en virtud de los argumentos de la jueza al decir del art. 1113 CC como ser "ventaja o provecho económico" condena a su mandante y no a la firma que fue nexo con B. M. Dice también que a fs. 175 vta de la contestación de

A., ésta reconoce el contrato con B. M. y ofrece como prueba el contrato agregado al Expte. Nº 265/2077 (SIC)" que tramita ante el mismo Juzgado.

**2.3.2.**

Para la eventualidad que esta Cámara considere que puede aplicarse al caso la normativa del art. 1113 del CC, sobre lo de dueño o guardián como así también como agravio específico y concreto contra lo resuelto, dice que no volverá repetir que la actora reconoció como dueña y guardián de la cosa productora del daño (materiales de construcción etc.) a su empleadora B. M. S.A. lo que así confirmaron los testigos de la actora como también que los que supervisaban y controlaban eran de B. y M.

Refiere que la señora Jueza ha confundido la cosa con la que se produjo el daño con la actividad que se llevaba a cabo con esa cosa por B. M. SA y que de esa confusión provino su decisión de condenar a A. como guardiana de la cosa. Para ello señala que no puede catalogarse a A. de guardiana de la cosa pues en su caso el aprovechamiento económico, en cuanto percepción de las ganancias generadas por la cosa (mallas y elementos de la construcción) la tenía sin duda su dueña B. M. S.A. y/o en su caso A., por el contrario para A. existía una erogación, un gasto que era sufragar el costo de la obra; que la circunstancia que da nacimiento a la responsabilidad es el aprovechamiento económico de una cosa en la medida que ello importa transformar a quien lo recibe en guardián de esta. Desde esa perspectiva, la que se aprovechaba económicamente de la cosa, los materiales de construcción que provocaron el daño, era solo su dueña B. M. S.A. porque con su utilización llevaba a cabo la construcción y cobraba por ello. A. no tenía el aprovechamiento económico que la sentencia le endilga, atribuyéndole por ello responsabilidad dentro del art. 1113 CC. Concluye diciendo que no siendo A. ni dueña ni guardiana de la cosa, no es

responsable del modo y forma en que se la condena, debiendo revocarse la sentencia dictada contra ella.

**2.3.3**

En el punto, dice que no existe solidaridad en virtud del art. 30 LCT.

Señala que el actor P. trabajó dentro de la Planta de A. en las tareas indicadas de albañilería de obra, correspondiendo las mismas dentro de la Ley 22.250 y CCT 76/75, marco legal en el que se circunscribió su actividad laboral y en el que no está incluido el régimen de trabajo para la producción de aluminio que tiene su propio CCT 260/75 metalúrgico, debiéndose rechazar la pretendida inclusión en el art. 30 LCT.

Sustenta su posición en que A. no es empresaria de la construcción, no se desempeña como constructora de obra y no está incluida en el régimen el estatuto de la ley 22.250. Cita jurisprudencia nacional y local.

Concluye sus agravios solicitando la nulidad de la condena contra A. por los daños y perjuicios sufridos por el actor en el accidente laboral; en su defecto o eventualidad se revoque la sentencia en los términos expuestos, rechazando en ambos casos la demanda del actor contra A. en todas sus parte con imposición de las costas de ambas instancias a la actora.

**2.3.4.**

Los agravios de la codemandada fueron respondidos a fs. 526/536 quienes por sus argumentos sostienen la sentencia de grado. En primer término dicen que la expresión de agravios no reúne las condiciones mínimas que prevén los arts. 268 y 60 Ley XIV Nº 1, subsidiariamente rebaten los agravios de la recurrente, remitiéndome a ellos, los que serán considerados al tiempo de dar repuesta a los argumentos recursivos en estudio.

**2.4.**

**Los agravios de M. A. ART S.A.**

La ART codemandada, luego de reseñar los antecedentes del expediente formula cuatro agravios, a saber:

El primer agravio de la codemandada M. A. ART S.A. está referido a que los riesgos no están amparados por el contrato de afiliación, que hay inexistencia de cobertura ante la condena con fundamento en la normativa civil y ante el procedimiento judicial incoado y que por ello la sentencia es arbitraria. Argumenta que la afiliación del empleador cubre solamente los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en los términos de la LRT, más nunca la responsabilidad civil del empleador.

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

Alude a que la señora Magistrada hizo caso omiso respecto de su defensa en razón de no haberse encontrado el actor, laborando en el establecimiento empleador afiliado a su mandante sino en el de un tercero; que M. debe brindar asesoramiento a B. M. SA y que debió hacerlo respecto de los riesgos y sus potenciales efectos en su establecimiento por lo que a *contrario sensu* no ha existido ni existe obligación alguna en su cabeza de asesorar a la firma A. SAIC respecto de los eventuales riesgos existentes en su establecimiento, toda vez que la empresa nunca fue su asegurada.

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

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

Esgrime que no corresponde que sea condenada porque la ART no asume una obligación concreta o un deber específico de previsión ni de provisión

destinada al cumplimiento de normas de higiene y seguridad, por lo que ninguna responsabilidad se le puede atribuir más allá de las prestaciones que establece la Ley 24.557. Su responsabilidad, insiste, está limitada por el contrato conforme la ley mencionada.

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

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

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

El tercer agravio se refiere a que la sentencia la ha condenado por enfermedades que se encuentran excluidas de reparación por la LRT en virtud de lo dispuesto por el art. 6, ap. 2 de la misma, sin que se haya declarado la inconstitucionalidad de esa norma. Sostiene que las dolencias que surgen del informe pericial, al no encontrarse nominadas en el Decreto 658/96, no resultan resarcibles por cuanto su artículo 6, ap. 2 no les atribuye

tal carácter. Es por esta razón que al contestar la demanda opuso la defensa de "falta de legitimación pasiva". No obstante ello, la a quo no se detuvo en esta defensa y la ha condenado a reparar afecciones (v. fs.492 vta in fine "los signos de atrapamiento del nervio mediano a nivel del carpo del nervio cubital a nivel del carpo (muñeca) y también del codo), que están excluidas del listado del Decreto 658/96.

Y en el cuarto agravio hace referencia a los "Intereses" aplicados en la sentencia citando jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires y solicitando se apliquen los intereses moratorios a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires dado que lo fallado por la sentenciante resulta ser una indexación encubierta.

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

**3. <u>Tratamiento de los agravios</u>**

Los agravios de las partes me imponen tratar en primer lugar, los de la codemandada B. M. S.A. que cuestiona la inconstitucionalidad de las normas de la LRT dictadas en la sentencia, ya que de manera liminar, habilitan la deducción de esta acción extrasistémica. Si corresponde, seguiré con el examen de las quejas relativas a la mecánica del accidente y atribución de responsabilidad, para luego ingresar al tratamiento de los agravios de la codemandada M. A. ART S.A.. Después de ello me ocuparé de las quejas referidas al porcentaje de incapacidad y al monto reconocido para el resarcimiento que cuestionan actora y codemandada B. M. S.A., para luego abordar los agravios expuestos por A. A. A. SAIC. Finalmente la cuestión de las costas que planteó la actora.

Entiendo que de esa manera se respeta un orden expositivo en relación a las cuestiones propuestas, evitando reiteraciones innecesarias, frente a

fundamentos que, aunque diversos conforme la posición que se sostenga, atacan la sentencia.

**3.1.**

La codemandada B. M. S.A. procura se revierta el reproche constitucional que resuelve la Magistrada de grado respecto del art. 39 de la LRT.

Liminarmente debe señalarse que a fs. 98 se declaró la rebeldía de la parte en los términos del art. 51 de la Ley 69 (hoy art. 49 de la Ley XIV Nº 1), la misma fue notificada conforme surge de fs.128 el día 20 de junio de 2007. Posteriormente la parte compareció a una audiencia de conciliación y es a fs. 194 que se presenta formalmente, constituyendo el domicilio procesal.

*"Si bien es facultad del demandado rebelde interponer recurso de apelación contra los términos de la sentencia que le cause agravios, ello lo es dentro de los términos en que quedó trabada la litis, no siendo factible introducir nuevas cuestiones en la Alzada, pretendiendo retrotraer el estado del proceso a etapas ya superadas, en clara violación del principio de preclusión procesal.-* ("B. E. O. c/ S. J. D. A. s/ Cumplimiento de contrato" - CC0100 - SN 4427 RSD-219-2 S - 30-5-2002. Base: elDial.com - W16090).

La lectura del extenso agravio no logra conmover los fundamentos dados por la Dra. P. En primer lugar, porque de su redacción se colige que procura incorporar argumentos propios de una contestación de demanda y en segundo lugar opta, ya frente a la sentencia, en pretender la aplicación del precedente "Gorosito" (CSJN Fallos 325:11) por sobre el fallo "Aquino" (CSJN Fallos 327:3753)y "Díaz" (CSJN Fallos: 329:473), soslayando que no configura una crítica concreta y razonada, exponer una opinión propia, que incluso puede estar avalada por parte de la doctrina y jurisprudencia, si previamente no se denuncia y demuestra el error de los argumentos del fallo.(cfme .STJCH SI Nº 28/S.R.E./2011).

Por otro lado debe señalarse que aún cuando los fallos de la Corte Suprema de Justicia no nos está impuesta como regla por el ordenamiento legal y valen por la fuerza que emana de un órgano de elevada jerarquía, sus opiniones son compatibles de utilización por el juez en su soberana y libre elección de la norma aplicable; pero no se encuentra sujeto a ellas de manera coercitiva, por lo que no inhiben la posibilidad de discrepancia. Únicamente en aquellos casos en que la Corte Nacional se haya pronunciado sobre cuestiones de naturaleza federal, nos hallamos en la circunstancia de aplicación y seguimiento a su doctrina. La doctrina del acatamiento a los fallos de la Corte encuentra su exacta y limitada dimensión en cuanto la misma resuelve temas federales; por cuanto es en ellos y solamente en ellos, donde existe obligación moral de seguir sus pautas. Por ello nuestro propio Superior Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de que los fallos de la CSJN son, en principio, obligatorios para los órganos restantes de la administración de justicia, tiene la primordial salvedad de que ello es así cuando versan sobre el tratamiento de temas regidos por la Constitución Nacional o de orden federal (Jurisprudencia Chubut, Sumario 02740). Dijo también el STJCH *"Sin perjuicio de ello, como se dijo en la S.D. 13/SRE/08, siguiendo a Emilio Ibarlucia, puede sostenerse que en nuestro sistema legal no existe norma alguna -ya sea de rango constitucional o infra constitucional- que imponga la obligación de seguir la doctrina emanada de los fallos de la Corte. Mas se han ido elaborando distintas posturas sobre la necesidad de acatamiento de los mismos por los tribunales inferiores, "sustentadas en el "deber moral" -por la presunción de verdad y justicia que a su doctrina da la sabiduría de sus miembros-, o en el deber "institucional" -por la superior autoridad de que está institucionalmente investida-, aunque se relativizó tal obligatoriedad, con argumentos dispares. O sea, tanto por expresar la misma Corte que los magistrados podían apartarse de la doctrina de sus fallos si violentaba sus convicciones, o si lo hacían por razones debidamente fundadas o*

*aportando nuevos argumentos. A esto último se lo denomina doctrina del sometimiento condicionado. Es decir, no se trata del mero apartamiento por la simple discrepancia con la jurisprudencia de la Corte, sino por introducir nuevos argumentos no tenidos en cuenta o no valorados en su momento por la misma". Esta es la doctrina prevaleciente en la Corte en aquellos supuestos en que ejerce su competencia de apelación extraordinaria. (E.D. Constitucional, 2006, págs. 215/229. Al respecto señala Carlos E. Camps que la Suprema Corte bonaerense ha entendido que resulta irrazonable sostener criterios doctrinarios a ultranza, diferentes de aquellos que pregona la Corte Nacional, cuando esa circunstancia condena a que la sentencia provincial -si se supera la barrera de la admisibilidad- sea inexorablemente revocada por conducto del recurso federal, volviendo la causa a la sede de origen para que se dicte nuevo pronunciamiento con todo el dispendio de tiempo y esfuerzo que ello importa (Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal en la Corte bonaerense, JA 30/06/2004; www.lexisnexis.com.ar)"* ( STJCH SI Nº 08/12 S.R.O.E.).

Desde esta perspectiva, la función del Máximo Tribunal al revisar en sus fallos, la constitucionalidad de la LRT, "*mejoraron sustancialmente la posición de los damnificados por accidentes y enfermedades del trabajo, pudiéndose afirmar que, desde entonces, rige un sistema de reparación de infortunios laborales sustancialmente diferente a la ley original. Uno de los aspectos más relevantes fue consagrar, definitivamente el carácter constitucional del derecho a la reparación plena y otorgar igual rango al principio alterum non laedere que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, interpretando así el art. 19 de la Constitución Nacional, con la consecuente declaración de inconstitucionalidad del art. 39, párrafo primero, de la LRT"* (Schick "Riesgos del Trabajo "T 1 pág.56 y sgtes., Ed. David Grinberg. Libros Jurídicos, Bs. As., 2011).

Por lo expuesto, el agravio debe desestimarse.

**3.2**

**La mecánica del accidente y la atribución de responsabilidad**

En primer término, la codemandada B. M. S.A. cuestiona que en la sentencia en crisis se le atribuya responsabilidad por el solo hecho de no haberse presentado a contestar la demanda.

Es cierto que la condición de "rebelde" no importa de por sí la suerte favorable de la acción intentada, convirtiendo al juzgador en un autómata que deba dictar sentencia en tal sentido. El Juez deberá fallar según el mérito de la causa, esto es para que juegue la presunción legal, las afirmaciones contenidas en la demanda no han de ser desvirtuadas por la prueba. Sobre esta base y conforme lo ha sostenido nuestro Superior Tribunal provincial, la declaración de rebeldía no obliga necesariamente a condenar al rebelde, sino que autoriza al tribunal a relacionar la presunción con los demás elementos de juicio que la causa ofrezca (STJCh SD 21/97).

Tal presunción sólo puede funcionar cuando el hecho alegado resulta verosímil, pero no cuando de autos surja lo contrario o se demuestre falso. Así lo ha establecido la jurisprudencia: "*La declaración de rebeldía confiere al juez un aumento de sus facultades de dirección personal y les permite aplicar su criterio de libre apreciación para establecer si la presunción favorable a la parte que obtuvo la declaración de rebeldía tiene corroboración con la prueba introducida en apoyo de la acción instaurada*". Porque "*la falta de contestación de la demanda en tiempo, e incluso la rebeldía del demandado, no comportan un reconocimiento de los hechos afirmados por el oponente, ni de sus pretensiones debiendo el actor aportar al juicio elementos de convicción que justifiquen la legitimidad de los mismos*". (LLBA 1997-638).

El art. 49 de la Ley Nº XIV Nº 1, en concordancia sistemática con el art. 73 del mismo ordenamiento adjetivo, señala que al estado de rebeldía en el fuero laboral le son aplicables las normas del procedimiento civil y comercial. Así las cosas, es oportuno recordar que el art. 61 del CPCC en su 2do. párrafo remite al art. 360 inc.1, y éste, a su vez establece que, ante el

silencio del demandado, el juez "podrá" estimar como "reconocimiento de verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran". Pero esta regla presuntiva, al igual que la sentada en el art. 61, 3er. párrafo del código adjetivo, deben ser apreciadas en correlato con todos los demás elementos y circunstancias que informan el proceso, factores que siguieran las reglas de la sana crítica y calificados conforme a derecho permitirán, en su caso, tanto corroborar cuanto desvirtuar dichas presunciones.

De lo contrario, si el juez se hallara obligado por el ficto reconocimiento o la admisión implícita de los hechos por parte del rebelde en base a estas reglas procesales, ello podría llevarlo a extremos jurídicamente inaceptables, tales como forzarlo a aceptar disciplinada e incondicionalmente la versión de un litigante, con abstracción de otros datos de la realidad que de ningún modo pueden ser inadvertidos.

La rebeldía es entonces una presunción simple o judicial, dado que incumbe al Juez, valorar los elementos de juicio incorporados al proceso, y así estimar si la incomparencia o el abandono importan o no, en cada caso concreto, el reconocimiento de los hechos afirmados por la otra parte.

Esta presunción debe, en principio, corroborarse a través de la prueba producida por el actor o por el demandado sobre los hechos en que fundan respectivamente su pretensión y oposición, y no excluye la posibilidad de que los mismos sean desvirtuados por la prueba producida por el rebelde.

Cuando el art. 280 del C.P.C.C. expresa que "el Tribunal no podrá resolver ninguna cuestión que no haya sido propuesta a decisión del juez de primera instancia...", obviamente se está refiriendo a los actos procesalmente idóneos a través de los cuales las partes hacen valer dichas proposiciones y su contestación -y, en su caso, reconvención-, pues mediante los mismos, con la traba de la litis, se delimita el *"thema decidendum"*, a su vez constituye en el estadio procesal pertinente del objeto del recurso. Si no hay responde, no hay proposición alguna de la parte. Ni

el Juez de grado ni esta Cámara pueden suplir la omisión incurrida en tal sentido, so pena de conculcar principios esenciales del procedimiento (vgr. preclusión, igualdad de partes, limitación a las facultades del Juez, etc.), algunos de raigambre constitucional cuales son el debido proceso legal y la defensa en juicio.

Desde ese punto de vista, resulta evidente que no puede sostener el apelante, que las negativas de responsabilidad de su mandante, surge de las negativas incorporadas por las restantes codemandadas.

Por su lado, no ha sido sólo la rebeldía declarada y firme la que sostiene el fallo. Dio cuenta la sentencia que los testigos E. (fs. 310/11), H. (fs.312) y S. (fs.329) ratificaron la mecánica del accidente -que ninguna de las partes negó- y que se explayaron respecto de las causas que lo provocaron, y cierto es que es, que no resulta técnica recursiva idónea formular interrogantes para descalificar los argumentos sostenidos por la magistrada. *"… No es expresar agravios verter simples afirmaciones dogmáticas o enunciados teóricos o formularse solo interrogantes, los que en todo caso pueden denotar que se disiente con el pronunciamiento, pero, como es sabido, disentir, sin fundar la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios…"* ("Cooperativa de Vivienda López de Gomara c/ Florencio Fernández y ots. s/ desalojo" - Fallo: 97190369 –CSMza 23081 - S141-263 .elDial - MC250D)...

Por lo que no se advierte en la queja, elemento alguno del que se pueda inferir el error de la Magistrada al ponderar esas declaraciones. Ya hemos señalado, que la tarea del juez en torno al material probatorio es de un examen crítico de todos los elementos de prueba legalmente introducidos al proceso, que determina la convicción, positiva o negativa del Juez, respecto de los hechos en que se fundan las afirmaciones, pretensiones o resistencias hechas valer en juicio. En ese camino, *"El Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera*

*apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad"*. (CAPM entre otras SDL Nº 28/10, SDL Nº 32/10).

La falta de contestación de la demanda, privó a la parte de dar una versión que permitiera sostener un desarrollo de los hechos en forma distinta a la acreditada.

Luego de lo expuesto, concluyo que el agravio de B. M. S.A. en estudio, no brinda a esta instancia de revisión, las razones que se esgrimen para sostener que la juzgadora del anterior grado ha incurrido en error, equívoco, omisión, o bien que puntualice las deficiencias que se le endilgan al razonamiento sentencial para decidir que éste es injusto o contrario a derecho, por lo que he de proponer al Acuerdo la deserción parcial en este punto de la queja (art. 269 CPCC).

**3.3.**

Ingreso al tratamiento de los agravios de la codemandada M. A. ART S.A..

**a)** En primer lugar, es necesario dejar en claro que la agraviada no ha intervenido en este proceso en su carácter de *"tercero citado"* como afirma a fs. 486 sino en calidad de "codemandada". Por lo tanto, todo lo referente a dicha cuestión expresada en su queja carece totalmente de relevancia y es inconducente para decidir la cuestión en tratamiento.

**b)** Luego diré que en modo alguno la sentencia refiere que M. no contestó demanda como dice el recurrente al iniciar la fundamentación del primer agravio, tal afirmación de su parte evidencia un error en el planteo que no puedo soslayar.

**c)** Luego de esas aclaraciones previas señaló que la sentencia en crisis tomó en cuenta para responsabilizar a la ART la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Torrillo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" en la sentencia del 31/03/2009, donde por mayoría se estableció que no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil por los daños a la persona del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquel, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales.

Se equivoca el recurrente al sostener que la Magistrada de grado hizo caso omiso a su defensa en el sentido que M. debía brindar asesoramiento a su afiliado respecto de los riesgos y sus potenciales efectos en su establecimiento por lo que no existe obligación alguna en cabeza de su representada de asesorar a la firma A. SAIC, respecto de los eventuales riesgos existentes en su establecimiento, toda vez que esta empresa nunca fue su asegurada.

La Magistrada de grado ha desestimado con argumentos la posición en el punto de M. e indicó cuales fueron, a su criterio, los incumplimientos que tuvo por acreditados, el daño causado y la relación de causalidad. Ello a partir del propio reconocimiento de la ART al admitir expresamente que no efectuó ninguna de las tareas de control y prevención que la ley le impone y es la apelante, quien reiterando los argumentos de su contestación de demanda, no aporta sustento jurídico ni fáctico que los rebata, por lo que en el punto el recurso deberá declararse desierto (art. 269 del CPCC).

**d)** Se agravia la parte en tanto se le ha impuesto una obligación solidaria cuando en verdad debió ser concurrente y en el límite del art. 26 inc. 1 y 3 de la LRT.

Conforme he votado al agravio anterior, la ausencia de crítica concreta y razonada a la atribución de responsabilidad reconocida en la sentencia de primera instancia, ha dejado incólume ese aspecto del fallo y por lo tanto, no es dable reconocerle límite alguno a los montos resarcitorios determinados.

Ello no obsta a señalar que ha sido materia de agravio la solidaridad en la condena y en el punto asiste razón a la recurrente.

En autos, las obligaciones de resarcir que pesan sobre ambos sujetos son de aquellas denominadas **"**concurrentes**";** en efecto, encontramos que surgen frente a la víctima dos relaciones jurídicas obligatorias y diferentes, aunque conexas y vinculadas. Ambas prestaciones tienen punto de contacto, como lo son la identidad de acreedor y el objeto, aunque difieren sustancialmente en cuanto a los sujetos pasivos y a la causa generadora de la obligación de resarcir. *"… la responsabilidad civil que le cabe a la ART, es concurrente con la de la empleadora, ya que ambas son deudoras, en forma yuxtapuesta, en funciones de responsabilidad y de garantía, o sea el autor del daño y quien debió controlar. Pero se trata aquí de obligaciones que tienen diferente causa- fuente: a) La de la empleadora proviene por ser propietaria de la cosa productora del daño (art. 1113 Cód. Civil) o bien de la responsabilidad subjetiva del artículo 1109 del Código Civil. B) La ART tiene responsabilidad por las omisiones legales en las que incurre y que son las productoras del daño que sufre la víctima (art. 1074, Cód. Civil)"* Schick "Riesgos del Trabajo" T 1 pág.307 Ed. David Grinberg. Libros Jurídicos, Bs.As. 2011). (CAPM entre otras "T., B. C/ A. D. S. y otra S/ Accidente" Expte. Nº 59/12, SDL Nº 44/12)

Por ello soy del criterio, que debe modificarse la sentencia de grado, en el sentido que, la condena impuesta a B. M. S.A. y a M. A. ART S.A. es concurrente.

**e)** El tercer agravio refiere a que no se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 6 ap 2 de la LRT y que se omitió resolver respecto de la defensa de falta de legitimación opuesta.

El argumento recursivo se sostiene en que *"los signos de atrapamiento del nervio mediano a nivel del carpo del nervio cubital a nivel del carpo (muñeca) y también del codo", de las que da cuenta la sentencia no se encuentran incluidas en el Dec. 658/96, por lo cual las mismas en modo alguno resultan resarcibles conforme el art. 6 ap.2 in fine de la LRT, plenamente aplicable al no haber sido declarado inconstitucional"*.

El presupuesto fáctico que sustenta el agravio, no refleja las circunstancias de hecho que han sido resueltas en autos. El accidente de trabajo sufrido por el Sr. P. afectó su rodilla izquierda y sus consecuencias son las que ha dado cuenta el perito médico, las que por cierto nada tienen que ver con el miembro superior izquierdo al que se hace referencia en el agravio, por lo que solo cabe desestimarlo.

**f)** El cuarto agravio respecto de los intereses aplicados no puede prosperar.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en precedentes de esta Cámara (SDL Nº 44/12; SDL Nº 57/12), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, no resulta el máximo Tribunal de nuestra provincia, por lo que no resulta admisible sostener que deben aplicarse los intereses -que para la tasa que pretende-, fija el Banco de la Provincia de Bs. As.

Por otro lado, la parte actora solicitó expresamente en su demanda, se apliquen los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A., sin que la parte haya formulado oposición.

Admitir el tratamiento de la cuestión en esta sede implica franquear la valla que nos impone el art. 280 del CPCC que impide al Tribunal, fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia.

Esto tiene fundamento en que la función de la Alzada tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio*." El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cám. 2° CCy M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios). (CAPM SDL Nº 06/11, "P., A. U. c/ M. G. S.A. s/ Cobro de Pesos" Expte. Nº 208/10)

Por lo que el agravio debe desestimarse.

**4. <u>La existencia del daño y el monto de condena.</u>**

**4.1.** Se quejan la actora y la codemandada B. M. S.A. en cuanto a que la magistrada de grado determinó que la incapacidad portante del Sr. P. era del 7, 7% T. O.

Dijo la señora jueza: *"Pasaré ahora a analizar la incapacidad que dejó como secuela indemnizable el accidente de autos. El perito médico designado, luego de describir el estado clínico de la rodilla siniestrada del actor (fs. 352), estima la incapacidad de menisectomía con hidrartrosis e hipotrofia muscular en el 15,3% de la t.o., por lesiones que guardan relación con el accidente invocado en autos. Determina a su vez que existen patologías asociadas ya que el actor presenta una artrosis femorotibial y femoropatelar, por las que no ha fijado incapacidad. (ver informes de fs.365 y 367).Posteriormente y como consecuencia de la medida para mejor proveer de fs. 431, el perito médico informó (fs. 436) que es imposible determinar la incidencia de ambos eventos. Por ello y teniendo en cuenta que a fs. 271 la Superintendencia de Riesgos del Trabajo informó que por conclusión medica del 06/01/09 se otorgó al actor un 7,6% de incapacidad como consecuencia de la*

*rotura de menisco interno de la rodilla izquierda, por un accidente sucedido el 26/06/08 trabajando para otro empleador, corresponde a falta de otro sistema, fijar la incapacidad por el accidente de autos en la diferencia entre la incapacidad originalmente otorgada y la que se desprende del historial remitido y no observado. Por todo ello la incapacidad parcial y permanente del actor por el accidente de autos, asciende a un 7,7% de la total obrera."*

La incapacidad física es una disminución de la salud que afecta a la víctima, impidiéndole realizar sus actividades laborativas y de relación de la misma forma en que las realizaba antes de producido el accidente.

Por ello, el juez deberá traducir lo más fielmente posible el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado, para lo cual resulta un elemento absolutamente valioso, la pericia médica cumplida en el expediente.

A fs. 431 la Sra. Magistrada de grado proveyó "*En atención a que pese a lo aseverado por el perito médico a fs. 367 punto 4) la Superintendencia de Riesgos del Trabajo informó a fs. 271 que el actor sufrió otro accidente de trabajo más de dos años después del que se ventila en autos, que afectó también a su rodilla izquierda, por el que también se le realizó una menisectomía y se le determinó incapacidad, como medida para mejor proveer, corresponde peticionar al experto aclare en el plazo de diez y bajo apercibimiento de remoción, si se observa al análisis clínico y/o de los estudios efectuados la incidencia de ambos eventos. Asimismo si es posible determinar la incapacidad resultante independiente por ambos episodios*.

Resulta un dato objetivo, por así haberlo reconocido el perito a fs. 436, que al tiempo de realizar la evaluación del Sr. P. en fecha 22 de octubre de 2010, no conocía la existencia del accidente posterior (v. fs. 271), ocurrido el 26 de junio de 2008.

En respuesta a la medida para mejor proveer dijo "*en principio el actor no refirió al momento del examen pericial otro siniestro posterior al denunciado en*

*autos y que por otra parte este perito no advirtió, en los antecedentes obrantes en el expediente, que el de fs.271 era siniestro posterior*. Luego expresó que *"es imposible determinar mediante el examen clínico y/o los estudios efectuados la incidencia de ambos eventos, por lo tanto tampoco la incapacidad resultante por cada uno de ellos"*. Esa manifestación del perito fue puesta en conocimiento de las partes conforme surge de fs.437, mereciendo solo la respuesta de la codemandada A. A. A.

Para dar respuesta a los planteos de los agravios, diré que el fundamento de ambos recursos en el punto, es la determinación arbitraria de la jueza de la incapacidad resultante del accidente de trabajo, objeto de autos.

Reiteraré aquí a la recurrente B. M. S.A., que pretender dar seriedad al fundamento recursivo con interrogantes no es una técnica procesal idónea para refutar las conclusiones de la Magistrada. Debo inferir que la solución para la parte sería no reconocer incapacidad alguna, lo que resulta improponible, máxime cuando el perito tuvo a la vista estudios contemporáneos al accidente de fecha 31/01/06.

En cuanto al actor, he de señalar que su conducta de no informar la existencia de un accidente posterior que afectó a la rodilla izquierda, es reprochable desde la regla básica de la buena fe y consecuentemente a la cooperación que le es requerible a las partes del proceso para alcanzar, lo más ajustadamente posible, la verdad objetiva.

Liminarmente debo señalar, que las conclusiones del perito, previas a su manifestación de fs. 436, excluían del porcentaje de incapacidad los cambios degenerativos gonartrósicos y meniscales que presentaba el actor. Así lo señaló a fs.365 y 367 ante las impugnaciones y pedidos de explicaciones que se le formularon.

Es cierto que *"La operatividad de causas coadyuvantes, solo una de ellas atribuible al responsable, impone circunscribir la extensión indemnizatoria. Se trata de la regla según la cual, si bien el demandado debe resarcir todo el daño causado por el*

*hecho que desencadena su obligación, también la reparación se limita únicamente al daño causado*" ("Zavala de González. Tratado de Daños a las Personas. Disminuciones psicofísicas 2. pág. 20 Ed. Astrea, 2010).

Pero no pude desconocerse que la contienda judicial queda ceñida a los postulados volcados en el escrito introductorio y en la contestación; así, en virtud del principio de congruencia, la demanda y la respectiva réplica conforman el tema del debate sobre el cual se sustanciará la prueba de los hechos controvertidos y sobre los que se dictará sentencia.

En el caso, por providencia de fs. 280 se hizo saber a las partes que se había agregado la respuesta de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (fs. 265/274), informativa cumplida y de la que se infiere la existencia de un accidente en fecha 26 de junio de 2008 (fs. 271).

*"Para apartarse de la valoración del perito médico, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre de derecho, y aunque no son los peritos médicos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su informe resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar (CNAT, Sala II, 30/8/96, "Protta, Fernando c/ Banco Hipotecario Nacional s/ accidente - acción civil").-*

A esos fines, la Magistrada de grado dejó de lado la valoración del perito médico, dando como argumentos para ello el porcentaje de incapacidad otorgado en la pericia médica cumplida y el informe de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo agregado a fs. 271 -que por conclusión médica del 06/01/09-, otorgó al actor un 7,6% de incapacidad como consecuencia de la rotura de menisco interno de la rodilla izquierda, por un accidente sucedido el 26/06/08.

La incorporación, vía prueba informativa de un accidente sufrido por el actor, en tanto no ha sido alegado por las partes como un hecho nuevo y

sujeto eventualmente a prueba, no pude ser meritado por la jueza de grado, para ponderar la incapacidad.

Adviértase, por otro lado que en los términos de las conclusiones periciales, el Dr. J. refirió que la rotura de menisco interno de rodilla izquierda, por la cual fue operado el actor, fue producido por el accidente denunciado en autos, teniendo en cuenta el mecanismo de acción del accidente, la descripción de la lesión observada en la RMN de fecha 28/02/06 (contemporánea al accidente). Luego en ocasión de dar respuesta a las impugnaciones insistió que la incapacidad tasada tuvo en cuenta exclusivamente la "menisectomía con hidrartosis hipotrofiamuscular" y que esa intervención quirúrgica (menisectomía) se debió al hecho traumático de autos.

Luego de ello y frente al requerimiento de la Magistrada, señaló -y reitero lo ya transcripto- que era imposible determinar mediante el examen clínico y/o los estudios efectuados la incidencia de ambos eventos y por lo tanto tampoco la incapacidad resultante por cada uno de ellos.

Si el perito médico, con las constancias clínicas obrantes, no estaba en condiciones de dar respuesta a lo interrogado, morigerar la incapacidad determinada sobre la base de una documentación incorporada al expediente, que alude a una constatación clínica sin el debido control de las partes y sin de que la misma surja la preexistencia de la intervención quirúrgica justificada en la pericia médica de autos a partir de la H°C° incorporada (ver que refiere la preexistencia de traumatismo de rodilla derecha), configura una decisión jurisdiccional desprovista de sustento fáctico suficiente para enervar las conclusiones periciales.

Luego de lo dicho, y sin perjuicio de las eventuales acciones que puedan las partes ejercer, soy del criterio que la sentencia debe modificarse en este punto, para determinar que la incapacidad portante del actor es del 15,3% TO.

**4.2**

Acreditada la existencia del daño, se agravian la actora y la codemandada B. M. S.A. respecto del monto de condena, la primera por insuficiente y la segunda por resultar un monto arbitrario.

La parte actora, debió y no lo hace atacar puntualmente las circunstancias tomadas en consideración por la señora jueza para determinar el monto para resarcir la incapacidad, por el contrario luego de señalar que no resulta desacertado excluir la utilización de cálculos matemáticos para determinarlo, se basa en ellos para demostrar qué la suma es insuficiente, lo que resulta -al menos- contradictorio.

Por su lado la queja de la codemandada está dirigida a la ausencia de parámetros al tiempo de fijar la indemnización.

Tanto el uno como el otro han procurado poner en evidencia, más allá de la dificultad que puede presentar la estimación del daño, cual ha sido el error de la Magistrada al disponer tal resarcimiento.

La señora Jueza ha explicitado cuales son las pautas objetivas que tuvo en cuenta y ha considerado los precedentes jurisprudenciales "Vuotto","Méndez" y "Aquino". *"La determinación del monto de los perjuicios si bien no deben vincularse a cálculos matemáticos que so pretexto de objetivizar el máximo el pronunciamiento, también pueden conducir a conclusiones apartadas de las circunstancias fácticas acreditadas en cada caso; esto no exime a los jueces de explicar tan siquiera mínimamente, los elementos tenidos en cuenta para fincar su decisión" (CSJN García c/ Papelera Quilmeña Zacilla 29/10/85).*

La codemandada B. M., se queja puntualmente del parámetro indicado de "disminución psicofísica".

La incapacidad sobreviniente comprende cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laboral del individuo, como la que se

traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba antes del hecho lesivo con la debida amplitud y libertad.

Para fijar la cuantía de este perjuicio es menester considerar la naturaleza de las lesiones sufridas, cómo éstas habrán de influir negativamente en las posibilidades de vida futura del damnificado, la específica disminución de sus aptitudes laborales, la edad, su estado civil y demás condiciones personales (Conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, tomo 5, págs. 219 y 220).

Por ello, que para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe quedar comprendida la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico. A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación (conf. CNAC Sala G, "S., A. D. c/ O., J. J.", 11/05/2011).

La parte actora no ha incorporado otros elementos para evaluar el contexto socio-económico en el que se desarrollaba la vida del actor antes del infortunio, que no sean los datos necesarios para conformar las variables del cálculo actuarial efectuado en la demanda.

El argumento que el monto se reducirá cuando se detraigan las sumas que abonó la ART -las que obviamente serán las abonadas en relación al accidente de autos-, no altera la reparación integral reconocido y ello en

tanto *"Si el actor, con motivo del infortunio padecido, recibió una suma de dinero, en el marco de la LRT, por incapacidad permanente y temporaria, dicha suma debe ser deducida del monto total de la indemnización integral que correspondería reconocer en base al derecho común porque de lo contrario, se produciría una doble reparación por la misma causa y un consiguiente enriquecimiento indebido del acreedor (arg. Arts. 499 y 1071 del C. Civil). El pago efectuado en el marco del sistema previsto por la LRT tuvo efecto extintivo de la obligación de reparar el daño a cargo del empleador en medida equivalente al importe abonado (arg. Art. 727 del C. Civil), por lo que dicha obligación debe considerarse subsistente únicamente por la suma que exceda de la ya percibida.* (CNAT Sala II Expte N° 1596/00 sent. 94182 27/4/06 "Alvez Pereyra, Ramón c/ Servicios Forestales El Bosque SRL s/ accidente").

En definitiva, propondré al Acuerdo y sobre la base estrictamente de ceñirme al porcentaje mayor de incapacidad reconocido al votar el agravio anterior, admitir parcialmente el agravio, ajustando el monto fijado para el daño material, en la suma de Pesos cuarenta y cinco mil ($ 45.000) con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut para las operaciones de descuentos de documentos comerciales a partir de la fecha del accidente (31/01/06) y hasta el efectivo pago. En la etapa de ejecución de sentencia deberán descontarse los montos que M. ART acredite haya abonado en forma efectiva y en concepto de incapacidad laboral permanente.

**4.3 <u>Los intereses</u>.**

El agravio de la actora en este aspecto del fallo, será admitido.

Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, por lo cual la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos, ha nacido a partir del

momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico. Si en esta oportunidad nace el deber de reparar los perjuicios como contrapartida surge el derecho del damnificado a ser indemnizado, por lo cual no existe motivo alguno para computar los intereses desde otro momento que no sea desde la fecha desde que el accidente tuvo lugar (31 de enero de 2006) y hasta su efectivo pago.

**5. <u>Los agravios de A. A. A. SAIC.</u>**

La codemandada ha planteado como agravio sustancial la incongruencia del fallo y consecuentemente la nulidad del mismo en lo que refiere a la condena resuelta en su contra, en la sentencia de grado.

El art. 255 del CPCC prescribe que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia, esto es, cuando ella adolece de vicios o defectos de forma o de construcción que la descalifican como acto jurisdiccional.

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

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

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

Abordaré entonces el alegado vicio de incongruencia.

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

El principio de congruencia implica, en suma, que una vez introducidas por las partes la pretensión y la oposición y trabada la litis, queda así delimitado el objeto procesal, con imposibilidad, en principio, de un cambio ulterior, estableciendo los límites dentro de los cuales la pretensión procesal ha de ser correctamente manejada, lo que vincula al juez, que no podrá desconocerlos, positiva o negativamente, sin incurrir en incongruencia (conf. Guasp, Jaime, "Derecho Procesal Civil" -tomo Primero- págs. 240/241 -Instituto de Estudios Políticos- Madrid, 1968).

Los arts. 34, inc. 4º y 165 inc. 6º, C.P.C.C. y el art. 67 inc. 4to de la Ley XIV Nº 1, obligan a los jueces a pronunciarse acerca de las pretensiones y defensas deducidas, para lo cual deben enmarcarlas dentro de la ley, es decir, realizar ese proceso de selección y subsunción dentro del orden jurídico, aún con independencia del encuadre propuesto por los litigantes o el silencio, insuficiencia u oscuridad de las leyes. De modo tal que las circunstancias fácticas alegadas por el actor y el demandado en sus escritos introductorios al proceso, son las que han de permitir delimitar y acotar el segmento de la realidad que da el tema a decidir en esta contienda.

Desde esa perspectiva el actor planteó su reclamo indemnizatorio por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, imputando a A. A. A. como contratista principal, la responsabilidad que surge de la LCT, art. 30, Plenario Ramírez entre otras además del art. 231 Dto 351/79). Ese y no otro, fue el encuadre jurídico efectuado por el actor y en esos términos quedó trabada la litis, de modo tal que al contestar la demanda, solo se expidió respecto de la ausencia de solidaridad esgrimida.

Salvo la breve enunciación a la que hice referencia, la demanda no contiene, ni siquiera en forma secundaria o accesoria, un relato concreto de los hechos y circunstancias que habrían dado lugar tanto a la responsabilidad de A. como " dueña" o "guardián" -ya que no se describe el marco fáctico, la mecánica de los acontecimientos ni el factor causal de atribución de responsabilidad en tal carácter a la co demandada- ni tampoco se narran datos fácticos que abonarían la configuración de la teoría del riesgo provecho o riesgo beneficio al que se alude en la sentencia. *" Es deber de la parte que deduce una pretensión fundamentarla mediante una prolija y circunstanciada relación de los antecedentes fácticos a los que se imputa el efecto jurídico que se persigue y demostrar que se ha verificado la situación de hecho descripta por la norma invocada como fundamento de su petición" (conf. CSJN, 30/5/95 – Expte. O. 165. XXIV - JA, 1999-I- Síntesis). Sabido es que "en la petición efectuada en el escrito de inicio (cosa demandada) deben describirse los hechos (y las omisiones o hechos omisivos) que, previstos por las normas con efectos jurídicos, hagan operar la regulación jurídica del caso, pues no basta invocar simplemente el marco jurídico de una situación, sin explicar los hechos cuyo encuadre legal se pretende. El reclamante tiene la carga de invocar claramente los extremos fácticos en los que funda su pretensión, haciendo una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se basa la petición judicial. La claridad en la exposición de los hechos, tiene importancia fundamental, pues pone en juego las garantías de congruencia y de defensa en*

*juicio, ya que el demandado corre con la carga de reconocer o negar tales hechos." (De Felice, Roberto Carlos y otros vs. Lotería Nacional S.E. s. Diferencias de salarios "Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III; 23-10-2006; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 11892/07).*(CAPM SDL Nº 53/12)

En concreto el fundamento de la responsabilidad que le endilga a la empleadora B. M. S.A. es el de dueña o guardián de la cosa riesgosa y quien obtenía un rédito económico de la labor de la cosa manipulada por el actor (fs. 46vta/47) y atribuyó la responsabilidad solidaria, por no haber cumplido con el control de las normas de prevención, capacitación y control de la actividad, a M. ART.

Luego de cotejar los escritos postulatorios, me permito transcribir el argumento medular del fallo, tachado de incongruente. Allí se dijo: *"Entiendo también que el reproche debe alcanzar solidariamente a la codemandada A. A. A. S.A.I.C., en su doble carácter de generadora por omisión del riesgo, como por el hecho de resultar la beneficiaria última de la obra que-en definitiva- lo generó."*

De lo expuesto, surge a mi criterio, que la sentencia de grado en tanto los fundamentos de condena esgrimidos respecto de A. A. A., constituye un decisorio incongruente al introducir en la sentencia un factor de atribución de responsabilidad originado en un sustento fáctico no alegado en la demanda, afectando en mi criterio el principio constitucional de defensa en juicio.

Aludió la actora en la respuesta a los agravios que la magistrada de grado tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada sin estar constreñida por la definición técnica aportada por los litigantes y que lo que no puede hacer es variar la causa o el objeto, no siendo vinculante para el juez la calificación jurídica que en el caso es la invocación del art. 30 LCT.

Y en ese sentido, lo que se ha modificado al fallar ha sido el marco fáctico que configura la *causa petendi*, entendiéndose por tal la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica que resulta determinante de aquélla y que, salvo excepciones, no puede ser modificada sin desmedro de la garantía de defensa en juicio. La Corte Suprema de la Nación tiene dicho que *"… el decisorio de la alzada que revoca el anterior por invocación del principio iura novit curia, se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que lejos de limitarse a suplir una omisión del litigante, viene a modificar la acción originariamente deducida. Y, si bien es cierto que los jueces no se encuentran vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y pueden enmendar o reemplazar el derecho mal invocado por aquellas, ello es así en la medida que no alteren las bases fácticas del litigio y la causa petendi… Así, entiendo que la decisión de la Alzada, al fundarse en un hecho que no fue objeto de demanda -la responsabilidad por supuesta falta de control adecuado en el ejercicio del poder de policía- se aparta del principio de congruencia, con mengua del derecho de defensa en juicio de las recurrentes, lo que la hace pasible de la tacha de arbitrariedad.-…. A mi modo de ver, tal circunstancia se verifica en autos, toda vez que los argumentos que dieron lugar a la decisión del a quo, al no constituir el punto de controversia de las partes y ser motivos ajenos a la demanda, careció de debate entre ellas….Por lo precedentemente expuesto, considero que el fallo debe ser invalidado, desde que, habiéndose introducido efectiva y ciertamente el asunto en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su procedencia y al no corresponder a los jueces extender el principio de iura novit curia a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la demanda (Fallos: 306:1271; 312:2504; 315:103; 317:177, entre otros), se termina reconociendo supuestos derechos no debatidos en violación a la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional.- "si bien los jueces no están vinculados por la calificación jurídica de las partes, en virtud del principio iura novit curia, pudiendo enmendar o reemplazar el derecho*

*mal invocado, no están facultados para alterar las bases fácticas del proceso y la causa petendi"* (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo - CSJN, 24/06/2004 " Sorba, Luis E. y otros c. Superintendencia de Seguros de la Nación y otro "Base elDial.com AA23B4).

Luego de lo expuesto concluyo admitiendo el agravio y desestimando la demanda incoada contra A. A. A.

**6.**

Resta ocuparme del agravio de la parte actora por la imposición de las costas por su orden respecto de la intervención de A. T. A. S.A.

La empresa A. A. A. S.A.I.C citó en los términos del art. 94 CPCC a la empresa A. T. A. S.A.

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

La señora jueza y por sus argumentos, consideró que la citación no fue correcta e impuso las costas generadas por su intervención por su orden

(art. 72 CPCC). Sin perjuicio de entender que tal decisión implica tácitamente que fueron impuestas al citante, a fin de aventar cuestionamientos posteriores deberá expresamente resolverse que las costas por la intervención de la empresa A. T. A. S.A. son impuestas a la codemandada A. A. A. S.A.I.C .

**7.**

Concluyo el tratamiento de los agravios formulados, proponiendo al Acuerdo la revocación de la sentencia de grado en tanto condena a A. A. A. SAIC; admitiendo parcialmente los agravios de la actora, modificando el porcentaje de incapacidad del Sr. M. P. en el 15,3% TO y consecuentemente, elevando el monto de condena por daño material a la suma monto de $ 45.000 con más los intereses a la tasa activa desde el día 31 de enero de 2006 y estableciendo que las costas por la intervención de A. T. A. S.A. le son impuestas a la codemandada A. A. A. S.A.I.C .; admitiendo parcialmente los agravios de M. A. ART S.A., estableciendo que la condena impuesta es concurrente a la de B. M. SA y confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

**8. <u>Las costas.</u>**

**a) <u>Las costas de primera instancia:</u>**

Conforme el art. 282 la revocación parcial de la sentencia, autoriza a readecuar las costas y honorarios dispuestas en la sentencia de grado.

A esos fines y en atención a lo que resulta de mi voto y considerando el art.57 Ley XIV Nº 1 y art 69 del CPCC las costas por el rechazo de la demanda contra A. A. A. SAIC, deben imponerse al actor.

Las costas por la demanda admitida se imponen a B. M. S.A. y en forma concurrente a M. A. ART S.A.

Las costas por la intervención del tercero A. T. A. SA se imponen a A. A. A. SAIC.

En cuanto a los honorarios y sobre las pautas mensurativas que establece la ley arancelaria especialmente el mérito de la actividad cumplida, su extensión y el éxito obtenido propongo al Acuerdo desdoblarlos de la siguiente manera: a) Los honorarios por la demanda rechazada y sobre la suma reclamada (capital más intereses STJCH Sent.Nº 03/S.R.E./2011.) se estipulan para el Ab. G. H. en el 18 % con más el IVA si correspondiere; b) Los honorarios por la demanda admitida y sobre el monto del proceso que resulte se establecen para los abogados V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 6% a cada letrado, manteniendo los establecidos para los letrados D. G. L., G. W., G. C. y D. T., sin perjuicio de aplicarse los mínimos legales si así correspondiere. Sin modificar los honorarios del perito médico J. J. que se mantienen en el 3% del monto del proceso que resulte. (arts. 6, 7, 8, 9, 38, 60 y conc. Ley XIII Nº 4 y su mod.). La regulación de honorarios efectuada no alcanza a la Ab. C. B. en virtud de la renuncia efectuada a fs. 217.

**b) <u>Las costas de segunda instancia</u>**

Las costas por el recurso admitido de A. A. A. SAIC se imponen a la actora (art. 57 Ley XIV Nº 1). Los honorarios del Ab. G. H. se establecen en el 35 % de los que resulten en la primera instancia (art. 5, 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.). A los letrados de la parte actora V. F. y S. F. no se le regulan honorarios en virtud del modo en que se imponen las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs. 309.

Las costas por los recursos parcialmente admitidos a la actora y a M. A. ART y por el rechazado a B. M. S.A., se imponen por su orden (art. 72 CPCC).

Los honorarios de los letrados conforme el mérito y resultado obtenido se regulan a los Ab. V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 9% a cada uno, los del Ab G.

C. en el 27 % de lo que se determinen en la primera instancia, a los Ab D. G. L. y G. W. en 1,37% a cada uno del monto que resulte de condena. (art. 5, 7 y 13 ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.**

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

**1) Antecedentes - La Sentencia y Agravios.**

La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas tanto por la parte actora como por las demandadas recurrentes como sustento de los recursos que se les concedieran. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios de los apelantes.

**2) Tratamiento de los agravios de B. M. S.A.**

**2.1) La inconstitucionalidad del Art. 39 de la Ley 24.557.**

Coincido con lo expuesto por la Sra. Jueza de Villafañe en su voto precedente con respecto a que un mejor orden en el análisis de las quejas vertidas por los recurrentes, impone tratar en primer término las que corresponden a la codemandada B. M. S.A. relativas a la inconstitucionalidad decretada de las normas de la LRT y continuar luego con los restantes fundamentos recursivos.

En relación con el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24.557, ya se ha dicho de manera reiterada que dicha disposición vulnera los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como disposiciones de diversos tratados internacionales que tienen jerarquía

constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), pues veda a los trabajadores el acceso a una reparación integral, lo cual obviamente implica una lesión a la garantía de la propiedad e impide ejercer el derecho de defensa en juicio y el de peticionar ante la justicia, derecho que asiste a los restantes ciudadanos, vale decir que por el solo hecho de poner su fuerza de trabajo a disposición de otro, el trabajador está impedido de reclamar ante los tribunales el resarcimiento que entiende justo cuando precisamente es con motivo o en ocasión del trabajo que ha sufrido daños en su salud física o psíquica. Este disímil tratamiento resulta contrario al orden constitucional, dado que la Carta Magna consagró el principio de igualdad de trato y enfáticamente dispuso que el trabajo debe gozar de la protección de las leyes, vale decir, que la legislación debe dar al trabajador un amparo por lo menos igual que el reconocido al común de los habitantes y en el caso, es claro, que por ser trabajador la víctima de un accidente, queda en una situación más desfavorable respecto de cualquier otro afectado, pues este último podrá peticionar ante la justicia la reparación integral de quien fue responsable del daño, ya sea por su culpa, dolo o bien por su responsabilidad objetiva, mientras que aquél está constreñido a percibir las prestaciones establecidas por la ley impugnada, que son a todas luces insuficientes, pues no tienen ninguna relación con el fin reparatorio, ni cubren tampoco todas la hipótesis de daños posibles y para más, exime a los empleadores de toda responsabilidad civil -salvo el supuesto de que hubiere existido dolo de parte de éstos- y, de existir alguna diferencia, deberá seguir los trámites instituidos por la Ley 24.557 que culmina con la intervención de las comisiones médicas que son organismos administrativos. Por otra parte, no puede soslayarse que dicha ley, por la insuficiencia de las prestaciones que establece, también colisiona con el mandato constitucional que dispone que la seguridad social debe tener carácter integral (conf. art. 14 bis.) (conf. CNTrab., Sala III, 26/05/2010, LL Online: AR/JUR/24181/2010; ídem,

10/10/01, SD N° 82.786; ídem, SD N° 87.133, 26/09/05; ídem, SD N° 89.239, 19/11/07; ídem, SD N° 89.181, 31/10/07; ídem, SD N° 90.316, 31/10/08; entre muchas otras).

Este criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema de la Nación, al decidir los autos: "Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", del 21/09/04 (publicado en el Suplemento Especial del diario La Ley del 27/09/04).

De los agravios vertidos en este punto por la impugnante, ninguno de ellos logran conmover los reiterados y uniformes postulados sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión que han declarado los tribunales de las distintas jurisdicciones del país siguiendo la línea claramente marcada por nuestro Máximo Tribunal, según lo he señalado supra.

En consecuencia, propicio que en este caso se ratifique la declaración de inconstitucionalidad que contiene la sentencia en crisis, rechazándose el agravio en análisis. Así lo voto.

**2.2) <u>La atribución de responsabilidad por el accidente</u>.**

Según la queja contenida en este punto, la sentencia le ha atribuido responsabilidad a la recurrente por el solo hecho de no haberse presentado a contestar la demanda.

En este caso, la recurrente fue oportunamente declarada "rebelde" por no haber contestado en tiempo y forma el traslado de la demanda que le fuera oportunamente notificado. O sea, estamos ante un caso de lo que se ha dado en llamar inactividad procesal.

Cabe hablar de inactividad procesal cuando cualquiera de las personas que intervienen o que deben intervenir en un proceso (órgano judicial, partes y sus respectivos auxiliares, terceros) omiten el cumplimiento de los actos procesales dentro de la correspondiente dimensión temporal.

Esta inactividad puede presentarse bajo dos modalidades que cabe denominar *específica* y *genérica*. La primera implica la incomparecencia del demandado y, por lo tanto, el incumplimiento de todos los actos procesales que a aquél incumben, o bien, el abandono del proceso por parte del actor (*rebeldía*). La segunda, en cambio, se verifica ante la inacción absoluta tanto de las partes cuanto del órgano judicial (o de los auxiliares de unos y otros) durante determinados lapsos que la ley fija (*caducidad de la instancia*).

Se advierte, pues, que mientras en el caso de la rebeldía existe actividad procesal, aunque incompleta con motivo de la ausencia de una de las partes, en el caso de la caducidad de la instancia no se configura actividad procesal alguna.

En sentido estricto, la *rebeldía* o la contumacia es la situación que se configura con respecto a la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de la citación o que lo abandona después de haber comparecido.

La *rebeldía* implica, por lo tanto, la ausencia total de cualquiera de las partes en un proceso en el cual le corresponde intervenir, siendo de tal manera el reverso de la figura de la "comparecencia" (conf. PALACIO, L.E., Derecho Procesal Civil, T. IV, pág. 135 y sigs., edit. La Ley 2011).

Los ordenamientos procesales vigentes en nuestro país adhieren al sistema en cuya virtud de la declaración de rebeldía constituye fundamento de una presunción simple o judicial, en forma tal que incumbe al juez, valorando los elementos de juicio incorporados al proceso, estimar si la incomparecencia o el abandono importan, o no, en cada caso concreto, el reconocimiento de los hechos afirmados por la otra parte. En otros términos, la ausencia de efectiva controversia que involucra el proceso de rebeldía no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia justa.

Tal es el criterio que informa al art. 60, párr. 3°, del CPCCN (art. 61, párr. 2°, del ritual provincial) en tanto dispone que "la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 356, inc. 1°" (art. 360

inc. 1° del CPCC Pcial.). Esta última norma, a su vez, cuando alude al contenido de la contestación de la demanda, prescribe que el silencio, las respuestas evasivas o la negativa puramente general *"podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran"*.

Por un lado, en consecuencia, la declaración de rebeldía no implica que el juez deba acoger favorablemente una pretensión u oposición que carezcan de algún requisito de admisibilidad cuya existencia pueda aquél verificar de oficio. Esta conclusión resulta particularmente aplicable a la pretensión imprecisa en cuanto a la determinación de su causa o jurídicamente imposible en lo que concierne a su objeto, o a la pretensión u oposición carentes de apoyo en un verdadero interés jurídico.

Por otro lado, en lo que concierne al requisito de fundabilidad, de la norma anteriormente transcripta se sigue que la presunción desfavorable que generan la incomparecencia o el abandono debe ser, en principio, corroborada a través de la prueba producida por el actor o por el demandado sobre los hechos en que se fundan, respectivamente, su pretensión u oposición, y no excluye la posibilidad de que esos hechos sean desvirtuados por la prueba producida por el rebelde (conf. CNCiv., Sala A, LL 107-612; 134-249; ED 111-600; PALACIO, ob. cit., T. IV, pág. 152).

De lo dicho precedentemente se deduce que, en principio, la declaración de rebeldía no altera sustancialmente las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba. No sería justo, sin embargo, que cuando la aplicación de esas reglas fuese insuficiente para producir un adecuado convencimiento judicial, esa circunstancia redundase en perjuicio de la parte diligente y beneficiase correlativamente a quien, por incomparecencia o abandono, se abstuvo de cooperar en el esclarecimiento de la verdad de los hechos. De esa situación se hace cargo el art. 60 CPCCN (art. 61 del CPCC Pcial.), cuyo párrafo 3° establece que *"…en caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la*

*declaración"*. Por "hechos lícitos" debe entenderse aquellos que se alegan como fundamento de una pretensión cuyo objeto es jurídicamente posible. Si el objeto de reúne este requisito (v.gr., si se tratara de una pretensión tendiente a lograr el cobro de una deuda de juego), es obvio que no serían lícitos y, por lo tanto, insusceptibles de reconocimiento ficto los hechos configurativos de la causa de la pretensión (ver PALACIO, L.E., ob. cit., T. IV, pág. 153).

A la luz de los principios procesales que acabo de referir y de la lectura de la sentencia en crisis, no surge para mí que la misma le haya atribuido responsabilidad a la recurrente en el evento dañoso con basamento exclusivo en su estado de "rebeldía". Por el contrario, considero -y esto no ha sido rebatido por la agraviada- que la Sra. Magistrada a quo ha hecho una correcta aplicación de las normas procesales sobre la "rebeldía" y sus consecuencias, a las que he hecho referencia.

Surge de la sentencia que a efectos de acreditar la relación de causalidad, se tuvieron en cuenta los testimonios prestados en autos (testigos, E., H. y S.) quienes no solo ratificaron la mecánica del accidente, que ninguna de las partes negó, sino que se explayaron con respecto a las causas que lo provocaron. Inclusive, la sentencia plasmó que la accionada no acreditó que en el sector se hubiesen tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el infortunio, máxime cuando el acarreo de materiales de la manera relatada aparece causalmente relacionado con el acaecimiento del infortunio y como un elemento evidentemente apto para lesionar al trabajador. Agregando también que en forma alguna se comprobó que el actor haya incurrido en alguna negligencia o imprudencia determinante en el acaecimiento del infortunio. Nada de esto ha sido rebatido en forma clara, sólida y terminante por los agravios de la recurrente.

Sabido es que la expresión de agravios constituye una carga procesal que impone a quien apela realizar una crítica razonada y concreta de las partes

del fallo que considera erróneas, en virtud a lo previsto por el art. 268 del Código Procesal.

En efecto, resulta imprescindible, a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada por el magistrado de la instancia anterior, para lo cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia, que demuestren argumentalmente el error de juzgamiento que se le atribuye. La expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, ya que ésta no está facultada para suplir los déficits argumentales o las quejas que no dedujo.

Los requisitos exigidos por el art. 268 del ritual no se sustituyen con una mera discrepancia con lo decidido, sin crítica ni fundamentación, sino que implica el estudio de los razonamientos del sentenciante, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas. Para lograrlo, se debe indicar de modo detallado los errores, las omisiones y, en fin, las demás deficiencias que pudieren merecer el fallo en crisis, refutando, de tal modo, las conclusiones de hecho y de derecho en que la juez fundó su decisión. Para ello el apelante debe escoger del discurso del magistrado aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión, señalando en qué punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica.

Existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. CNCiv., Sala J, 21/09/2010, La Ley Online; AR/JUR/55217/2010).

En el particular, nada de esto fue cumplido por la apelante en el punto en análisis, lo que determina que los agravios aquí tratados sean desiertos (art. 269 Cód. Procesal) (conf. CNCiv., Sala L, 24/06/2011, "C.A. c/ G.M. s/ Disolución de Sociedad"). Así lo voto y propongo al Acuerdo.

**3) <u>Tratamiento de los agravios de M. A. ART S. A.</u>**

**3.1) <u>Carácter de su intervención en el proceso</u>.**

La recurrente expresa a fs. 486 que ha sido traída a este proceso por su condición de A.R.T. del empleador demandado, *"…en carácter de "tercero citado"…"*. Mientras que en la misma presentación (fs. 484) dice: *"…La parte actora promovió demanda contra su empleador… y contra mi representada M. A. ART S.A…."*. Esto último está corroborado por lo expuesto en la demanda al decir el actor (fs. 44): *"…venimos a interponer formal demanda laboral por cobro de pesos…contra la firma B. M. S.A.,,, y la aseguradora M. A. ART S.A…."* . Con lo cual es más que evidente que en modo alguno la aseguradora ha intervenido en el proceso como "tercero" sino que ha sido una parte "codemandada", tal como -conforme lo he transcripto supra- lo admite la misma recurrente a fs. 484. Con lo cual, todo lo expresado en su queja relacionado con esta condición procesal, se vuelve inconducente a fin de dar solución a la cuestión que aquí se debe resolver.

**3.2) <u>La incontestación de la demanda por parte de la aseguradora</u>.**

Refiere la queja que la sentencia ha dicho que la aseguradora no contestó la demanda. Del texto de la sentencia en crisis no surge tal cosa, lo cual estamos ante un claro error cometido por la recurrente.

**3.3) <u>La responsabilidad de la ART</u>.**

La sentencia en crisis consideró insoslayable en este punto la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Torrillo" donde estableció por mayoría que

no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil por los daños a la persona del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquel, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales.

Ha plasmado la sentenciante que si bien la aseguradora reconoció el contrato de afiliación con B. M. S.A., insólitamente baso su defensa en el hecho de que habiendo P. prestado servicios para B. M. S.A. no en su propio establecimiento sino en el de un tercero -en el caso la planta de A. SAIC, donde ocurrió el accidente- no existía de su parte obligación alguna de controlar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, concluyendo que no cabe achacar responsabilidad alguna a M. puesto que, respecto de los establecimientos de terceros, carece de toda obligación en la materia. El argumento fue considerado poco serio por la sentencia dado que la actividad a la que se dedica la empresa demandada se desarrolla por lo general en propiedades de otros, es decir, no hay un establecimiento propio donde el personal cumple sus tareas laborales. De lo dicho concluye la Magistrada a quo que la ART ha admitido expresamente que no efectuó ninguna de las tareas de control y prevención que la ley le impone y al no haberse acreditado, dadas las características de las tareas realizadas por el actor, que se hubieran indicado mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo sobre todo en cuanto al tránsito en condiciones seguras y sin obstáculos y/o un concreto plan de mejoramiento de las condiciones evidentemente riesgosas en las que el actor cumplía su tarea, lo que revela el incumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo, corresponde -de conformidad con la doctrina de la CSJN antes referida- admitir la condena del asegurador.

En oportunidad del responde, la ART demandada planteó la inexistencia de seguro (no seguro) con respecto a la empresa A. S.A., sosteniendo --en líneas generales- que sólo se encuentra ligada por el contrato de seguro celebrado con la codemandada B. M. S.A. a cubrir las contingencias previstas por la LRT, dentro de los límites del contrato y en tanto y en cuanto el personal cumpliera las tareas dentro del establecimiento del asegurado y no de un tercero.

Cabe memorar que el accionante invocó que la empleadora y la ART omitieron el cumplimiento de las medidas de seguridad y sostuvo, además, que la ART no efectuó el debido control en la empresa donde se cumplieron las labores ni controló los elementos de seguridad.

Debo puntualizar que la a quo determinó que la aseguradora no acreditó haber cumplido con su deber de velar por la observancia de las pautas de seguridad e higiene a su cargo, que incurrió en la omisión de las diligencias que le exigía la naturaleza de la obligación, dado que no cumplió sus obligaciones de prevenir y proteger (actividades permanentes), lo cual fue expresamente reconocido en autos por dicha parte.

Es evidente que la conducta omisiva observada en este caso implicó una negligencia en su obrar que trajo como consecuencia que el actor trabajara expuesto a factores de riesgo, incurriendo en una conducta culposa en los términos del art. 512 del Código Civil generando responsabilidad que no está sujeta a las limitaciones propias de la LRT.

La recurrente no sólo no esgrime en su queja argumento que permita enervar las conclusiones de la sentencia, sino que tampoco produjo prueba alguna que evidencie el cumplimiento efectivo de las obligaciones que le imponía el art. 4 de la LRT. Tanto en la contestación de la demanda como en su expresión de agravios, la ART admite su inacción y es menester recordar que el art. 4 en el apartado 1 de la LRT prevé que “los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART

están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo". A su vez, el art. 31 en el apartado 1 inc. c) dispone que la ART promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas. Por otra parte, el art. 19 del Dec. 170/96 establece que las aseguradoras deben realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo; como así también brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos.

No cabe duda que las obligaciones precedentemente enunciadas, tienen por causa fuente el contrato de seguro que la ART celebra con la empleadora por lo que es evidente que su cumplimiento es exigible a partir de la entrada en vigencia de la póliza; y que no existe razón jurídica que justifique que se difiera su exigibilidad a una circunstancia temporal diferente ni que pueda admitirse su incumplimiento por el hecho de que el personal del asegurado preste tareas en una propiedad que no es el domicilio del empleador, cuando la propia naturaleza de los servicios que presta la patronal (asegurado) imponen que los mismos se concreten en sedes ubicadas fuera de su domicilio.

En autos no sólo no está probado que la ART codemandada haya cumplido con las referidas disposiciones legales y reglamentarias sino que ello ha sido expresamente admitido por ella.

A la luz de tales consideraciones y teniendo en cuenta que en modo alguno las quejas en análisis logran desvirtuar las conclusiones que en este punto emergen de la sentencia recurrida, entiendo que el incumplimiento de la ART a sus deberes legales y reglamentarios revistieron suma gravedad y constituyeron un comportamiento omisivo equivalente a un obrar culpable grave con representación de las consecuencias.

Desde esta perspectiva y a la luz de lo establecido en el art. 1074 del Código Civil, comparto lo decidido por la sentencia en crisis en cuanto a que la ART resulta responsable por la reparación del daño sufrido por el reclamante.

No advierto de la queja la existencia de una fundamentación sólida y suficiente que permita realizar una evaluación tendiente a resolver la cuestión que aquí se debate. En efecto, encuentro sí por parte de la apelante un claro disconformismo y discrepancia con lo resuelto por la inferior pero en modo alguno ello llega a configurar un agravio que permita su análisis como tal en esta instancia (arg. art. 268 CPCC).

Por lo hasta aquí dicho y fundamentado y ante la manifiesta ausencia de fundamentos dignos de consideración que surjan de la queja en tratamiento, corresponde en mi opinión declarar desierto el recurso de la aseguradora en este punto (conf. art. 269 CPCC). Así lo voto.

**3.4) <u>Obligación solidaria o concurrente de la ART</u>.**

Se queja la aseguradora porque la sentencia en crisis la ha condenado en forma "solidaria" con la empresa demandada y, según su postura, debió serlo en forma "concurrente" y en el límite del art. 26 incs. 1 y 3 de la LRT.

En lo que hace al límite y alcance de la responsabilidad de la ART, me remito a lo expuesto en el punto anterior en cuanto a que, ante la insuficiencia de los agravios, ha quedado firme el tema de la responsabilidad impuesta por la sentencia de la a quo a la aseguradora y su alcance, por lo que no corresponde su tratamiento aquí.

Ante un planteo similiar ha dicho ya este Cuerpo con anterioridad y conforme el primer voto del Sr. Juez Dr. Mario L. Vivas: "…cierto es que en la obligación solidaria los vínculos que ligan a los deudores plurales nace de una sola fuente, es decir, existe una "unidad de causa", en la que el deber de prestar de todos los deudores deriva del mismo hecho o título

justificante (cfr. SCBA, 28.03.2001, “Ortiz de Franco, Agustino y otros”, AP 14/75757).

En cambio, las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son de las denominadas “concurrentes”, las que se caracterizan porque varias personas adeudan al acreedor la misma prestación, sin ocupar la posición de deudores solidarios, esto es, tienen un mismo objeto aunque diversidad de causa y de deudor ( cfr. SCBA, 15.06.99, JA 2000-I-531, ED 184-629, voto de la mayoría), bastando que uno de los deudores pague para que opere la cancelación de todas las deudas concurrentes (Cám. 2ª. Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 17.05.05, JUBA B 353987)…”. “… habiendo sido motivo de queja la cuestión de la solidaridad de la condena, teniendo en cuenta los distintos efectos que difunde una y otra categoría obligacional (entiéndase por tal a las solidarias y a las concurrentes), y sin perjuicio del monto fijado, debe revocarse el decisorio en el sentido que la condena impuesta a ambos codemandados no es solidaria, sino concurrente…” (conf. CAPM, in re “T., B. c/ A. del S. y Otra s/ Accidente”, Expte. N° 59/2012).

En virtud de lo expuesto y compartiendo los fundamentos vertidos en este punto por la Sra. Jueza de Villafañe, opino que debe ser modificada la sentencia en crisis admitiéndose el agravio en este punto y disponiéndose que la condena impuesta a la aseguradora es concurrente con la de la codemandada B. M. S.A. Así lo voto.

**3.5) <u>La omisión de resolver la defensa de falta de legitimación</u>.**

Sostiene le queja que no se declaró la inconstitucionalidad del art. 6 ap. 2 de la LRT y que se omitió resolver la defensa de falta de legitimación opuesta.

En la fundamentación del recurso, la aseguradora hace referencia a daños en la muñeca y el codo de la víctima, lo cual no tiene relación alguna con las lesiones sufridas por el reclamante en los presentes actuados. En este caso el

actor sufrió lesiones en su rodilla izquierda y así surge de las probanzas producidas durante el proceso, por lo que lo expresado en el agravio deviene manifiestamente improcedente y debe ser rechazado.

**3.6) <u>Los intereses aplicados en la sentencia</u>.**

Pretende la quejosa que se apliquen a la condena los intereses que fija la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, lo cual deviene manifiestamente improcedente en virtud de no ser dicho cuerpo el Máximo Tribunal de esta Provincia, tal como en reiteradas oportunidades se le ha marcado a la recurrente en planteos similares que ha realizado.

Atento la reiteración por parte del apoderado de la aseguradora de peticionar en sus agravios que se aplique en esta jurisdicción la tasa de interés que aplica la S.C.J.B.A. -no es ésta la primera causa en la que formula tal petición-, es menester remarcarle que si está litigando en la Provincia del Chubut, el Máximo Tribunal Provincial es el Superior Tribunal de Justicia del Chubut y no la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires, de allí la manifiesta improcedencia de su petición que contraría la doctrina del S.T.J.Ch. en materia de "intereses", lo que no puede -ni debe- desconocer atento su profesión de abogado.

Sin perjuicio de la improcedencia marcada, debe tenerse en cuenta que lo solicitado por el reclamante en la demanda (que se aplique la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A.) no fue objeto de ataque en legal tiempo y forma por la aseguradora. Siendo así, el tema de la tasa de interés no formó parte de las cuestiones sometidas a la consideración de la Magistrada del inferior. Por lo tanto y conforme lo normado por el art. 280 del ritual, no corresponde que esta Cámara se expida sobre el particular. Es mi voto.

**4) <u>Tratamiento de agravios de la actora y de B. M. S.A.</u>**

**4.1) <u>El porcentual de la incapacidad sobreviniente</u>.**

Tanto la parte actora como la codemandada B. M. S.A. plantean su agravio con relación al porcentual de incapacidad de la víctima atribuido por la sentencia en crisis.

La Magistrada a quo ha dicho en su sentencia que el perito médico, luego de describir el estado clínico de la rodilla siniestrada del actor (fs. 352), estimó la incapacidad de menisectomía con hidrartrosis e hipotrofia muscular en el 15,3% de la t.o., por lesiones que guardan elación con el accidente invocado en autos. Posteriormente y como consecuencia de la medida para mejor proveer de fs. 431, el perito médico informó (fs. 436) que es imposible determinar la incidencia de ambos eventos. Por ello, ha dicho la Sra. Jueza a quo, teniendo en cuenta que a fs. 271 la Superintendencia de Riesgos del Trabajo informó que por conclusión médica del 06/01/09 se le otorgó al actor un 7,6% de incapacidad como consecuencia de la rotura de menisco interno de la rodilla izquierda, por un accidente sucedido el 26/06/08 trabajando para otro empleador, corresponde a falta de otro sistema, fijar la incapacidad por el accidente de autos en la diferencia entre la incapacidad originalmente otorgada y la que se desprende del historial remitido y no observado. De allí determinó que la incapacidad parcial y permanente del actor por el accidente de autos asciende a un 7,7% de la total obrera.

En este punto, según la queja de la codemandada empleadora del actor, la incapacidad fijada por la sentencia en crisis es antojadiza y caprichosa. A su vez, la parte actora considera improcedente la disminución que ha realizado la Magistrada a quo al fijar un porcentual de incapacidad inferior al que determinó el perito médico.

Del dictamen pericial médico (fs. 352/354 vta) surge que "…las lesiones meniscales son frecuentes en deportistas a raíz de rotaciones bruscas con rodilla flexionada... Se producen por rotaciones bruscas de rodilla, hallándose ésta en flexión o semiflexión. En esta posición los ligamentos

laterales se han aflojado y la rodilla está laxa, permitiendo movimientos en que el menisco puede ser tironeado o hendido por el cóndilo femoral. El deportista (fútbol, rugby, esquí, baile ruso, Twist, etc.) puede tener fijo el pie y girar el cuerpo; o estar en el aire y otro jugador le rota el pie…La rotura meniscal implica un desplazamiento del centro de rotación articular y una movilidad alterada, lo que favorece el desgaste del cartílago. La descripción de la forma en que ocurrió el accidente por el actor, coincidente con las constancias obrantes en autos a fs. 14, 25, 45, 227 y 268, es idónea para producir la lesión de meniscos descripta en el mecanismo de lesión…" (fs. 352 vta.). Más adelante el experto determinó que "…las lesiones guardan relación causal con el accidente invocado en autos…" y que "…La incapacidad es de forma parcial y permanente del 15,3% de la TO…" (fs. 353), que "…La rotura de menisco interno de rodilla izquierda, por la cual fue operado el actor, fue producida por el accidente denunciado en autos, teniendo en cuenta el mecanismo de acción del accidente, la descripción de la lesión observada en la RMN de fecha 28/02/06 (pequeño desgarro vertical sobre el cuerpo del mismo menisco) y que con esta lesión difícilmente el actor podría haber estado desempeñando su tareas de albañil, teniendo en cuenta el tipo de exigencias física que éstas demandan…" (fs. 353 vta.), que "…El nexo es causal…", que "…No se considera que las lesiones preexistentes actuaron como concausas, sino que fueron simplemente hallazgos coexistentes…" (fs. 354) y que "…la rotura meniscal tiene carácter de aguda y fue producida por el accidente denunciado…" (fs. 354 vta.).

Al contestar las impugnaciones realizadas a su dictamen, el mismo experto dijo: "…este perito ratifica que la incapacidad del 15,3% fue ocasionada por las secuelas que dejó el accidente referido…"; "…Este perito en ningún momento sumó otra incapacidad que no fuera exclusiva del accidente de autos, esto es la "Menisectomía con hidrartrosis, hipotrofia muscular" y esta intervención quirúrgica (menisectomía: es la extirpación total o parcial

de los meniscos), se debió al hecho traumático originado en este accidente…" (fs. 365); "…Que el actor presentaba cambios degenerativos previos al accidente está claro, pero se deja asentado que este perito en ningún momento agregó algún porcentaje por esa patología previa, sólo retomó en consideración la incapacidad que le había generado la MENISECTOMIA, esto es la operación por rotura de los meniscos, la cual se produjo como consecuencia exclusiva del accidente mencionado. De haberse considerado la patología previa, el porcentaje hubiera sido aun mayor del 15,3%..." (fs. 367). Finalmente, a fs. 436 y con relación al pedido de aclaración sobre si se observa del análisis clínico y/o de los estudios efectuados la incidencia de ambos eventos y si es posible determinar la incapacidad resultante independiente por ambos episodios, el experto dijo: "…Es imposible determinar mediante el examen clínico y/o los estudios efectuados la incidencia de ambos eventos, por lo tanto tampoco la incapacidad resultante por cada uno de ellos…".

A esta altura del análisis de la cuestión en tratamiento, no puedo dejar de advertir que ningún planteo realizaron las partes durante el proceso una vez que se presentó la documental obrante a fs. 264/274 por parte de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Ante la situación que aquí se ha presentado es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

En definitiva la prueba pericial tiende a legitimar la decisión jurisdiccional y a reforzar la confianza acerca de su certeza, e incluso permite a las partes actuar y contradecir durante el mecanismo de recepción de la prueba, lo que no podría hacerse en el caso del juez-perito. Aunque, la praxis nos impone reconocerlo, la real operatividad, utilidad y valía de la prueba

pericial radican en el complemento del conocimiento del magistrado en saberes no jurídicos (conf. QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot, ed. 2011, T. II, pág. 1266).

La jurisprudencia cordobesa se ha ocupado de señalar que la pericial tiene una doble vertiente: a) verificar e informar sobre hechos que requieren conocimientos especiales que escapan a la cultura común del juez y de las personas, a la par que explicar sus causas y sus efectos, y b) suministrar las reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del juez sobre tales hechos (conf. C.Civ.Com. Córdoba, Sala 6ª., 20/02/07, AP 1/70041836-4).

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC).

Valorar la prueba pericial significa verificar los juicios de hecho del experto mediante un análisis lógico-gnoseológico de ese fenómeno que se denomina "peritaje" y del seno del cual surgen los juicios que constituyen el dictamen, lo que en definitiva permite al juzgador expresarse sobre la materia litigiosa, sin necesidad de hablar de temas que no conoce (conf. C.Civ.Com. La Matanza, Sala I, 16/03/04, AP 1/1001525).

Denti ha dicho que no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita rehacer por su cuenta la valoración efectuada por él; pero se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, según el conocimiento común, de los métodos científicos o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito (conf. DENTI, V., *"Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes*

*periciales y la libertad de apreciación del juzgador"*, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, N° 2-3, Madrid, 1972).

Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues -como es sabido- éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357).

Se habla de dos presupuestos para aceptar la fuerza probatoria de la peritación: a) el presupuesto de que el perito no cae en error y b) el

presupuesto de que no tiene intención de engañar (conf. Cám. 1ª. Civ. Com. La Plata, Sala 3ª., 11/08/92, Juba, Sum. B200841).

En ampliación de esto se ha dicho que el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del proceso con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente (conf. DEVIS ECHANDIA, H., "Teoría general de la prueba judicial", 3ª. ed. 1974, T.II, pág. 321).

Es así que la CSJN ha señalado que en cuestiones de carácter predominantemente técnico no es admisible que el medio probatorio idóneo (la pericial) sea sustituido válidamente por otro (CSJN, 19/11/91, JA 1992-II-153).

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, se pueden sentar -como pautas genéricas- las siguientes: 1era.) cuando tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, en la medida en que éste se encuentre debidamente fundado, sus conclusiones resulten claras, asertivas y categóricas y si no resulta contradicho por otras probanzas o argumentos de mayor atendibilidad (conf. Fallos 183:19; CSJN, 14/11/06, AP 4/60833; 30/09/08, AP 4/67765 y AP 4/68115; Cám. Fed. La Plata, Sala 1ª., 03/07/84, JA 1984-III-síntesis y 04/09/84, JA 1985-II-566, entre muchos más); y 2da.) para desvirtuar el dictamen debe contarse con elementos que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de los conocimientos técnicos

científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf. CNCiv., Sala M, 08/03/93, LL 1993-E-476 y 16/12/04, AP 1/70056393-1; íd. Sala E, 29/03/96, LL 1996-D-729; 24/02/97, LL 1997-D-581; 12/08/97, LL 1998-A-39; entre muchos otros).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial médico producido en autos y sus correspondientes aclaraciones, está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en materia de medicina del trabajo, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

En base a lo que acabo de referir, no comparto el procedimiento empleado por la Sra. Magistrada del inferior en cuanto ha reducido el porcentual de incapacidad que el perito médico le ha otorgado al actor como consecuencia directa del accidente que es motivo de autos. Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a que el porcentual incapacitante que él le ha otorgado en su dictamen tiene relación directa y es consecuencia exclusiva del accidente motivo del reclamo indemnizatorio de autos, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que me permitan reducir ese porcentual en virtud de un error que hubiere cometido el científico en su actuación. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el experto haya incurrido en un error o que existan probanzas científicas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus conclusiones (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Es por ello que opino que debe ser revocada la decisión de la Magistrada a quo en cuanto ha determinado que la incapacidad parcial y permanente del actor por el accidente de autos asciende a un 7,7% de la total obrera y en su

lugar mantener la que el experto médico ha volcado en su dictamen, o sea, el 15,3% de la t.o. como consecuencia del accidente base de su reclamo. Así lo voto.

**4.2) <u>El monto indemnizatorio por incapacidad</u>.**

Como siempre ocurre en estos casos, han recurrido el actor por considerar insuficiente el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y la empleadora co-demandada por estimar elevado al mismo.

La actora en su queja si bien no considera equivocado que la sentenciante no se apoye en cálculos o fórmulas matemáticas para fijar el monto en tratamiento, incurre luego en una contradicción ya que apela a ellas para fijar un importe que considera adecuado a sus pretensiones. La codemandada esgrime la falta de parámetros en el momento de fijar la indemnización en análisis.

Es criterio reiterado por la jurisprudencia que la estimación del daño por incapacidad sobreviniente no sólo abarca las limitaciones en el ámbito laboral específico, sino en cuanto pueda afectar la capacidad laborativa genérica y el desarrollo normal de la vida de relación.

En efecto, la noción de "lo patrimonial" en el derecho de daños es más amplia que la de patrimonio en sentido técnico, pues debe abarcar, más allá de los bienes exteriores pertenecientes a la persona, las potencialidades humanas que instrumentalmente posean naturaleza económica, que, aunque desprovistas de valor económico en sí, lo adquieren indirectamente al ser aplicadas al logro de finalidades productivas. Así la integridad de la persona presenta un valor económico instrumental como capital destinado a ser fuente de beneficios económicos y de toda índole, cuya afectación cercena posibilidades de desenvolvimiento futuro, con lo cual se tiene que el daño en esta esfera resulta ser susceptible de apreciación pecuniaria, como lo exige el art. 1068 del C.Civ., y por ende indemnizable. Como

afirma MOSSET ITURRASPE, “en el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc., y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial” (*“Responsabilidad por Daños”*, T. II-B, pág. 194).

Finalmente, debo recordar en este punto, lo expuesto reiteradamente por la jurisprudencia en cuanto a que la indemnización por incapacidad no puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ello es que el porcentual determinado pericialmente cobra un valor meramente indiciario y no matemáticamente determinante del monto a reconocer (conf. CNCiv., Sala J, 29/03/2011, cit.)

En cuanto al rubro en tratamiento, lo considero procedente (arg. arts. 381, 390 y concs. CPCC). Con relación al monto, teniendo en cuenta el alcance del agravio esgrimido, las circunstancias particulares del caso, la entidad de la lesión, las condiciones personales de la víctima, tales como sexo (masculino), edad (51 años), su categoría profesional (oficial), el alcance del daño padecido y lo propuesto en el punto anterior sobre el porcentual de incapacidad que corresponde reconocerle a la víctima (superior al fijado en la instancia inferior), estimo razonable fijar en concepto de indemnización el importe que ha propuesto en su voto la Sra. Jueza de Cámara de Villafañe, es decir, la suma de $ 45.000.- (Cuarenta y Cinco mil Pesos), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. que se computarán desde la fecha del evento dañoso hasta el día del pago efectivo

al acreedor. En la etapa que corresponda a la ejecución de sentencia, se deberán descontar los montos que la aseguradora M. ART haya abonado efectivamente al reclamante en virtud de su incapacidad laboral permanente, según lo acredite en legal forma.

En virtud de lo expuesto, voto por la admisión de la queja del reclamante en este punto, debiéndose revocar el monto indemnizatorio fijado por la sentenciante y en su lugar fijar el que aquí se ha propuesto. Así lo voto.

**4.3) <u>La fecha a partir de la cual corren los intereses</u>.**

La sentencia ha condenado al pago del monto indemnizatorio con más los intereses que se computarán a partir de la fecha de consolidación del daño alta (31/01/07) y hasta el efectivo pago. Esto agravia a la parte actora por entender que el cómputo debe realizarse desde la fecha del accidente. He de acompañar al actor en su agravio.

Los intereses deben correr, para cada daño, desde que éste se concretara. Y ello es así porque los intereses se adeudan en calidad de moratorios desde que el daño se produjo y en este caso deben computarse desde el día del accidente. Es por ello que se ha resuelto que en lo que respecta a los intereses del rubro incapacidad, ellos deberán correr desde la fecha del siniestro, pues es desde entonces que existe dicha incapacidad (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 30/04/81, "Behm de Ulrich, M. c/ Autolíneas Arg. S.A. s/ Sum.").

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo admitir el agravio en tratamiento y revocar en este punto la sentencia en crisis, disponiendo que al monto indemnizatorio fijado a favor del actor deberán adicionarse los intereses a la tasa que se ha determinado los que se computarán desde el día del accidente (31 de Enero de 2006) hasta su efectivo pago. Así lo voto.

**5) <u>Tratamiento de los agravios de A. S.A.I.C.</u>**

**La incongruencia y nulidad de la sentencia por haber responsabilizado a A. S.A.I.C.**

Plantea A. S.A.I.C. la incongruencia y consecuente nulidad de la sentencia en virtud de haberla considerado responsable por el evento dañoso por su carácter de "dueña" o "guardián" de la cosa productora del infortunio cuando fue demandada por el reclamante fundando su pretensión de que se la haga responsable en base a lo normado por el art. 30 de la LCT.

Ante todo y a los efectos de dar respuesta a la queja, es menester tener en cuenta que recogiendo la doctrina de numerosos precedente judiciales, las normas procesales imponen a la parte que pretende la *nulidad* la carga de "expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer" (conf. art. 174 CPCC; CN Civ., Sala C, LL 1983-A-573, 36.282-S; 1982-D-424; 1983-D-87; Sala D, LL 1984-B-473, 36.623-S). Por consiguiente, el juez se halla habilitado para desestimar de plano la impugnación si quien la formula carece de interés personal en la declaración de nulidad u omite indicar las defensas o pruebas de que se habría visto privado como consecuencia del vicio que alega (conf. C.Civ. 2ª. Cap., JA 62-724; CNCom., JA 63-622; CNCiv., Sala A, LL 126-777, 15.216-S). Anticipo que esta carga no ha sido cumplimentada por el nulidicente.

Ahora bien, de conformidad con la norma del art. 255 del ritual, el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia.

En nuestra legislación existen dos tipos de causales que autorizan el recurso (o alegación) de nulidad: uno se refiere al incumplimiento de los requisitos que condicionan la validez de las resoluciones judiciales, y otro a los vicios que afecten a los actos procesales que precedieron al dictado de aquéllas.

Es vasto el repertorio de irregularidades que pueden afectar la validez de las resoluciones judiciales y autorizan, en principio, el recurso de nulidad. Tales serían, por ejemplo, la omisión de la fecha en que es dictada y tal

defecto ocasiona un perjuicio a las partes, el error sobre el nombre de las partes que imposibilita la ejecución de lo decidido, el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas o articuladas extemporáneamente, la omisión de pronunciamiento sobre puntos esenciales y la falta o insuficiencia de fundamentos.

Pero, exista o no la posibilidad de reenvío, la declaración de nulidad de la sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave; de allí que, según lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia, aquella declaración no procede cuando los vicios invocados son susceptibles de repararse mediante el recurso de apelación (conf. PALACIO, L.E., "Derecho Procesal", Ed. Abeledo Perrot, T. V, pág. 108 y sigs. y juris. allí citada).

Y, sin perjuicio de lo expuesto, debo destacar que para que tenga sustento su pretensión nulitiva, la irregularidad de la sentencia debe haber afectado el derecho de defensa de quien esgrime la pretensión. Y aquí en ningún momento se demuestra que se haya afectado tal derecho de la agraviada.

Por último, la codemandada en cuestión ha interpuesto y se le ha concedido el recurso de apelación contra la sentencia en crisis y en la fundamentación del mismo ha tenido la oportunidad de volcar todos los agravios que la misma le ha ocasionado y/o los errores que según su postura ha cometido la sentenciante, pudiendo demostrar y exponer con total amplitud las causas y/o motivos que tiene para que la resolución sea revocada por el Superior. Es por esta razón que la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada que la nulidad no prospera cuando la cuestión puede ser resuelta mediante el recurso de apelación. Por lo tanto, la nulidad no corresponde ser decretada porque el vicio invocado es susceptible de repararse mediante el recurso de apelación que se le ha concedido a la demandada.

Por lo expuesto, considero que no es procedente declarar en este caso la nulidad de la sentencia en crisis.

Corresponde analizar ahora si la sentencia ha violentado el principio de *"congruencia"* al haber considerado responsable a la recurrente en base a una normativa que no ha sido la peticionada o en la cual fundó su pretensión la parte actora.

Genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el "thema decidendum" integrado por pretensiones (principales o reconvencionales) y oposiciones.

Se puede colegir que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta) (conf. PEYRANO, J.W, "El Proceso Civil. Principios y Fundamentos", Astrea, Bs.As., 1978, pág. 63).

Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución "ultra petita" cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución "citra petita", si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial.

Hay incongruencia objetiva “extra petita” cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término “cuestión” como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

El juez llamado a decidir el conflicto puede enfrentarse a la necesidad de indagar sobre lo realmente pedido, lo cual no significa que haga suya la petición o la desarrolle a su gusto. En una contienda referida a derechos privados la decisión debe guardar correspondencia con el pedido de reconocimiento de esos derechos, lo cual no soluciona el problema de la falta de claridad en el lenguaje utilizado en el proceso. Cierta flexibilidad otorgada al Juez a la hora de meritar el alcance de lo pedido y su

correspondencia con el eje del debate no supone una injerencia del Estado en la esfera de la autodeterminación, sino la capacidad de moderar las formas empleadas para discutir con mayor libertad en el campo favorable a la fiel expresión de las posiciones de las partes (conf. OTEIZA, E.D., "El juez ante la tensión entre libertad e igualdad", Rev. de D.Procesal (Número Extraord. en homenaje a J.R.Podetti), Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 226).

No se trata de cambiar el interés puesto de manifiesto en la demanda, ni de socavar el derecho del litigante a satisfacerlo en la misma proporción que ha propuesto, sino de advertir que la cosa demandada no es un objeto estanco y acotado, sino un marco de referencia donde el poder del que pide e inclusive, la misma negociación entre las partes, permite reconducir o replantear la pretensión llevándola a una flexibilidad que el principio de congruencia, en los parámetros actuales, no admite ni tolera.

No se trata, claro está, de alterar la pretensión sin que la parte interesada resuelva el cambio o la reversión, sino de impulsar la transformación del objeto pedido cuando de las propias contingencias de la causa se advierte la eficacia de propiciar soluciones alternativas.

Este fenómeno se visualiza en diversas variables, como puede ser la determinación en la sentencia condenatoria de una reparación en cuotas; o en especie. También, cuando se interpreta la conducta de las partes y se altera el sentido de la pretensión sin quebrar la índole de la satisfacción y el derecho a una sentencia justa (conf. voto del Dr. De Lázzari, SCBA, 07/03/07, Causa B-58.760).

En definitiva, hablamos de "hacer justicia", y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque, para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (conf. Revista Internauta de Práctica Jurídica N° 3 (Sept.Dic. 1999), "La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998", GONZALEZ MALABIA, Sergio, Universidad de Valencia; cit. por GOZAINI, O.A., "El principio de congruencia frente al principio dispositivo", La Ley 2007-C, 1308).

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, en el punto en análisis y que es objeto del recurso en tratamiento, ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Tengo presente en el estudio de esta cuestión y para sostener la conclusión que acabo de expresar, que el objeto y fundamentación de la demanda ha sido claramente expresado en la primera presentación del actor al decir:

*"SOLIDARIDAD. Que venimos a solicitar que la condena a dictarse oportunamente al sentenciar, lo sea de manera solidaria entre las co-demandadas de autos. Nuestra petición se funda en la protección que brinda el ordenamiento jurídico vigente al trabajador para permitir percibir con mayor seguridad su crédito, especialmente como acontece en autos, en que existe intermediación en la contratación…"* (fs. 44); *"…la contratista principal, ha sido la firma productora de aluminio, ya que la empleadora del actor trabajaba en las obras de ampliación de la planta de aluminio de propiedad de la firma A. SAIC…"* (fs. 44 vta.); *"…La responsabilidad de la contratista principal surge de L.C.T. art. 30; Plenario "R." entre otras además del art. 231 Dto., 351/79…"* (fs. 47).

Al remitirme al punto III) de los Considerandos de la sentencia en crisis, la Sra. Jueza a quo a dicho: *"…entiendo también que el reproche debe alcanzar solidariamente a la codemandada A. A. A. S.A.I.C., en su doble carácter de generadora por omisión del riesgo, como por el hecho de resultar la beneficiaria última de la obra que -en definitiva- lo generó… quien crea para los demás un riesgo está creando para sí una fuente de riqueza y, por ende, deberá afrontar las reparaciones… En consecuencia a la luz de lo establecido por el art. 1113 del Código Civil, B. M. S.A. y A. S.A.I.C. resultan responsables de la reparación de las consecuencias dañosas del infortunio (conf. arts. 903 y 904 Cód. Civil)…"*.

Por lo tanto, si tenemos presente que el principio de congruencia comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro que ello se ha dado aquí en el punto que estoy considerando. Encontrándose también incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a "las pretensiones deducidas en el juicio", lo que significa que la sentencia no se ha ajustado al pedimento que era condenar a la codemandada A. SAIC en base a la norma del Art. 30 de la LCT.

Es por lo dicho que respondo al agraviado admitiendo su queja y dejando constancia que el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio se conculcan cuando se introducen en el fallo alegaciones o cuestiones de hecho sorpresivamente, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena defensa, debiendo entenderse incumplida la exigencia del art. 163, inc. 6°, Cód. Procesal (conf. SCBA, 21/12/84, L. 34.194, La Ley 1986-B, 601). Es lo que ha ocurrido en este proceso.

Tampoco puedo dejar de compartir el agravio porque surge de las actuaciones en estudio que la sentenciante ha introducido indebidamente en el pleito articulaciones ajenas a los planteos de las partes, constituyendo una innovación "ex oficio" relevante en la litis, provocando un cambio en la suerte de la controversia. He dicho ya que la parte actora imputó y basó la responsabilidad de la codemandada A. SAIC en el accidente de trabajo sufrido por el actor en la normativa el Art. 30 de la LCT. Sobre esa imputación se corrió el traslado de la demanda y la codemandada contestó la misma en base a lo que se le reclamó y al factor de atribución de responsabilidad en el evento dañoso que alegara el reclamante. Sobre esa base quedó trabada la litis. Es por ello que si al sentenciar, la Magistrada a quo consideró que A. S.A.I.C. es responsable por las consecuencias del hecho dañoso por su doble carácter de generadora por omisión del riesgo, como por el hecho de resultar la beneficiaria última de la obra que –en definitiva— lo generó sin siquiera hacer mención a la cuestión de la solidaridad que contempla la normativa del Art. 30 de la LCT que fue la base sobre la cual la parte actora reclamó se la hiciera responsable, se ha violentado a mi entender el principio de *congruencia*.

Y para así concluir me baso, sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto sobre el particular, en que al sentenciar se ha incurrido en un vicio que afectó el derecho de defensa pues ha mostrado un absoluto desvío de la pretensión del actor con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del

verdadero debate contradictorio, produciéndose de esa manera un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se pronunció sobre un tema o materia no debatido oportunamente en el proceso (el factor objetivo de atribución de responsabilidad) y respecto del cual, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

Se me podrá decir que el actor imputó y solicitó se condene a A. S.A.I.C. por ser responsable de las consecuencias del accidente de trabajo y en ello estamos de acuerdo, pero no es posible parcializar y quedarnos sólo con la petición sino que a ella debemos necesariamente adicionar y considerar cuál ha sido el fundamento jurídico por el cual se pidió la condena como "responsable". Y es en este punto donde la sentencia ha incurrido, a mi modo de ver, en la violación del principio de "congruencia", porque el factor objetivo de atribución de responsabilidad en el que se basó la sentenciante para condenar a la referida codemandada no es el mismo en el que el que el actor fundamentó o basó su pretensión. La sentencia debió tratar y resolver la cuestión sometida a su decisión, tal como quedara trabada la litis, y no desviarse hacia un camino que no fue el planteado por las partes en el proceso.

Reitero que se ha dado un vicio en la sentencia que afectó el derecho de defensa, al haber desviado el fundamento base de la responsabilidad atribuida en la pretensión a la codemandada A. S.A.I.C., lo cual provocó la consiguiente indefensión y la sustracción de las partes del verdadero debate contradictorio. De esta manera la decisión judicial se pronunció sobre una materia que no llegó a debatirse oportunamente durante el proceso y respecto de la cual las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa.

En virtud de lo expuesto y compartiendo también los fundamentos vertidos en el voto precedente por la Sra. Jueza de Villafañe, propongo al Acuerdo admitir el agravio de la co-demandada A. S.A.I.C. y revocar la sentencia en cuanto ha admitido la responsabilidad de dicha empresa por las consecuencias del evento dañoso, correspondiendo rechazar la demanda contra la misma. Es mi voto.

**6) <u>El agravio de la parte actora sobre la imposición de costas por la intervención de A. T. A. S.A.</u>**

La parte actora se agravia porque entiende que no le corresponde asumir ninguna responsabilidad por las costas que insumiera la intervención en autos e A. T. A. S.A. que fuera citada por A. S.A.I.C. en los términos del art. 94 del CPCC.

La sentencia no encontró la razón por la cual se citó a esta empresa como tercero ya que no existía la posibilidad de condena ni de que las resultas de la sentencia la alcanzaran y en base a ello impuso las costas generadas por su intervención por su orden (art. 72 CPCC). La consecuencia de esta declaración es que cada litigante debe pagar los gastos por él originados.

En el caso, la empresa en cuestión fue citada como "tercero" por A. S.A.I.C., por lo tanto, será ella quien deberá cargar con las costas de su citación y no la parte actora. Es por ello que se ha decidido que debe soportar las costas originadas quien pide la citación del tercero que habiendo comparecido al juicio resulta eximido de responsabilidad (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala II, 08/11/78, ED, 83-149). En el mismo sentido se ha dicho que las costas devengadas por la participación del tercero en juicio, demostrada la improcedencia de la citación, deben estar a cargo de quien promovió la intervención estéril que evidencia un exceso de la defensa en detrimento del derecho ajeno (conf. CNCiv., Sala F, 31/05/84, ED, 110-241).

Lo dicho es más que suficiente para que quede en claro que las costas generadas por la citación del "tercero" están cargo de A. S.A.I.C.

**7) <u>Conclusión</u>.**

Atento lo hasta aquí tratado y propuesto, coincido con la Sra. Jueza de Cámara de Villafañe, que me precede en el voto,€ en cuanto a que debe ser revocada la sentencia en crisis en tanto ha condenado a A. A. A. S.A.I.C.; corresponde admitir parcialmente los agravios de la parte actora estableciendo que el porcentual de incapacidad padecido por la víctima como consecuencia del accidente motivo de autos asciende al 15,3% T.O., lo que conduce a elevar el monto de la condena por incapacidad sobreviniente a la suma de $ 45.000.- (Cuarenta y Cinco Mil Pesos) con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día del accidente (31 de Enero de 2006) hasta la de su efectivo pago; establecer que las costas por la citación como "tercero" de A. T. A. S.A. deben ser soportadas por la codemandada A. A. A. S.A.I.C.; admitir parcialmente los agravios de la aseguradora M. A. ART S.A. en cuanto a que la condena que se la ha impuesto es concurrente con la de la co-demandada B. M. S.A., confirmando la misma en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

**8) <u>Las costas de primera instancia</u>.**

Atento lo propuesto en mi voto como solución de las cuestiones sometidas a consideración a esta Alzada y lo normado por el art. 282 del ritual, corresponde adecuar las costas y honorarios fijados en la instancia inferior.

Teniendo en cuenta mi propuesta de rechazar la demanda incoada contra la co-demandada A. A. A. S.A.I.C., las costas por dicho rechazo deben imponerse a la parte actora (conf. arts. 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC).

Por la admisión de la demanda, las costas deben ser impuestas en forma concurrente a las demandadas B. M. S.A. y M. A. ART S.A. (art. 69 CPCC).

Por la citación como tercero de A. T. A. S.A. se imponen las costas a A. A. A. S.A.I.C.

Con respecto a los honorarios que les corresponden a los letrados que intervinieron en la instancia inferior, considero adecuados y ajustados a la ley arancelaria los porcentuales regulados en su voto por la Sra. Jueza de Cámara de Villafañe a favor de los Dres. G. A. H., V. A. F., G. L., S. L. F., D. R. G. L., G. W., G. C. y D. T., sin perjuicio de aplicarse los mínimos legales si correspondiere. Comparto también que no deben ser modificados los honorarios del perito médico Dr. J. J. manteniéndose los mismos en el 3% del monto del proceso que resulte (conf. arts. 6, 7, 8, 9, 38, 60 y concs. Ley Arancelaria) y que la regulación de honorarios referida no comprende a la Dra. C. B. atento la renuncia obrante a fs. 217.

**9) <u>Las costas de la Alzada</u>.**

Atento haberse admitido el recurso interpuesto por la co-demandada A. A. A. S.A.I.C., corresponde imponer las costas de la segunda instancia a la parte actora que resultara perdidosa (conf. art. 57 Ley XIV N° 1, art. 69 CPCC). Coincido con el voto precedente en que los honorarios del letrado apoderado de A. S.A.I.C., Dr. G. A. H., deben ser fijados en el 35% de los que les correspondan por su intervención en la instancia inferior (conf. arts. 5, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.), no correspondiendo regular honorarios a los letrados de la parte actora atento la imposición de las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs. 309.

Con respecto a los recursos que se han admitido parcialmente a la parte actora y a la codemandada M. A. ART S.A., como así el que se le ha rechazado a la codemandada B. M. S.A., las costas se imponen por su orden (art. 72 CPCC).

Con respecto a los honorarios que corresponden por su intervención en esta instancia a los Dres. V. A. F., G. L., S. L. F., G. C., D. R. G. L. y G. W.,

encontrándose los mismos ajustados a las pautas que fija la ley arancelaria, deben ser regulados en los porcentuales propuestos en su voto por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe (arg. arts. 5, 7, 13 y concs. Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE por la NEGATIVA.**

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

Los letrados de la parte actora, V. A. F., G. L. y S. L. F., por su propio derecho y por la representación acreditada, apelan sus honorarios regulados por considerarlos bajos y por altos fueron apelados por la codemandada M. A. ART S.A. .

El modo en que he propuesto se vote la primera cuestión implicó la readecuación de los honorarios de los letrados conforme el art. 282 del CPCC, por lo que deviene en abstracto expedirme sobre la regulación de honorarios de la representación letrada de la parte actora.

Así lo voto.

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

Los letrados de la parte actora han interpuesto recurso de apelación por su propio derecho y en representación de su mandante con respecto a la regulación de sus honorarios por considerarlos bajos. A su vez, fueron apelados los mismos por altos por la codemandada M. A. ART S.A.

Teniendo en cuenta lo propuesto en mi voto para resolver la primera cuestión y la adecuación realizada conforme lo normado por el art. 282 del ritual, deviene abstracto expedirme sobre este punto. Así lo voto.

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

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

**1) REVOCAR** la sentencia de fs. 443/451vta. en cuanto condena a A. A. A. SAIC y en consecuencia rechazando la demanda incoada en su contra por M. D. P.

**2) REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 443/451 vta. y consecuentemente CONDENAR a B. M. S.A. y en forma concurrente a M. A. ART S.A. a abonar a M. D. P., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de PESOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS ($ 50.000) comprensiva del daño material y daño moral, con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut S.A. a partir de la fecha del accidente (31/01/06) y hasta el efectivo pago. Se deja establecido que en la etapa de ejecución de sentencia deberán detraerse los montos que M. ART S.A. acredite haya abonado en forma efectiva y en concepto de incapacidad laboral permanente.

**4) DISPONER** que las costas en la primera instancia por la intervención de A. T. Argentina S.A., le son impuestas a la codemandada A. A. A. S.A.I.C.

**5) READECUAR LAS COSTAS** de la primera instancia (Art. 282 del CPCC).

**6) IMPONER** las costas por la demanda rechazada, a la parte actora (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC) y **REGULAR** los honorarios del Ab. G. H. en

el 18 % de la suma reclamada (capital más intereses STJCH Sent.Nº 03/S.R.E./2011.)

**7) IMPONER** las costas por la demanda admitida a B. M. S.A. y en forma concurrente a M. A. ART S.A. Los honorarios por la demanda admitida y sobre el monto del proceso que resulte se establecen, para los abogados V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 6% a cada letrado; para el Ab. D. G. L. y G. W. en el 2,5 % a cada uno, al Ab. G. C. en el 13% y al Ab. D. T. en el 11%, sin perjuicio de aplicarse los mínimos legales y el IVA si así correspondieren. Sin modificar los honorarios del perito médico J. J. que se mantienen en el 3% del monto del proceso que resulte. (arts. 6, 7, 8, 9, 38, 60 y conc. Ley XIII Nº 4 y su mod.). La regulación de honorarios efectuada no alcanza a la Ab. C. B. en virtud de la renuncia efectuada a fs. 217.

**8) IMPONER LAS COSTAS EN LA ALZADA** por el recurso admitido de A. A. A. SAIC a la actora (art. 57 Ley XIV Nº 1). Los honorarios del Ab. G. H. se establecen en el 35 % de los que resulten en la primera instancia (art. 5, 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.). A los letrados de la parte actora, V. F. y S. F., no se le regulan honorarios en virtud del modo en que se imponen las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs. 309.

**9) IMPONER LAS COSTAS EN LA ALZADA** por los recursos parcialmente admitidos a la actora y a M. A. ART y por el rechazado a B. M. S.A. por su orden (art. 72 CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 9% a cada uno y los del Ab G. C. en el 27 % de lo que se determinen en la primera instancia; a los Ab D. G. L. y G. W. en 1,37% a cada uno del monto que resulte de condena. (art. 5, 7 y 13 ley arancelaria).

**10) DE FORMA.**

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

Atento compartir los fundamentos vertidos en el voto precedente por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que ella ha propuesto en su voto.

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

Puerto Madryn, de octubre de 2012.

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

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

**1) REVOCAR** la sentencia de fs. 443/451vta. en cuanto condena a A. A. A. SAIC y en consecuencia rechazando la demanda incoada en su contra por M. D. P.

**2) REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 443/451 vta. y consecuentemente CONDENAR a B. M. S.A. y en forma concurrente a M. A. ART S.A. a abonar a M. D. P., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de PESOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS ($ 50.000) comprensiva del daño material y daño moral, con más intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut S.A. a partir de la fecha del accidente (31/01/06) y hasta el efectivo pago. Se deja establecido que en la etapa de ejecución de sentencia deberán detraerse los montos que M. ART S.A. acredite haya abonado en forma efectiva y en concepto de incapacidad laboral permanente.

**4) DISPONER** que las costas en la primera instancia por la intervención de A. T. A. S.A., le son impuestas a la codemandada A. A. A. S.A.I.C.

**5) READECUAR LAS COSTAS** de la primera instancia (Art. 282 del CPCC).

**6) IMPONER** las costas por la demanda rechazada, a la parte actora (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art. 69 CPCC) y **REGULAR** los honorarios del Ab. G. H. en el 18 % de la suma reclamada (capital más intereses STJCH Sent.Nº 03/S.R.E./2011.)

**7) IMPONER** las costas por la demanda admitida a B. M. S.A. y en forma concurrente a M. A. ART S.A. Los honorarios por la demanda admitida y sobre el monto del proceso que resulte se establecen, para los abogados V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 6% a cada letrado; para el Ab. D. G. L. y G. W. en el 2,5 % a cada uno, al Ab. G. C. en el 13% y al Ab. D. T. en el 11%, sin perjuicio de aplicarse los mínimos legales y el IVA si así correspondieren. Sin modificar los honorarios del perito médico J. J. que se mantienen en el 3% del monto del proceso que resulte. (arts. 6, 7, 8, 9, 38, 60 y conc. Ley XIII Nº 4 y su mod.). La regulación de honorarios efectuada no alcanza a la Ab. C. B. en virtud de la renuncia efectuada a fs. 217.

**8) IMPONER LAS COSTAS EN LA ALZADA** por el recurso admitido de A. A. A. SAIC a la actora (art. 57 Ley XIV Nº 1). Los honorarios del Ab. G. H. se establecen en el 35 % de los que resulten en la primera instancia (art. 5, 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.). A los letrados de la parte actora, V. F. y S. F., no se le regulan honorarios en virtud del modo en que se imponen las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs. 309.

**9) IMPONER LAS COSTAS EN LA ALZADA** por los recursos parcialmente admitidos a la actora y a M. A. ART y por el rechazado a B. M. S.A. por su orden (art. 72 CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 9% a cada uno y los del Ab G. C. en el 27 % de lo que se determinen en la primera instancia; a los Ab D. G. L. y G. W. en 1,37% a cada uno del monto que resulte de condena. (art. 5, 7 y 13 ley arancelaria).

**10) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

**REGISTRADA BAJO EL N°  /12. SDL. CONSTE.**