En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"F., A. I. c/ M. A. A. SA s/ SUMARIO - Accidente de Trabajo", expte. nro. 161/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 331/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 510), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas las sentencias recurridas de fs. 521/531vta. y su aclaratoria de fs. 538/539? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 521/532, integrada por su aclaratoria de fs. 538/539, es apelada por la demandada a tenor del informe de fs. 547/560 que le es contestado por su oponente a fs. 562/565vta., todo de conformidad con la planilla de elevación de fs. 567.

Antes de ingresar en el tratamiento de la apelación deseo poner de relieve que no seguiré los agravios en el orden expuesto por el apelante, sino en el que entiendo adecuado a la exposición del presente

voto. Asimismo, que examinaré el recurso articulado en los aspectos que crea relevantes para decidir, dejando de lado los que estime insustanciales, lo cual no es contrario a la correcta función de juzgar, pues como ha destacado la CSJN los jueces no están obligados a seguir a las partes en todos y cada uno de los planteos, sino solamente en aquellos que estimen pertinentes para la adecuada composición de la litis (cf. Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre muchos).

Entiende la recurrente que no mereció ser condenada en los términos del art. 1074 del CCiv., abundando en razones (ver p.III-a) a partir de fs. 548), ya que resulta arbitrario darle certeza a hechos alegados en la demanda sin prueba alguna que los avale. Así, no existen antecedentes en la causa que permitan atribuirle omisión de los deberes de prevención y asistencia a la victima y su consecuente daño que se sume al provocado por el siniestro.

Insiste en que la mera alegación de incumplimientos genéricos, sin prueba alguna que avale las mismas no alcanzaban para motivar una sentencia condenatoria.

Tal como avala sus dicho con citas de doctrina judicial pareciera que se debe, en primer lugar, resolver, si resulta atendible que todo fue un "invocación dogmática de incumplimiento" no resultando así planteada idónea para habilitar la responsabilidad civil de la ART en la medida que no explicite y evidencie tal circunstancia omisiva.

Y aún cuando no hay punto b) pareciera que relaciona lo hasta aquí afirmado a la insuficiencia probatoria del nexo de casualidad para así conformar la

norma en cuestión.

Veamos, desde el inicio, la demandada cuestiona el marco normativo dentro del cual debe resolverse el reclamo. Esto es sin exceder las previsiones de la ley 24557 (ver fs. 116vta. p. b), y hoy ante las fundadas consideraciones de la iudex a quo a partir de fs. 529 p. 6) consiente la excedencia de tal límite y pone especial énfasis en la ineficacia de la carga probatoria que pesaba sobre el accionante a los fines de la norma antes negada en su aplicación.

En fallos recientes en casos análogos en los que resulta demandada por las vías del derecho común solamente la ART, participando la patronal como tercera citada por esta que: "...es insoslayable tomar en cuenta 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 31-3-2009), donde la mayoría de los miembros del Alto Tribunal 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 (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales". Previamente en dicho fallo se había dejado constancia de las obligaciones impuestas por la Ley 24557 a las A.R.T. que incluyen adoptar las medidas necesarias para prevenir eficazmente los riesgos (art. 4.1), incorporar en los contratos un plan de mejoramiento de las

condiciones de higiene y seguridad (art. 4.2), así como controlar la ejecución de dicho plan y denunciar todo incumplimiento (y de las normas de higiene y seguridad) a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4.4) entre otros deberes (ver CNtrab., sala V, 15/04/2010 "Silva, Zunilda Itati c/ Provincia ART s/ accidente-acción civil", en elDial - AA6054).

Me permito dejar sentada mi postura en el tema sin dejar de señalar, asimismo, que adhiero al comentario que se lee referente al artículo en cuestión en el "Código Civil Comentado", dirigido por J. Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas, de ed. Rubinzal Culzoni 2003, t. Responsabilidad Civil, arts. 1066 a 1136, pág. 90 p.1, cuando dicen: "La doctrina mayoritaria y dominante en la jurisprudencia entiende que la norma del artículo 1074 y sin sujeción a su aparente literalidad, sino con amplitud, sentado en principio que hay responsabilidad toda vez que quien se abstiene infringe una obligación jurídica de obrar, entendiendo por tal no solo a la que la ley consagra específicamente, sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, que está impuesta por la razón y por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres, pero ello no dispensa que deba probarse el vínculo de causalidad entre la omisión y el daño". Como se ve, coincido con la forma de tratamiento de la cuestión tal como lo exige el recurrente en su actual discurso. Y en tal sentido se sigue leyendo: "Cabe tener en cuenta que de la simple omisión de las diligencias debidas no surge del deber de reparar si no existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño producido y la clave para determinar la existencia de la omisión antijurídica

debe ser valuada con un criterio de razonabilidad que indique el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita", a continuación los comentaristas dan cuenta de variada casuística en la que se aceptó la aplicación de la norma, la que autoriza a incorporar la que ahora nos preocupa.

Ahora bien, deteniéndonos en el tratamiento que de la cuestión en estudió da la sentenciante en sus considerandos, ha existido preocupación por señalar expresamente cuáles obligaciones pesan legalmente sobre la empleadora y sobre la aseguradora en materia de seguridad en el trabajo y en el caso y su interrelación a los efectos de preservar no tan solo del riesgo, sino de la cobertura del daño eventualmente ocasionado (ver fs. 529/530). No existe reproche posible en cuanto al régimen de atribución de responsabilidad por daño en la materia.

Las alegaciones iniciales en cuanto a la falta de capacitación para la prevención del riesgo en las tareas asignadas han quedado suficientemente acreditadas, a no olvidar que tal extremo pesa fundamentalmente sobre quienes están obligados a prevenir y de la prueba adquirida no surge certeza alguna en cuanto a su cumplimiento, tal como bien concluye la *a quo*. De allí que deberes de asesoramiento, capacitación y vigilancia por parte de la demandada se han visto sorprendidas en falta en el caso en concreto. No obstante aún falta verificar si existió relación entre el daño sufrido y tales omisiones.

La documental médica adquirida en la causa despeja toda duda en cuanto a la existencia del daño y su magnitud. A ello se suma las precisiones en cuanto a la

relación de las tareas encomendadas y realizadas, la causa del evento dañoso y su consecuencias, de la pericial médica de fs. 393/396, nunca impugnada. Despejando toda duda la prueba de las circunstancias de oportunidad, tiempo y lugar, avalando el relato del actor, tras los dichos testimoniales de los que se dan cuenta a fs. 386, 387 y 388 –oídos sus registros que se encontraban reservados-.

De ningún modo pueda admitirse arbitrariedad en el tratamiento de la prueba adquirida en cuanto a la prueba de la relación de causalidad entre el daño sufrido en ocasión de las tareas encomendadas y la efectiva omisión de quienes se encontraban obligados a velar por su seguridad, capacitándolo debidamente para evitar lo que lamentablemente ocurrió. No se previno de modo eficaz lo que se pudo evitar debiendo soportar las consecuencias previstas legalmente y que fueran cuantificadas en el fallo.

En concreto, dadas las características de las tareas realizadas por la aquí reclamante sin que se le hubiera brindado capacitación acerca de cómo realizar sus tareas en forma adecuada, habiendo sido víctima de daños comprobados en su magnitud lo cual revela el incumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo y en virtud de la doctrina de la CSJN ya referida (“Torrillo...”) y demás consideraciones, debe admitirse la condena de la aseguradora de riesgos del trabajo en el caso. Lo dicho admite tener por contestados los primeros tres agravios, consecuentemente propongo al acuerdo que sean desestimados.

Tampoco la cuantificación del daño ha sido consentida por la recurrente y entiendo su inquietud

luego de repasar el capítulo de la demanda en la que el actor concreta su pretensión (ver fs. 89vta./90).

En el caso y tan como lo he venido sostenido de manera consistente en la materia entiendo que a los fines de cuantificar la incapacidad permanente debe tenerse en cuenta la edad del trabajador al momento en que se accidentó, la minusvalía generada, su influencia cierta en las posibilidades futuras a nivel laboral y para realizar otras actividades en las cuales tuviera un compromiso corporal y, en general, en su desarrollo personal, pues influye en toda actividad desarrollada por el reclamante, además de las otras pautas que se señalan en el fallo (ver, v. gr., "Los montos indemnizatorios en los accidentes del trabajo y el derecho civil" por Schick, Horacio, publicado en: LA LEY 2008-C, 247).

Además, se debe verificar si existen constancias de que el actor pudiera laborar o prestar servicios en otras que no fueran las propias de su oficio, de su condición social, formación y capacitación, y estado civil, del valor salarial reconocido por la actividad que presta, vida útil que le resta, etc.

Al respecto, cabe señalar que el concepto "daño" debe analizarse en todos los aspectos que comprenden a la persona y personalidad y sin sujeción a fórmulas matemáticas y a partir de institutos tales como el riesgo creado (art. 1.113, segunda parte, párrafo segundo), la equidad (art. 907, párrafo segundo), la buena fe (art. 1.198, párrafo primero), y el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1.071), entre otras disposiciones.

La propia Corte Suprema expresó que en aquellos juicios en los que se solicita la reparación en el

marco del derecho común, debe procederse a reparar todos los aspectos de la persona, trascendiendo ello de la mera capacidad laborativa (causa "A.), mantenido su postura tradicional contra la rigidez de las fórmulas matemáticas financieras, más allá de las amplias facultades de la norma asigna al juez a tales fines.

El alto Tribunal, en este caso, sostuvo que la incapacidad que sufre un trabajador con motivo de un accidente de trabajo puede producirle perjuicios en su vida de relación, repercutiendo en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc. e, incluso, en su posibilidad futura de ascender en su carrera; por ello, estos perjuicios deben ser objeto de reparación, independientemente de lo que pueda corresponderle "por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116)".

Se opone a la fórmula utilizada por la magistrada de primera instancia la doctrina de la Corte en aquella causa en la cual, insisto, se establece que para evaluar el resarcimiento pleno del daño fundado en el derecho civil, que padece un trabajador por un accidente laboral, no deben aplicarse fórmulas matemáticas, ni son válidos los criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de la ley de riesgos del trabajo.

Ahora bien, he sostenido tal criterio, sin modificación alguna, en cuanta oportunidad he tenido de expresarme en la materia y entiendo que para no incurrir en arbitrariedad, los jueces deben expresar en forma indiciaria las pautas que se han tenido en cuenta para evaluar la reparación, como son la edad de la víctima, las circunstancias personales, su

remuneración, y la gravedad de las lesiones, entre otras, sin verse obligados a limitarse a fórmulas matemáticas. Es decir, que se pueden fijar pautas no en forma vinculante, sino para apartarse de la discrecionalidad, metodología que dotará al cálculo de una cuota de objetividad.

En esas condiciones observo que la magistrada de anterior grado tuvo en cuenta el salario del actor, el grado de incapacidad, sin perder de vista que no existe coincidencia entre la conclusión del dictamen de fs. 41/44 -del 3,97% de P.P.T.O.- tomado en consideración por la accionante fs. 68, y alegando al respecto a fs. 87vta./89, refiriendo a la incidencia futura, y el dictamen pericial médico forense de fs. 393/396 que si se ajusta al porcentual tomado en los considerandos y que no mereció impugnación oportuna alguna.

Además la iudex *a quo* tuvo en cuenta la edad al momento del accidente, y lo que comprendería el período de vida útil más otros datos estadístico financiero es decir utilizó la fórmula "M. A. D. c/ M. S.A. y otro s/ accidente- acción civil".

Vale aquí una pequeña acotación, ya que sin menoscabar el carácter mejorativo que sin duda tiene el nuevo cálculo de la causa “M.” (Vuotto II), subsiste la observación que se le puede efectuar a la utilización de fórmulas matemáticas para calcular las indemnizaciones por daños materiales en los accidentes del trabajo fundados en el derecho civil, en el sentido de que solo resarcen el llamado lucro cesante.

En este sentido, la mencionada fórmula persiste en la omisión de evaluar el daño físico y/o psíquico, cuando estos son permanentes, como lo ha sustentado la Máxima Magistratura de la Nación en el ya referido caso

“Mosca”, en el que se consideró “que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 312: 752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318: 1715; 320: 1361; 321: 1124; 322: 1792, 2002 y 2658; 325: 1156; 326:847).

Si bien mi criterio es que dicha fórmula puede tomarse indiciariamente (no en términos de vinculatoriedad, sino como un método para apartarme de la discrecionalidad), entiendo que dota al presente de una cuota de objetividad, y el monto del daño material fijado en la primera instancia, resulta adecuado, ya que la accionante no ha sido suficientemente diligente como para aportar mayores datos en cuanto a la incidencia de la lesión sufrida en otros aspectos de su vida tampoco la demandada se preocupó en demostrar que la menor incidencia en cualquiera de los aspectos mencionados (ver en la misma línea a Berger, Sabrina M. en “Importancia de los cálculos matemáticos en el resarcimiento de daños a la persona”, Publicado en: LA LEY 21/12/2012, 4 - LA LEY 2013-A, 64).

Por lo que, confrontando todos los datos adquiridos en la causa a la luz de las pautas señaladas y reajustado la suma estimada en la demanda al real grado de lesión e incidencia establecida en la experticia forense, estimo del modo más prudente y

objetivo la suma de pesos sesenta mil en concepto de indemnización por incapacidad parcial y permanente.

Tal como le he venido sosteniendo en materia de daños, no resulta admisible otorgar sin más el daño moral y simplificar su cuantificación mediante una estimación que guarda directa relación con el daño material. Debe respetarse su autonomía en razón de tener distinta naturaleza jurídica. En tan sentido he transcripto reiteradamente la síntesis del pensamiento de nuestra Corte Suprema cuando señala: "Que resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento que por su índole debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume la lesión por la índole de la agresión padecida, la inevitable lesión de los sentimientos del demandante. A los fines de la fijación del *quantum* debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de una daño accesorio a este" (ver, v. gr., Fallos 316.2894, 321:1117, 325:1156; 326820 y 847).

Cuestionado el monto fijado en el fallo, también viene a mi memoria la postura en la que se encolumnan autores de alto prestigio en la materia y a los cuales he seguido, v. gr., Mosset Iturraspe, cuando señala –criterio mayoritario-, que para cuantificar el daño moral, hay que apreciar la gravedad del daño, indicando que: "(...) un primer paso hacia el esclarecimiento del tema analizado puede estar dado por la confección de un catálogo de los daños que, actualmente, se ubican como morales: -alteración disvaliosa de los estados de

ánimo, angustia, tristeza, etc.; -alteración originada en una disminución de la salud, de la integridad psico-física; -alteración por la pérdida de la armonía o belleza, de rostro o de partes del cuerpo que se muestran; -alteración por la frustración de los proyectos de vida; -alteración por la limitación de la vida de relación".

En cuanto a cómo establecer la cantidad de este rubro, cabe señalar que el daño moral es un rubro distinto del material. No tiene directa relación numérica con este, por lo que la pretensión de estimarlo en porcentual del lucro cesante o en cualquier otro porcentaje de este tipo carece de fundamento racional. Para fijar su monto debe partirse del nivel de ingresos de la víctima, que expresa el marco subjetivo de los valores monetarios, y corresponde tener en cuenta la evolución de las lesiones, así como la incapacidad resultante y los perjuicios extrapatrimoniales que ella trae presuntivamente aparejados (ver autor citado en "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", L.L., T. 1994-A, pág. 729; y ahondando el tema recomiendo "Daño moral, prevención, reparación, prevención", de Daniel Pizarro publicado por ed. Hammurabi, 1996 y CNCiv., sala H, 2010/02/08 -"Buglione, Pablo Cesar c. Scaff, Sergio Marcelo y otros"- fallo n. 28.541 en DJ 2010-1867, entre muchos).

Así, y de la confrontación de toda la prueba en cuanto a la magnitud del daño y tratamiento y secuela de conformidad con las alegaciones probadas por la víctima y que se encuentran avaladas por prueba pericial, informativa, presuncional y testimonial, coincido con la estimada con suma prudencia por la

accionante en su demanda a fs. 90, p. IX, últ. párr. en la suma de pesos quince mil.

Los intereses que devengará el crédito fijado en la condena y desde la fecha del evento dañoso al del efectivo pago para ambos rubros será el establecido en el p. 2 del fallo impugnado.

La revocatoria propuesta torna operativa la norma contenida en el art. 282 del CPr/DJ, debiéndose readecuar las costas y honorarios. Así, la solución propuesta al acuerdo no incide en el carácter de vencido en la instancia anterior. En la alzada, las costas se imponen a la demandada vencida en lo sustancial, y en cuanto a los honorarios de ambas instancias, se fijarán al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII-N° 4 y 15. En razón del éxito parcial del recurrente se tiene presente la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Haciendo lugar a la revocatoria parcial del fallo de fs. 521/532 en los puntos 2 y 3, reduciendo la condena por daño patrimonial a la suma de pesos sesenta mil ($60.000) y en la suma de pesos quince mil ($15.000) por el rubro daño moral, debiendo correr los intereses desde la fecha del evento dañoso y hasta la fecha de su efectivo pago, todo de conformidad con los considerandos pertinentes.

2) Las costas de la segunda instancia deberá ser soportada por la demandada vencida y se difiere la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en ambas instancias al momento procesal oportuno. Se tiene en cuenta la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión.

Los alcances de la sentencia impugnada, los datos del recurso interpuesto por la demandada y el contenido de los agravios han sido puntualizados en el anterior voto; a tales constancias me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Los fundamentos del recurso de la aseguradora de riesgos del trabajo son dos: la falta de acreditación de los hechos alegados por la actora, en el marco de las previsiones del artículo 1074 del CC, aduciendo la inexistencia de incumplimiento por parte de la aseguradora; la errónea interpretación del derecho, ya que el cumplimiento de las normas de seguridad se encuentra a cargo del empleador y la inexistencia de relación causal. Luego precisa un cuarto agravio, cuando en realidad conforme el propio orden numérico dado, correspondería calificarlo como segundo, que se refiere a la cuantificación de los montos indemnizatorios.

El contenido del primer agravio, con sus distintos ítems se vincula a la atribución de responsabilidad.

En dicho orden de ideas, es ineludible reiterar la invocación efectuada por el primer votante a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A." (sentencia del 31/3/2009), estableciendo que no existe razón alguna para poner a una Aseguradora de Riegos de Trabajo 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.

Por supuesto, esta premisa deja absolutamente sin sustento las consideraciones relativas a la errónea interpretación del derecho que fundan el primer agravio (punto c, fs. 550/551) y permiten continuar con las consideraciones de citado fallo que sostiene la mentada responsabilidad civil en tanto en el caso se demuestren los presupuestos de aquella, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales (considerando 8°). Previamente, en el fallo se había dejado constancia de las obligaciones impuestas por la Ley 23557 a las aseguradoras que incluyen adoptar las medidas necesarias para prevenir eficazmente los riesgos (art. 4.1), incorporar en los contratos un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad (art. 4.2), así como controlar la ejecución de dicho plan y denunciar todo incumplimiento (y de las normas de higiene y seguridad) a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4.4) entre otros deberes -considerando 5° voto de la mayoría-.

Es pertinente recordar que previo a este fallo, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, en fallo del 26/8/2008, en autos "M, R. J. c/ C. de T. "E. G. Ltda." y otros s/ Demanda Laboral (Acc. de Trabajo)", expte. N° 20.975-M-2007, Sentencia Registrada bajo el N° 09/2008 S.R.E., ya se había pronunciado en ese sentido. Es decir, atribuyó responsabilidad a la aseguradora frente a la comprobación de un nexo adecuado de causalidad entre el infortunio y el obrar omisivo de la aseguradora, pues entendió que como consecuencia de no haber cumplido los

deberes de prevención, capacitación, información y de supervisión que tan intensamente la ley pone a su cargo, se produjo el infortunio.

Esta doctrina fue consolidada en autos "C., C. A. c/ K. K. S.A. y Otra s/ Accidente" (expte. N° 22474-C-2011), fallo del 13/11/2012. En efecto, en este precedente se agrego que "si bien la LRT tiene previsto en el art. 39 la responsabilidad civil del empleador, nada contempló este régimen sobre la eventual responsabilidad civil de las ART por los daños que pudieran sufrir los trabajadores de los empleadores asegurados por ellas./Es decir, que las ART, como sujetos de derecho, nada obsta para que puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico. Una acción no prevista por la LRT, y que no requiere la declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma de aquellas, es la que puede intentar el trabajador contra la ART con fundamento en el art. 1074 del CC. La finalidad de la misma es condenar a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) a abonar a la víctima del infortunio el resarcimiento pleno con base en la normativa civil e independientemente del otorgamiento de las prestaciones de la LRT (…). Desde la perspectiva contractual se trata de un caso de "no seguro". La aplicación del art 1074 CC, presupone el incumplimiento por parte de la ART de un deber propio de obrar emergente, no del contrato de seguro ya que dicha responsabilidad es ajena al mismo, sino de una obligación impuesta por la ley a la ART. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes, esto es en el que se debe probar la culpabilidad, en sentido amplio, es

decir, abarcativo del dolo o de la culpa, por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal".

Con base en la sólida doctrina que dimana de los precedentes citados es que corresponde el absoluto rechazo del mentado tramo del agravio y el consecuente análisis de la existencia o no de incumplimiento legal.

La recurrente sostiene que la aseguradora no ha incurrido en incumplimiento alguno; adelanto que la crítica es infundada. La jueza ha señalado cuáles eran las obligaciones de la aseguradora, continuando con su razonamiento explicitó que no surge de la causa que se haya realizado tarea alguna de capacitación alguna –fs. 529 vta.-. A ello aduno que tampoco se acreditaron las pertinentes detecciones de riesgos que para los operarios implicaba el trabajo ni la debida fiscalización que la ley pone a cargo de las aseguradoras.

En definitiva, el recurrente no ha logrado quebrar el razonamiento lógico del fallo; si bien es cierto que la jueza de grado no ha ahondado en la relación de causalidad entre la omisión de la aseguradora y el daño –en el punto 5 del fallo se hace referencia a la causalidad en el marco del art. 1113 CC-; lo cierto es que los antecedentes de la causa permiten tener por configurada tal relación.

Es que el análisis de los deberes legales de las Aseguradoras de Riegos de Trabajo en el esquema legal permite sostener que tal omisión es causal, puesto que la detección de riesgos y la capacitación en el manejo de las latas (bandejas) de facturas hubiere probablemente evitado el resultado. Es decir, la valoración de la incidencia que el acto debido, de haber sido realizado, nos lleva a concluir que hubiera

tenido efecto en el caso concreto.

Repárese que, como bien señala la jueza, ni la empleadora directa ni la aseguradora han demostrado la realización de tareas de acción preventiva para neutralizar los riesgos de la manipulación de latas (bandejas) de gran tamaño como lo son las de facturas. Los principios de higiene, seguridad industrial y lógica indican que se debía capacitar en su manejo, claro está que para ello era necesario conocer el diseño de los puestos de trabajo con sus posibles peligros (detección de riesgos) para poder, entonces, proyectar las acciones preventivas de seguridad.

Huelga señalar que es prioritario instruir convenientemente a las/os trabajadoras/res en todos cada uno de los cometidos y situaciones de riesgo ante los que se puede encontrar. Uno de ello, como lo demuestran los hechos que nos ocupan, es la manipulación de bandejas de gran porte y peso. Es que los trabajos manejando cargas y/o en posiciones forzadas exigen acciones preventivas para mejorar la seguridad y, reitero, estas no se efectuaron.

En este contexto es inaudible pretender que el nexo causal es inexistente; justamente el grave incumplimiento contractual reseñado permite vincular directamente al daño con la omisión e indirectamente con el factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

Las razones dadas demuestran que la crítica de la aseguradora carece de fundamento válido alguno que autorice la revisión del fallo.

Por ello, propongo el rechazo del agravio y la consecuente confirmación del fallo en orden a la condena a M. SA.

El segundo agravio (denominado cuarto por el recurrente) se refiere a los montos de condena y adelanto que adhiero a las razones esgrimidas por el primer votante para revisar los montos concedidos.

En tal orden de ideas, destaco que en innumerables ocasiones señalamos que la sujeción a pautas de cálculo rígidas (verbigracia, el uso de fórmulas matemáticas) puede comportar el desprecio a la realidad de cada caso. También sostuvimos que estas pautas de cálculo no tienen por qué atar a la magistratura, sino que simplemente deben comportar una primera aproximación, un umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, op. cit., t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504).

En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa.

En ese marco, advierto que la estimación efectuada por la propia actora al promover la demanda constituye una pauta relevante que no puede ser dejada de lado cuando no se ha demostrado una variación sustancial de los perjuicios sufridos con sustento en las pruebas rendidas. No soslayo que la pericial médica rendida en autos ha determinado una incapacidad mayor a la fijada en la sede administrativa, pero valoro también la conducta de la actora que rechazó la realización de una cirugía, como lo señala la propia jueza –punto 5, fs. 528 vta.- y resulta de las constancias de la causa,

especialmente de la pericial médica –fs. 395/396-. Por supuesto se trata de una conducta autorreferente y consecuentemente no era dable exigirle el sometimiento a dicho tratamiento, pero la negativa no puede ser desdeñada al estimar y cuantificación de los daños.

A tales consideraciones aduno la claridad con que la propia actora cuantificó los daños al concluir sobre el reclamo –fs. 89 vta., último párrafo-, en función de los parámetros allí indicados.

Todos estos extremos demuestran que la procedencia parcial del recurso y mi consecuente adhesión a la determinación del daño material en la suma propuesta por el colega preopinante.

La determinación del daño moral en un porcentaje del daño material constituye una metodología equivocada, como bien lo ha señalado el colega preopinante, con base en fundamentos que comparto. En definitiva, implica desconocer el carácter autónomo del perjuicio.

Sin dejar de reconocer -una vez más la dificultad que presenta el tópico- es necesario remarcar que en autos se ha acreditado la entidad de la lesión a la integridad física; los dolores que produce, las molestias todos extremos que generan aflicción, angustia, tristeza.

Con base en esta estimación y teniendo en cuenta los precedentes de esta Sala en casos similares, entiendo que el monto indemnizatorio por el daño moral debe ser fijado en la suma propuesta por quien me ha precedido en la votación. Esto es, la suma de pesos quince mil.

En definitiva, la demanda prospera por la suma de pesos setenta y cinco mil con más los intereses fijados

en la instancia de grado que no han sido motivo de agravio.

3. Costas y honorarios.

La solución propuesta carece de entidad para provocar una modificación ora en la imposición de costas ora en los honorarios que han sido fijados en porcentuales.

Las costas de esta instancia, atento al resultado obtenido y la naturaleza del proceso, se imponen a la demanda vencida en lo sustancial.

Los honorarios por la labor en esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la Ley XIII, nro. 4 y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto se regulan los correspondientes al Dr. A. E. G., en el 30% de los que le correspondan en la instancia; los de los Dres. N. A. C., P. D. P. y C. M. Z., se fijan en conjuntamente, en el 25% calculado sobre los determinados en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

Adhiero al pronunciamiento propuesto por el colega preopinante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 535.

2) Revocar, parcialmente, el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 521/531 y su aclaratoria obrante a fs. 538/539,

únicamente en cuanto al monto de condena, el que se fija en la suma de pesos setenta y cinco mil ($75.000).

3) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

4) Confirmar los porcentuales de la regulación de honorarios de primera instancia y regular los de esta instancia al Dr. A. E. G. en el treinta por ciento (30%) y los de los Dres. N. A. C., P. D. P. y C. M. Z., conjuntamente, en el veinticinco (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado. En todos los casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

5) Tener presente el mantenimiento del caso federal efectuado por M. ART SA a fs. 560.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"