En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de diciembre del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P., A. D. c/ I. ART S.A. s/ ACCIDENTE" (Expte. Nº 258 Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. Nº 15/2010), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia dictada a fs. 254/266?; **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 287.

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

1.

La sentencia de primera instancia, previa declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1,21, 22 y 46 ap. "1" de la Ley 24.557, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a I. A.R.T S.A. a abonar al actor D. A. P. dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de pesos sesenta y un mil setecientos setenta y siete con cincuenta y dos centavos ($61.777,52) con más los intereses que determina. Integró la condena con la obligación para la ART de suministrar el tratamiento psicoterapéutico y eventualmente farmacológico, indicado por la perito psicóloga. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales de letrados y peritos que intervinieron en la causa.

Para así decidir, y con argumentos que llegan firmes a esta instancia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la LRT (arts. 1, 21,22 y 46 ap. 1) y asumió la competencia para conocer en el conflicto entre las partes

y generado en la aplicación de las normas de la LRT, vinculadas con el otorgamiento de las prestaciones reclamadas y decidió que resultaba revisable el Dictamen emitido por la Comisión Médica.

Tuvo por cierto que D. A. P. sufrió un accidente de trabajo el día 03/04/07 y que la ART cumplió con las prestaciones dinerarias por su incapacidad laboral temporaria y por incapacidad laboral permanente (art 13, 14 LRT) más la recalificación del trabajador damnificado (art. 1 2 c LRT).

Con base en la pericial médica cumplida y no observada por las partes, resolvió que la incapacidad que presenta el actor como consecuencia del accidente es del 21,84 % y efectuó el cálculo de la indemnización en pago único, resultando del mismo, la suma de $ 73.691,52. Dispuso que a esa suma debe restarse la percibida por el trabajador, la que, conforme constancias de autos, fue de $ 31.914, declarando en definitiva procedente la prestación dineraria por incapacidad permanente parcial por $ 41.777, 52, con más los intereses devengados desde el momento de la consolidación jurídica del daño (3 de mayo de 2008) hasta la fecha del efectivo pago.

Dijo también que se acreditó con la pericial psicológica la necesidad de tratamiento psicoterapéutico y eventualmente psicofarmacológico y en consecuencia deberá la ART suministrarlo con fundamento en el art. 20.1 a de la LRT.

Luego se expidió respecto de la responsabilidad civil de la ART como sujeto pasivo de la obligación de brindar atención médica. Lo hizo con base en el art. 1074 del CC para lo cual analizó la prueba reunida, concluyendo que existió un deficiente cumplimiento de parte de la ART accionada a sus obligaciones legales en tanto está acreditada la denegación de asistencia médica, pues la misma no fue eficiente, integral ni oportuna, siendo la responsabilidad de la ART contractual y directa con relación a la empresa asegurada y contratante. Señala luego que el actor accionó en los términos de la LRT, por lo que ello obsta al pronunciamiento de una condena que

respondiera a una fuente legal. Con esta perspectiva desestima la legitimación de P. para reclamar el cobro de los gastos que afrontó su Obra Social (intervención quirúrgica); no admite el reclamo del pago de las sumas que la empresa de estibajes le abonó voluntariamente al actor y señala que es la empleadora quien está legitimada para accionar por incumplimiento contra la ART.

En cuanto al daño moral reclamado, lo admite por tener acreditada que la omisión culposa en la atención médica afectó los legítimos sentimientos del actor. Alude para ello al cuadro descripto en el informe de la perito psicóloga forense de fs. 195/201, agravado por la deficiente atención de la ART, demoras administrativas en autorizar las prácticas médicas y la intervención quirúrgica, en suma dice, a la falta de oportuna e integral prestación médico asistencial. Reconoce en concepto de daño moral la suma de $ 20.000, con intereses desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago.

La sentencia fue apelada por el actor a fs. 269 y por la demandada a fs.270.

Los agravios de la demandada se agregan a fs.273/274 vta. y su contestación a fs. 276/ 280.

A fs. 281 se tuvo por desierto el recurso de apelación de la actora.

2. <u>Los agravios de I. ART S.A.</u>

La apelación de la parte individualiza tres agravios.

a) El primero lo funda en la falta de aplicación del tope indemnizatorio previsto por ley para la liquidación de la prestación dineraria por incapacidad laboral parcial permanente.

Indica que el accidente de trabajo ocurrió el día 3 de abril de 2007 y que en ese tiempo se encontraba vigente el tope indemnizatorio previsto por el art.14. 2.a) último párrafo; que en la sentencia de primera instancia se omitió aplicar el tope legal, el que no fue considerado en el cálculo, sin

expedirse sobre su inconstitucionalidad, lo que por otro lado no le fue requerido seriamente por la actora. Sobre la base del efectuado en la sentencia y descontando las sumas percibidas dice que la suma que resulta es de $ 7.398.

b) En el segundo agravio expone su crítica al daño moral reconocido en la sentencia. Para ello dice que el reclamo de la actora tuvo como fundamento el sistema de riesgos de trabajo establecido por la ley 24.557, que al tiempo del accidente no indemnizaba daños extrapatrimoniales, por lo que el rubro era improcedente desde el inicio del proceso.

Agrega que tampoco es procedente el fundamento en los arts. 901 y 1074 del CC en un proceso donde se reclaman prestaciones de la LRT; que no es adecuado probar con testigos el alegado abandono del paciente o abandono del coste del tratamiento; que en el informe de la Comisión Médica no surge recomendación de la intervención quirúrgica del actor y que tampoco lo refiere la pericia y que no hay prueba sensata del abandono aducido.

Por otro lado, impugna el monto de $ 20.000 reconocido. Argumenta para ello que desconoce qué parámetros se tuvieron en cuenta; que se trataría de reparar los padecimientos sufridos por la falta de adecuado tratamiento (omisión ART) y no por las lesiones efectivamente sufridas; que la indemnización es alta en comparación al daño patrimonial admitido y con precedentes de esta Cámara que cita, solicitando en definitiva que se corrijan los parámetros utilizados por el aquo, morigerándolos a su debida dimensión.

c) En el tercer agravio, dice que las costas deben distribuirse entre las partes en mérito a los vencimientos mutuos y no la totalidad de ellas a la ART.

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

3.1) <u>El tope indemnizatorio de la LRT</u>.

a) Ha llegado firme a esta instancia la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 21,22 y 46 ap 1 de la ley 24.557 como también la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el Sr. D. A. P. el día 3 de abril de 2007 prestando tareas como estibador para P. E. S.A. como reconocida la existencia de contrato de aseguramiento entre la empleadora e I. ART S.A. .

También ha ganado firmeza, las conclusiones de la señora Magistrada que, con apoyo en la prueba pericial médica, otorgaron al Sr. P. una incapacidad laboral parcial permanente del 21,84 % TO y que la ART abonó en los términos del art. 14 inc. 2 a) de la LRT, la suma de $ 31.914 por una IDP del 17,73 %.

La queja se circunscribe a que no ha sido respetado el tope previsto por el art. 14 inc.2 ap a) de la LRT.

El mismo -con la modificación que introdujo el Dec.Ley N° 1278/00- dice en lo pertinente que " *a) Cuando el porcentaje de incapacidad sea igual o inferior al 50 %, una indemnización de pago único, cuya cuantía será igual a 53 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por el porcentaje de incapacidad y por un coeficiente que resultara de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante. Esta suma en ningún caso será superior a la cantidad que resulte de multiplicar PESOS CIENTO OCHENTA MIL ($ 180.000) por el porcentaje de incapacidad*".

Esta norma, resultó una actualización del mismo régimen vigente, cuyas prestaciones dinerarias se reconocían insuficientes en los fundamentos del decreto. Allí se dijo, luego de señalar los beneficios que la adopción del sistema de prevención y reparación de los riesgos de trabajo, *"Que los distintos actores sociales involucrados en el funcionamiento del sistema se han manifestado a favor del incremento de las prestaciones dinerarias, incluyéndose entre ellas la percepción de una suma adicional de pago único e inmediato a favor del trabajador damnificado y sus derechohabientes." …Que cabe atender dicho reclamo en razón de que uno de los propósitos del sistema creado mediante la Ley*

Nº 24.557, ha sido el de evaluar, periódicamente, la posibilidad de mejorar, en cantidad y calidad, las prestaciones que recibe el trabajador damnificado y, en su caso, sus derechohabientes".

De modo tal que las disposiciones del referido decreto, solo determinaron el mejoramiento de las prestaciones económicas ante el reconocimiento por parte del Estado, de la insuficiencia el sistema reparatorio, conforme las facultades previstas por el art. 11 inc. 3ero de la LRT.

Con posterioridad al Dec. 1278/00, se dictó el Dec. 1694/2009 que en sus considerandos dejó establecido que la modificación parcial generada por el primero, no fue suficiente para otorgar a ese cuerpo legal un estándar equitativo, jurídico, constitucional y operativamente sostenible, por lo cual y en aras de mejorar las prestaciones dinerarias, elimina los topes indemnizatorios para todos los casos y fijando un piso, por debajo de los cuales no se reconocerá válidamente el monto indemnizatorio.

Es de toda claridad que el decreto 1694/09 establece considerables mejoras en las prestaciones y conforme el art. 16 sus disposiciones entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la Ley 24.557 y sus modificaciones cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha.

En el caso, se encuentra fuera de debate que la primera manifestación invalidante del actor se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto 1649/09, por lo que vedado estaba aplicar los beneficios del citado decreto al caso de autos, circunstancia que se infiere del fallo en crisis, cuando luego del cálculo indemnizatorio (y cuya base llega firme a esta Alzada) la señora jueza de grado, no aplica el tope estipulado en el Dec. 1278/00.

Diré también, que la parte actora aludió en su presentación que el tope referenciado era inconstitucional con argumentos genéricos (arbitrario, antojadizo, discriminatorio) estableciendo de tal modo un juicio valorativo

en contra del mismo. Cuales fueran sus argumentos, lo cierto es que la magistrada de grado no se expidió en concreto sobre la referida inconstitucionalidad planteada y vedado le está a esta Cámara ingresar en su tratamiento a mérito del art. 281 del CPCC.

Avanzando sobre el agravio de la parte, recordaré que la CSJN siguiendo el dictamen de la Procuradora, no admitió la aplicación de las mejoras en las prestaciones dinerarias establecidas en la misma LRT frente a la insuficiencia de aquellas prestaciones determinadas en la ley originaria. Allí se dijo: *"El fallo judicial que impone el pago de una indemnización por un infortunio laboral, sólo declara la existencia del derecho que lo funda, que, es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito, que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico; sostener lo contrario, conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada.* (Del dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la CSJN en autos "Lucca de Hoz, Mirta Liliana vs. Taddei, Eduardo y otro s. Accidente " Corte Suprema de Justicia de la Nación; 17-08-2010; Rubinzal on line; RC J 13493/10).

Luego de lo expuesto y conforme el criterio que viene sustentado esta Cámara en anteriores pronunciamientos ("C., G. A. B. C/ PROVINCIA ART S.A. S / Accidente" Expte. N° 207/12 SDL N° 71/12;"M., A. M. C/ M. A. ART S.A.

S/ Accidente" Expte.N°159/12 SDL N° 64/12; "F., E. R. C/ C. ART S.A. S/ Accidente" Expte.N°4/13 SDL N°21/13), corresponde aplicar a la determinación de la prestación dineraria establecida en la sentencia de

grado, el tope previsto en el art. 14 2 a) de la Ley 24.557 (según decreto 1278/00) vigente al tiempo de la primera manifestación invalidante.

Por lo expuesto, propondré al Acuerdo la revocación parcial del fallo, admitiendo como suma de condena la que deriva de aplicar al cálculo que determina la Magistrada de $ 73.691,52, el tope previsto en el art. 6 2. a). De ello resulta la suma de $ 39.312,00 (treinta y nueve mil trescientos doce). Descontada la sumas ya percibidas en septiembre de 2008 ($ 31.914), las prestaciones dinerarias debidas ascienden a $ 7.398 sobre la que deberán aplicarse los intereses que, en cuanto período que abarca y tasa allí determinados, llegan firmes a esta Alzada.

3.2)

El segundo agravio cuestiona la admisión del daño moral.

a) El fundamento legal escogido por el trabajador para efectuar su reclamo, ha sido el marco sistémico previsto por la Ley 24.557.

La parte actora en el punto VI.C (fs. 78/79), luego de conceptualizar al daño moral y los presupuestos para su admisión, lo reclama con el siguiente argumento *"…En virtud de los daños padecidos por el aquí reclamante, que fueran reseñados rápidamente en los hechos y a los cuales me remito…"*, cuantificando el rubro en la suma de $ 20.000.

De la lectura de aquellos hechos, surge a mi criterio con toda evidencia, un relato desordenado en el que se confunden los fundamentos para la incapacidad física sobreviniente, los que refieren al daño psicológico sufrido y aquellos que parecieran darían sustento al daño moral. En ese relato enmarañado describe tanto las dificultades que han repercutido en su vida de relación, severas angustias y estrés por lo que potencialmente le podría suceder, injustificada perturbación al equilibrio emocional, entre otras que dice han sido desencadenadas por la incapacidad laboral, pero por sobre todo por la irreversibilidad del daño ocasionado, " *con más la*

certeza de que la ART ha hecho actos de abandono al no brindármelas prestaciones médicas que la lesión del accidente requería, debiendo atenderme con posterioridad con la Obra Social…."

Podría decirse entonces que dos fundamentos coexisten para justificar el daño moral, el derivado del infortunio en sí mismo y aquel que tendría origen en el incumplimiento contractual de la ART.

b) En la sentencia de grado, la magistrada ha dicho *"Corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral pues es indiscutible que la omisión culposa en la atención médica debida afectó los legítimos sentimientos del Señor P. Los padecimientos sufridos por el trabajador, dadas las características del evento y específicamente la pérdida de tranquilidad y seguridad, la angustia por el accidente de lo que da cuenta la Perito Psicóloga en su informe emitido a fs.195/201 fue agravada por la deficiente atención de la ART accionada, las demoras administrativas en autorizar las prácticas médicas y la intervención quirúrgica (fs.174/176), en suma la falta de la oportuna e integral prestación médica asistencial. Es por ello, razones de estricta justicia conducen a declarar a favor del Señor P. en concepto de Daño moral la suma de $20.000. Sobre esta suma se liquidarán intereses conforme la tasa activa utilizada por el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales computados a partir de la fecha del accidente 3/04/2007 hasta su total y efectiva cancelación (Art .622 del Código Civil).*"

De modo tal que no acierta el apelante cuando dice que, en la sentencia, se fundó su procedencia en los art. 901 y 1074 del CC., y es claro que la LRT vigente al tiempo del accidente de marras, excluía el resarcimiento por daño moral derivado del infortunio. Como ninguna referencia efectuó la magistrada en tal sentido, el agravio es inconsistente en el punto.

c) Desde la perspectiva del incumplimiento contractual de la ART (más allá que el beneficiario de las prestaciones sea el trabajador, las obligaciones emergentes de la LRT tienen por causa fuente el contrato de seguro), las

consecuencias dañosas, se rigen por el derecho común (arg. arts. 519 a 522 del Cód. Civil).

La sentencia de grado tuvo por acreditado el deficiente cumplimiento por parte de la ART de sus obligaciones legales, dijo que hubo denegación de asistencia médica pues la misma no fue eficiente, integral ni oportuna y que tal omisión culposa afectó los legítimos sentimientos del actor, aludiendo en concreto a las demoras administrativas en autorizar las prácticas médicas y la intervención quirúrgica.

El daño moral ha sido definido como aquel perjuicio que se manifiesta a través de los padecimientos, molestias y angustian que lesionan las afecciones legítimas de la víctima, lo que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial del damnificado.

Su resarcimiento en materia de incumplimiento de contratos, es de interpretación restrictiva y limitativa y no basta con la sola invocación para su procedencia, sino que aquel que lo alega tiene a su exclusivo cargo la prueba concreta de su existencia y la relación directa de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 520 CC, el daño moral debe ser "consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación".

Es decir que sólo son indemnizables los daños que el incumplimiento provoca "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901), pero no los que sean consecuencia mediata. La condena a la reparación del daño moral ocasionado en razón del incumplimiento contractual es facultativa del juez, según las circunstancias del caso y a diferencia de lo que ocurre en materia de actos y hechos ilícitos (art. 1078), se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse, con aquellos

padecidos como consecuencia del accidente de trabajo, que -como ya he señalado-, quedan fuera de la responsabilidad sistémica.

De modo tal que no basta, con demostrar la existencia de los incumplimientos contractuales para tener por acreditado el daño moral, sino que resulta necesario acreditar, los perjuicios a su capacidad subjetiva entendiendo en ella la afectación a su esfera afectiva, intelectual o volitiva. El daño jurídicamente relevante, importa la verificación de un daño efectivo y real, vinculado causalmente con los referidos incumplimientos.

Si bien el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba, no puedo acompañar a la magistrada de grado en el punto recurrido.

Como ya apunté, no es válido argumentar que la omisión culposa de la ART afectó los legítimos sentimientos del actor, pues la indemnización del perjuicio no deviene automáticamente al incumplimiento.

Leídas las declaraciones de los testigos propuestos por la parte (H., F. y G.), las mismas no aportan -a mi criterio- elementos de convicción destinados a justificar el reclamo. Aun cuando se refieran a los incumplimientos, no es dable inferir de ellos las consecuencias disvaliosas en el actor. Véase que asumen la negativa a la intervención quirúrgica o la indicación- como único tratamiento- del kinésico, sin más respaldo que una opinión personal sin contar con los conocimientos técnicos que habilitarían a tales aseveraciones en cuanto a su necesidad y por ende, con aptitud para una repercusión generadora del menoscabo en el ámbito extrapatrimonial.

Por su lado, de la pericial sicológica de fs. 195/199 no puede desprenderse incidencia alguna de la conducta omisiva de la ART, en el cuadro que descripto.

En definitiva, el reconocimiento del daño moral con base en los incumplimientos contractuales, no tiene en autos sustento fáctico que admita su recepción, pues no ha logrado probar la parte actora que

aquéllos, importaron un detrimento o afectación seria a su equilibrio existencial (arts. 522, 901 del CC y art. 381 del CPCC).

Por lo expuesto, propondré al Acuerdo la admisión de la queja y consecuentemente la revocación de la sentencia de la sentencia en el punto cuestionado.

c) Cuestiona luego, por desmedido, el monto otorgado para el daño moral con base en la ausencia de parámetros para determinarlo, en la desproporción con las prestaciones dinerarias reconocidas y los precedentes de esta Cámara.

Conforme me he expedido por desestimar el daño moral reclamado, el agravio en tratamiento devino en abstracto.

3.3)

En el tercer agravio, se queja el apelante de la imposición de las costas a su parte, cuando al existir vencimientos mutuos debieron distribuirse proporcionalmente.

Se queja la demandada en cuanto a la imposición total de las costas, con el argumento que no ha sido condenada por la totalidad de los rubros demandados.

En la sentencia, el fundamento para la imposición de las costas ha sido el principio objetivo de la derrota (art 57 de la Ley XIV N°1).

En materia laboral, las normas procesales sobre costas deben interpretarse conforme a los principios esenciales del derecho del trabajo y en especial el protectorio del trabajador, de modo que si el trabajador se vio en la obligación de litigar para que se le reconozcan sus derechos, aunque la condena no alcance totalmente la suma pretendida, no por ello pierde el demandado su carácter de vencido y por lo tanto queda obligado a cargar con las costas, pues debe soportar las erogaciones que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho. *"Las costas del*

proceso deben imponerse al demandado perdidoso, ya que el hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro alguno porque el monto de condena sea inferior al reclamado en el escrito inicial, dado que la imposición de costas judiciales no constituye una cuestión matemática, sino que obedece a factores o elementos de juicio flexibles, en donde la apreciación judicial juega un rol preponderante." (Benítez, Verónica Marcela vs. Avanzada en Odontología S.R.L. y otro s. Despido. CNA Trabajo Sala VII; 13-07-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CN Trab.; RC J 11593/07).

En autos la demandada ofreció resistencia en el pleito, solicitando el rechazo de la demanda con costas y la sentencia de grado, no le otorgó el reconocimiento en la cuestión esencial debatida.

Tengo en cuenta que el hecho mismo del accidente no ha sido objeto de controversia y que las prestaciones originadas en incapacidades de origen laboral han de ser integrales, careciendo de razonabilidad hacer recaer en el accidentado el pago -aunque sea parcial- de los gastos provocados por el hecho dañoso y la consecuente necesidad de litigar para obtener su resarcimiento. "*Aunque no se haya declarado la procedencia de todos los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda, ello no obsta a que las costas de primera instancia se impongan a la accionada. Ello, toda vez que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, ya que aunque la suma reclamada no fuera acogida en su totalidad, la litis resultó igualmente necesaria para el progreso de la acción y las indemnizaciones que correspondiere otorgar.*" (Gorocito, Jorge Marcelo vs. Alderete, Javier Ignacio s. Daños y perjuicios. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 1ª Nominación, Santiago del Estero, Santiago del Estero; 30-04-2010; Rubinzal on line; RC J 14921/10)

Por ello, propondré al Acuerdo la desestimación del agravio.

3.4) Finalizo el tratamiento de los agravios, admitiendo parcialmente la procedencia de los mismos y consecuentemente, deberá modificarse la sentencia en cuanto al monto reconocido por prestación dineraria derivada del accidente de trabajo, desestimándose por otro lado la indemnización reconocida por daño moral.

4.

Las costas:

a) Las costas de la primera instancia:

El art. 282 del CPCC establece que la modificación de la sentencia conlleva la readecuación de costas y honorarios.

Desde esa perspectiva, lo aquí resuelto y en base a los argumentos sostenidos al tratar el tercer agravio, no altera el carácter de vencido de la demandada (art 69 del CPCC).

En cuanto a los honorarios regulados en la instancia de grado, no existe mérito para apartarme de los porcentajes allí establecidos, que se ajustarán al monto de condena que resulte en definitiva, con más el IVA y sin perjuicio de los mínimos legales si así correspondiera. (arts. 5, 6, 6bis, 7, 8, 38 y 60 de la ley arancelaria)

b) Las costas en la Alzada se imponen a la actora vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). Los honorarios, conforme mérito y éxito obtenido y sobre los que se determinen en la instancia de grado, se establecen para del Ab. D. G. L. el 30% y los del Ab. B. M. en el 27 % (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión, por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que los antecedentes de autos han sido expresados por la Dra. de Villafañe, razón por la cual a ellos me remito. Ingresaré directamente en el análisis de los agravios, siguiendo el orden metodológico propuesto por la Sra. Camarista de primer voto.

2.

Se agravia el demandado por considerar que la sentencia anterior omitió aplicar el tope legal dispuesto por el art. 14.2. a) último párrafo de la ley 24.557, el que fue dejado sin efecto dos años más tarde, mediante el Decreto 1694/09, y fue la norma que finalmente el pronunciamiento aplicó. Señala al respecto que tampoco se expidió sobre su inconstitucionalidad.

Debo comenzar señalando que el decisorio en análisis no ha sido explícito en cuanto a las razones que tuvo para aplicar el Decreto 1694/09, y de esa manera soslayar el tope indemnizatorio.

Por lo pronto, ha llegado firme a esta Instancia que el accidente se produjo el 04.09.2007.

Continuaré refiriendo que el Decreto 1694/09, dictado en 05.11.09, entró en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial (cfr. art. 16 del Dec. Citado), es decir, con fecha posterior al del accidente (03.04.2007).

En tal sentido, señalan Ripert y Boulanger que "la adquisición y la extinción de derechos no pueden, siendo hechos pasados, caer bajo la aplicación de la ley nueva. Es la ley contemporánea a esta adquisición o a esta extinción la que determina la validez y las modalidades. La seguridad del comercio jurídico impone esta solución" (Tratado de Derecho Civil, ed. "LX.", T. I, n* 287, en Llambías, Jorge J, “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, T° I, Ed. Perrot, p. 144 y ss, nota al pie).

Es decir, atento la naturaleza de la obligación en análisis, no es dable aplicar a la relación jurídica una ley posterior a la constitución del crédito, porque si se lo hiciera se incurriría en retroactividad, en clara violación a lo

normado en el art. 3°, Cód. Civil y el tiempo, que en todo caso "consumió" el curso del proceso, no afectó el crédito – que ya había nacido -, sino su ejecución.

De suerte tal que, en esta línea de ideas, no caben dudas en cuanto a que es de aplicación entonces, por ser el vigente al momento del nacimiento del crédito, el Decreto 1278/00, que establecía los topes indemnizatorios, y a los que el decisorio debió remitirse y aplicar.

El decisorio, como quedara señalado, no sólo no hizo referencia alguna a las razones que lo motivaron a la liberación de los "topes", sino que soslayó también lo normado en el mismo Decreto 1694/09, en el sentido que es de aplicación a las contingencias previstas por la ley 24.557 y sus modificaciones, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de su entrada en vigencia.

La actora, por su parte, sólo hizo una dogmática apreciación sobre la inconstitucionalidad del tope, al tiempo que el decisorio anterior no trató la cuestión y cierto es que el límite del agravio impide expedirse sobre esa cuestión (art. 280, del CPCC). El principio de retroactividad, (art. 18, CN), el de igualdad ante la ley (art. 16) y el de propiedad (art. 17, CN) de rango constitucional me persuaden que no hay garantías constitucionales afectadas que habiliten el tratamiento de la cuestión de oficio.

Por tales razones, debe reducirse la condena, haciéndose aplicación del art. 14.2. a) y descontarse las sumas percibidas por el actor, fijándose su monto en la suma de $ 7.398, como lo hace la Sra. Vocal de voto anterior. A ello deberán aplicarse intereses en la tasa y cómputos fijados en la Instancia anterior. Esta porción del agravio es procedente y el fallo anterior debe ser revocado en tal aspecto.

3.

Se agravia la demandada por la procedencia del daño moral dispuesta en el decisorio de autos.

Señala que la pieza decisoria fundó su admisibilidad en los arts. 901 y 1074, Cód. Civil, normas legales ajenas a la discusión de autos, toda vez que resulta de aplicación la ley 24.557.

También refiere la queja, por un lado, que la prueba obrante en autos no es suficiente para acreditar el invocado abandono del paciente actor, mientras que por el otro, afirma que el daño moral es un rubro que no forma parte del sistema protectorio de riesgos del trabajo.

Me adelanto a señalar que, en este agravio, le asiste parcialmente razón al apelante.

Es cierto que el sistema tarifado implementado por la ley de riesgos del trabajo no contempla el daño moral, pero no es menos cierto que no escapa -como toda obligación que emana de fuente contractual- a las consecuencias propias del régimen del art. 522, Cód. Civil. Esta norma faculta al juez a condenar al responsable a la reparación de dicho agravio, atendiendo la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.

El decisorio de autos consideró que era "indiscutible" que la omisión culposa en la atención médica debida afectó los legítimos sentimientos del actor. Tuvo particularmente en cuenta las características del evento, la pérdida de tranquilidad y seguridad, la angustia por el accidente, agravada por la deficiente atención de la aseguradora, las demoras administrativas y la intervención quirúrgica, es decir, la falta de una correcta prestación médica asistencial.

En relación con ello, debo comenzar señalando que la equiparación de la concesión de resarcimientos por daño moral entre las dos esferas de la responsabilidad (contractual y extracontractual) no es acertada, y, a tenor

de las expresiones sentenciales pareciera ser que no se ha hecho distingo entre ellas.

El daño moral que deriva de un incumplimiento contractual, por principio general, es una facultad que la norma le otorga al Juez, la que, lógicamente no puede ser ejercida discrecionalmente, sino de acuerdo a lo que precisamente surge de la última parte del texto: "según las circunstancias del caso".

En su demanda, el actor reclamó el rubro trayendo a colación doctrina que a su entender era aplicable al caso. En ella, hizo mención a las circunstancias del caso de "naturaleza objetiva" (el hecho u omisión lesiva y sus consecuencias) y las de "naturaleza subjetiva" (las condiciones personales de la víctima).

En tal sentido, reseñó en su libelo de demanda que "como consecuencia directa del accidente" se encuentra atravesando un período de depresión y angustia, detallando el modo en que lo afectó tanto en su vida de relación como en sus actividades físicas.

Por otro lado, hizo mención a la reticencia, omisiones y dilaciones de la aseguradora en la debida atención médica.

Es doctrina legal del Superior Tribunal provincial la que edicta que, cuando se dirige una demanda judicial directa contra la aseguradora de riesgos del trabajo en base a la normativa civil, sin co-demandar al empleador, debe tenerse presente que la parte actora no tendrá que plantear la inconstitucionalidad del art. 39, LRT, ya que la acción civil está vedada sólo contra el empleador, por lo que puede accionarse directamente contra la ART sin argüirse planteo de inconstitucionalidad alguno (cfr. STJCh, 31/SRE/2013, 09.102013). Esta doctrina es posterior a lo dicho por el suscripto en esta materia (SDL 64/13, del 04.09.2013), dejando a salvo mi opinión al respecto (arg. art. 291, inc. a), del CPCC).

A los fines del resarcimiento del daño moral de naturaleza contractual, es dable señalar que no deben ser tenidos en cuenta los padecimientos que fueran consecuencia directa del accidente, pues, como bien señala el apelante, la ley de riesgos del trabajo no contempla resarcimientos derivados de esa parcela del daño.

La aseguradora es responsable en la medida de su aseguramiento, y debe responder hasta cubrir el importe que indique la tarifa impuesta por el régimen especial de la ley 24.557 (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Calderón de Loiza, Norma Isabel c. Eternit Argentina S.A. y otro", 18/07/2007, La Ley Online, AR/JUR/15136/2007).

Por lo señalado antes, es que afirmé que en este aspecto el apelante tenía razón.

Sin embargo, no comparto con el recurrente que el daño en tratamiento nunca sea susceptible de reparación, pues, tal como lo he adelantado, su régimen no escapa a la aplicabilidad del art. 522, Cód. Civil.

Claro está que, para que ello suceda, es menester que sea consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento culposo de la obligación asumida. Es decir, como el daño moral en la parcela de la responsabilidad contractual no se presume, el actor se ve precisado de probar que a causa (es decir, en relación de causalidad adecuada) de las reticencias, omisiones, dilaciones y retardos imputables, de la aseguradora en la debida atención médica, se derivó el daño cuya indemnización reclama.

A esa premisa, debe sumarse otra no menos relevante: en materia contractual el daño moral debe ponderarse con criterio restrictivo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 16.02.2005. LL 2005-B, 754, entre otros).

Veamos qué prueba aportó el actor en el sentido indicado.

En el caso de autos, se rindió prueba testimonial.

H. (fs. 161/162) señaló que a su entender la aseguradora “se portó mal” porque no le prestó la atención que debía prestarle, afirmación que conlleva una apreciación subjetiva del testigo insusceptible de acreditar un hecho. A ello, debe adunarse que no dio cuenta del efecto que en la esfera extrapatrimonial produjo la conducta de los responsables de la aseguradora. Por lo demás, el testigo no dio razón del dicho cuando afirma que el médico recomendó una cirugía que la aseguradora negó practicar, ya que se trata de un hecho puntual del que no es ordinario enterarse por la sola circunstancia de haber sido delegado gremial y haber “andado siempre con el accidentado”.

F. (fs. 163/164) hace referencia a las dilaciones de la aseguradora para resolver el problema del actor, a que la aseguradora quería resolver su lesión a base de tratamiento kinésico, a la complejidad de la situación del actor por el tiempo que “a su entender” tardó en curarse y la incidencia sobre su situación económica, la que obligó a la realización de préstamos de dinero por parte de sus compañeros.

En este caso, el testigo también echó mano a pareceres u opiniones personales que, a mi juicio, ningún valor probatorio encierran. Máxime que el testigo no refiere, entre sus condiciones personales, la de ser un profesional médico, habilitado para valorar los efectos propios de la metodología de la terapia propuesta o de un tratamiento tardío.

Garachico (fs. 165/166) afirmó que la aseguradora abandonó al actor, pese a los reclamos de la empresa, agregando que el tratamiento kinésico al que fue sometido era sólo un “paliativo mínimo”, pese a los reclamos del actor y el consejo del profesional médico. Evidentemente, los dichos de la testigo en este sentido no escapan a lo dicho respecto del de fs. 163/164, en cuanto a la irrelevancia de su respuesta a tenor de no tratarse de una profesional médica, habilitada para abrir juicio de valor sobre el adecuado tratamiento al que debía ser sometido el actor. Agrega que fue la empresa quien se vio

precisada a ayudarlo económicamente, afirmación que se contradice con lo afirmado por F. (contestación a la 14ª pregunta, fs. 163 vta.), quien aseguró que sus compañeros lo asistían económicamente.

La pericia psicológica de fs. 195/199, si bien da cuenta de su depresión, oscilaciones anímicas, su angustia, sus sentimientos pesimistas con relación al futuro, su tendencia al aislamiento social, inquietud, apatía e irritabilidad, en ningún pasaje destaca que tales factores guarden relación causal con el incumplimiento contractual invocado en la demanda.

En atención a lo expuesto, considero que el decisorio de autos ha confundido, a los fines del otorgamiento de daño moral, las consecuencias derivadas del accidente (que no son materia de análisis, atento la naturaleza del reclamo) con las derivadas del incumplimiento, las que considero no se encuentran acreditadas (arts. 522 y 901, Cód. Civil y art. 381, del CPCC).

Es decir, no se advierte acreditado el daño moral reclamado en conexión causal adecuada con las reticencias, omisiones, dilaciones y retardos imputables de la aseguradora en la debida atención médica, invocados en la demanda. Por ende, soy de la opinión que el agravio debe admitirse, revocando esta parcela del decisorio.

4.

En atención a cómo se resuelve la cuestión anterior, el tratamiento del agravio respecto al *quantum* indemnizatorio por daño moral deviene abstracto.

5.

También se agravia el demandado en materia de costas, señalando que debe aplicarse el principio objetivo de la derrota, y que habiendo reclamado el actor por cinco rubros, sólo logró el éxito en dos de ellos.

Es criterio de esta Cámara (SDC 18/11; SDC 33/11, entre otras) que el principio general establecido en la norma del art. 69 del ritual impone el pago de los gastos de la parte contraria a quien resulte vencido en el juicio.

Esta modalidad es habitualmente conocida como "las costas del juicio se imponen aplicando el criterio objetivo de la derrota".

Tan trascendente es el principio, que para que así ocurra no es necesario que la parte contraria, a quien deberá pagarse, lo solicite. Dicho de otro modo, la imposición de costas al vencido no requerirá de petición de su contraria, esto es, puede ser actuada aun de oficio.

Tratándose de una acción resarcitoria, la mera circunstancia de no haber prosperado íntegramente la pretensión no resulta óbice para eximir a la accionada de la carga de las costas, toda vez que los gastos causídicos conforman un daño que debe ser soportado por el responsable, aunque no procedan todos los conceptos reclamados (cfr. CNCiv, Sala B, 16/02/84).

Lo que ocurre en estos casos es que el criterio se basa en que la condena en costas tiene condición resarcitoria, pues son los gastos necesarios a que se vio obligado el damnificado a satisfacer para obtener el cobro de su crédito, cuando en manos del deudor estaba evitarlo cumpliendo con su obligación en tiempo y forma.

Es necesario evaluar aquí que la demandada asumió en su momento la posición de solicitar -al contestar la demanda- el rechazo liso y llano de la acción, con imposición de costas. Por lo que aun cuando la demanda no ha prosperado lisa y llanamente en plenitud, si la accionada, en su hora, peticionó el rechazo de la demanda, no logrado ello, resulta indudablemente "vencida", debiendo cargar con el peso de las costas.

Tampoco habrán de admitirse argumentos tales como la proporción en que se admitieron unos rubros y se desestimaron otros.

Y ello es así porque la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los

resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte defendida que negó toda reparación -como lo demuestra la necesidad del pleito-, pues aun si el pedido fue exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada los demandados pagado aquello procedente (cfr. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, 30/07/82, LL, 1982-D, 465).

De lo hasta aquí expuesto y analizado, surge a todas luces la justicia de la resolución de la Sra. jueza de grado en este punto y la improcedencia del agravio del demandado. De allí que corresponda confirmar la sentencia en este punto y rechazar el agravio analizado.

De lo expuesto, se puede concluir que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 282, del CPCC, no encuentro mérito para readecuación de costas alguna.

Tampoco encuentro mérito para la readecuación de los honorarios (art. 282, del CPCC).

6.

Coincido con la Sra. Jueza prevotante en que las costas de esta Instancia deben ser impuestas a la actora (art. 69, del CPCC), y que los honorarios de los letrados intervinientes, atento el mérito, extensión de la tarea y resultado obtenido en esta sede deben ser regulados en el modo en que lo practica la Dra. de Villafañe (arts. 5 y 13, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

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

De compartir los Sres. Jueces los argumentos de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs.254/ 266 en lo que ha sido materia de agravio y consecuentemente **MODIFICAR** el punto 2°) del fallo, admitiendo parcialmente la demanda incoada por D. A. P. y condenando a I. A. S.A. a abonar al actor dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de $ 7.398 (Pesos siete mil trescientos noventa y ocho) en concepto de prestaciones dinerarias. Las sumas devengaran los intereses determinados en la sentencia de grado en cuanto período y tasa aplicable.

2) SIN MODIFICAR costas y honorarios establecidos a favor de los letrados y perito interviniente.

3) IMPONIENDO las costas de la segunda instancia a la actora vencida en el recurso (art. 57 de la ley XIV N° 1). **REGULAR** los honorarios del Ab. D. G. L. en el 30 % y los del Ab. B. M. en el 27 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA y perjuicios de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (art 5, 7 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod.)

4) DE FORMA.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI 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 diciembre de 2013.

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

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs.254/ 266 en lo que ha sido materia de agravio y consecuentemente **MODIFICAR** el punto 2°) del fallo, admitiendo parcialmente la demanda incoada por D. A. P. y condenando a I. A. S.A. a abonar al actor dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de $ 7.398 (Pesos siete mil trescientos noventa y ocho) en concepto de prestaciones dinerarias. Las sumas devengaran los intereses determinados en la sentencia de grado en cuanto período y tasa aplicable.

2) SIN MODIFICAR costas y honorarios establecidos a favor de los letrados y perito interviniente.

3) IMPONIENDO las costas de la segunda instancia a la actora vencida en el recurso (art. 57 de la ley XIV N° 1). **REGULAR** los honorarios del Ab. D. G. L. en el 30 % y los del Ab. B. M. en el 27 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA y perjuicios de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (art 5, 7 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod.)

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.