En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: " **O., M. A. c/ D' E., D. C. y otra s/ ACCIDENTE" (Expte. N° 22 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. Nº 302/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 614.

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

1.

La Sra. Jueza de Refuerzo del fuero laboral dictó sentencia a fs. 580/589 haciendo lugar a la demanda entablada por M. A. O. contra C. D. D´. y Q. A. ART S.A., condenando a estos últimos a abonar al primero la suma de $ 145.000, con más intereses.

Para arribar a dicha conclusión tuvo en cuenta, en lo pertinente, que el demandado desconoció el acaecimiento del hecho de autos manifestando que se limitó a radicar la denuncia del mismo ante la ART sólo ante los dichos del actor.

Entendió que la prueba producida fue escasa pero benefició a la parte actora y que el demandado en la absolución de posiciones reconoció el accidente de autos y las circunstancias en que acaeció el mismo y analizó la prueba testimonial rendida en las actuaciones.

Arguyó que el reconocimiento expreso por parte de la demandada y las declaraciones testimoniales le permitieron formar convicción respecto de la

relación de causalidad entre el accidente que padeció el actor y la forma riesgosa en que debió llevar a cabo su tarea laboral.

Concluyó que la coaccionada no acreditó que hubiera tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el daño y que el procedimiento descripto fue riesgoso y apto para provocar el hecho traumático, por lo que el accidente guardó relación de causalidad directa con un factor de imputabilidad atribuible al demandado.

Con referencia a la responsabilidad de la ART, manifestó que la misma basó su defensa en que el demandado no comunicó, en tiempo y forma, el inicio de obra. Consideró que este incumplimiento del empleador no resultó eximente de la responsabilidad de la Aseguradora.

Añadió que la misma ART consideró como obligación propia la efectivización por escrito de esta comunicación, conducta que analizó a la luz de la teoría de los actos propios en virtud de la documental anejada en autos.

Estimó que el incumplimiento imputado al empleador fue motivado por otro previo de la aseguradora a sus obligaciones legales.

Concluyó que en autos no se acreditó la indicación de mecanismos para mejorar las condiciones de trabajo o un concreto plan de mejoramiento de las condiciones de trabajo, por lo que admitió la condena a la aseguradora en forma concurrente.

Impuso costas a los vencidos. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

2.

A fs. 592 la citada en garantía apeló la sentencia, expresando agravios a fs.597/601, los que fueron contestados por la actora a fs. 603/607

3.

Por una cuestión de método, trataré en primer lugar el agravio de la aseguradora de autos, en la que ataca al decisorio de autos por entender que éste, erróneamente, ha tenido por acreditado el hecho de autos, dejando para el análisis de segundo término el referido a la comunicación del inicio de obra.

3.1.

Se agravia la aseguradora de autos por cuanto sostiene que no se ha probado el hecho que motiva estos autos.

Señala que no hubo testigos presenciales del supuesto accidente y que el testigo P. B. manifestó no haber visto el accidente que invoca el actor. En el mismo sentido, sostiene que el capataz R. B. (fs. 419) señaló que el actor no refirió dolor alguno en el momento del hecho, que el testigo L. (fs. 434) tampoco vio el accidente, aclarando que el miércoles anterior había ido a jugar a la pelota y había referido haberse resentido la rodilla.

En definitiva, concluye que la prueba rendida por el actor es inexistente y que el traslado de la hormigonera que habría provocado la lesión del actor debió realizarse con el concurso de varias personas que bien pudieron ser testigos directos del hecho, razón por la cual, careciendo de tal prueba, deduce que el accidente no tuvo lugar en la obra. En tal sentido señala que el decisorio incurrió en prejuzgamiento.

En cuanto a la prueba confesional, sostiene que el eventual reconocimiento del acaecimiento del hecho por parte del demandado D., no puede en modo alguno vincular a su mandante, en los términos del art. 1074, Cód. Civil, con base en una ficción jurídica apenas bilateralmente oponible, sino sólo por la verdad de los hechos, demostrada con la fuerza de convicción de pruebas adecuadas a la rigurosidad de los cánones civilistas.

Sostiene finalmente que el actor no reclama por una reparación de naturaleza protectoria del derecho laboral, sino de las del derecho común y

para ello debió acreditar los presupuestos de la responsabilidad civil, cosa que no hizo.

Pese al esfuerzo del apelante para quitar mérito a la prueba confesional rendida por el codemandado D'., tengo para mí que con sus afirmaciones, en esa ocasión, quedó acreditado no sólo el acaecimiento del hecho sino el nexo de causalidad adecuado con el daño sufrido.

En efecto, al contestar la tercera posición de fs. 409, D. contestó afirmativamente al preguntársele si el accidente se produjo cuando estaba desplazando una máquina hormigonera en obra. Inclusive, añadió a su contestación que él y varios compañeros más estaban desplazando la hormigonera.

Tal afirmación es mucho más que un "eventual" reconocimiento. La confesión importa, precisamente, el principio general de la plena prueba (arg. art. 427, del CPCC) que está definitivamente referido a la confesión expresa.

Al mismo tiempo, se ha señalado que la confesión judicial expresa -prestada con los requisitos pertinentes- se encuentra dotada por disposición legal (art. 427, del CPCC local), de una eficacia probatoria de carácter privilegiado, ya que por sí misma, es suficiente para tener por probados los hechos sobre los cuales recae. Se trata por lo tanto, de una prueba tasada, incluida en las excepciones al principio general consagrado por el art. 390 del Cód citado. Por ello antiguamente se la llamaba: "*probatio probatissima*", "*regina probationum*", "*probatio superlativa*").

Frente a lo expuesto, cabe analizar entonces si la confesión del demandado en cuanto al hecho y su conexión causal adecuada con la lesión del actor, propaga sus efectos a la aseguradora demandada.

Ello, por tratarse de un mismo hecho y con prescindencia del art. 1074, Cód. Civil que el apelante pretende involucrar en este anaquel del agravio.

Digo ello así, pues de lo que se trata es de indagar si el reconocimiento expreso del demandado sobre el hecho y sus consecuencias, perjudica a la aseguradora, que es bien distinto a afirmar, como lo hace el recurrente, que tal reconocimiento no puede vincular a su parte en los términos de la esa norma.

La regla del art. 1074 señala que toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

De tal suerte que, lo que la norma señala es la responsabilidad de quien incurriera en omisión, cuando una ley lo obligara a cumplir el hecho omitido, lo que supone la existencia de un hecho previo que dé causa a la omisión, infringiendo una obligación jurídica de obrar.

Tal hecho, es común a ambas partes, pues, si no existiera un accidente (el que se discute en autos) mal podría estarse debatiendo la existencia o no de responsabilidad.

Si se imputa responsabilidad a la aseguradora por una omisión culposa, es en todo caso, por una conducta que ella no realizó frente al hecho común, es decir, el accidente denunciado por el actor.

Por tal razón, la responsabilidad que emana del art. 1074, Cód. Civil, en todo caso será la consecuencia de un hecho previo y los efectos del reconocimiento de ese hecho es, justamente, lo que se encuentra en juego en esta parcela del agravio.

Siguiendo a C., la cuestión central a tener en cuenta es si se trata de un hecho común a todos los litisconsortes, en cuyo caso, no cabe distinguir la actividad desplegada en el proceso por cada uno de los litisconsortes, sea necesario o voluntario, y en consecuencia la sentencia debe ser única para todos. Diferente es la situación, en la que es posible diferenciar hechos personales de alguno o algunos de los responsables, en cuyo caso la

sentencia debe juzgar conforme la distinta participación de cada litisconsorte voluntario en el evento dañoso (cfr. Falcon, Enrique M – Colerio, Juan P, "Tratado de Derecho procesal Civil y Comercial", T° VIII, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 226).

En el mismo sentido opina Palacio, para quien debe distinguirse según se trate de un solo hecho común a todos los litisconsortes o de hechos personales de cada uno de ellos. Así entonces, si se trata del juzgamiento de hechos comunes a todos los litisconsortes y el resultado al que se arriba torna superflua la consideración de alegaciones o defensas articuladas a título personal, la sentencia debe contener, inevitablemente, un único contenido para la totalidad de las personas que integraron el litsiconsorcio, siendo en este aspecto el litisconsorcio voluntario estrictamente asimilable al necesario. Deducida una defensa o producida una prueba por un litsiconsorte concerniente a un hecho común a los litigantes que integran el litisconsorcio, los efectos de la defensa o de la prueba son extensivos a todos ellos. Concluye Palacio que la vigencia del principio dispositivo no puede llegar al extremo de convalidar la coexistencia, en una misma causa, de normas individuales ostensiblemente contradictorias sobre un mismo hecho (cfr. Falcón - Colerio, op. cit, p. 222/223; Palacio, "El recurso extraordinario ", 1992, p. 101 y ss).

Por tales razones, tratándose de un hecho común, los efectos de la confesión del demandado alcanzan a la aseguradora.

Dejo a salvo de estos principios, pues bien vale la aclaración pese a no ser cuestión debatida en autos, la falta de presupuestos procesales indispensables e indisponibles, que a pesar de no señalarlo el art. 34 CPCC, es deber del juez verificar su cumplimiento, pues si no están ellos reunidos, si el accionante no tiene legitimación o si no la tiene el accionado, el juez debe advertirlo. Se ha decidido en tal sentido que la investigación acerca de la titularidad de la pretensión, además de constituir un tema de análisis

previo, por versar sobre un presupuesto de la acción, configura materia cuyo examen debe ser abordado de oficio por la jurisdicción, dado que la calidad de sujeto de los derechos que se esgrimen, ya para demandar o para contradecir, es imprescindible para el dictado de un pronunciamiento válido (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial 2ª, La Plata, sala 2ª, 11/05/2006, "Pedreira c. Baldini", Juba sum. B301473).

Los presupuestos procesales son los supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal (cfr. Von Bulow, Oscar, "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", Buenos Aires, EJEA, 1964). Es el caso de la legitimación -activa o pasiva-, que no es una cuestión que pueda quedar en manos de las partes ni deferida exclusivamente a las alegaciones que ellas puedan hacer o no hacer, sino que es el juez quien tiene el deber de velar, antes de pronunciarse sobre el fondo del reclamo, porque se encuentre debidamente determinada y presente en la litis.

Por las razones expuestas, debe desestimarse el primero de los agravios venidos a análisis.

3.2.

En segundo término se alza la aseguradora contra el decisorio de grado, pues ésta la condenó sin tener en cuenta que no había sido notificada del comienzo de obra.

Agravia a su parte que, pese al resultado de la medida para mejor proveer dictada en autos, haya decidido en contrario de aquél.

Considera que la sentenciante dio fundamento a su decisión valiéndose de precedentes que no conforman fallos de Tribunales sino opiniones *obiter dictum* de alguno de sus integrantes.

Señala que su parte invocó la falta de cumplimiento, por parte de la empleadora demandada, de la Resolución 51/97 SRT, y que la obra en que el actor se accidentó no fue denunciada oportunamente por aquélla.

Considera que lo esencial es la falta de conocimiento, por parte de la aseguradora, de la existencia del emprendimiento con anterioridad al siniestro a fin de poder cumplir con los deberes jurídicos a su cargo, y que el art. 18, inc. b) del Dec. 170/96, mencionado en la sentencia atacada, no impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo la obligación de recordar a sus afiliados las obligaciones a su cargo. Y que el hecho que su parte recordara a su cliente una obligación legal no implica que se encontrara obligada a comunicarle los deberes jurídicos que las normas ponen a su cargo.

En resumidas cuentas, señala que su mandante no incurrió en omisión alguna que le genere responsabilidad, en los términos del art. 1074, Cód. Civil, recordando el principio de legalidad estatuido constitucionalmente y que si su parte no brindó capacitación ni visitó obras fue porque el demandado empleador no le dio a su aseguradora, aviso alguno, cuando tenía el deber de hacerlo. Recuerda que el actor comenzó a trabajar en relación de dependencia para su empleador 19 días antes que se produjera el siniestro.

El decisorio de autos, por su parte, consideró que la que emana de la Res. 51/97 SRT es una obligación del empleador, y que el informe de fs. 575/576 da cuenta de su incumplimiento. No obstante ello, estimó que ese mero incumplimiento no obsta a la responsabilidad de la aseguradora. En tal sentido, entendió, en línea con jurisprudencia que cita, que en el marco del art. 18, inc. b), Dec. 170/96, analizado a la luz del art. 902, Cód. Civil, debe comunicar al empleador la vigencia de la obligación de comunicar el inicio de obra (art. 1, Dec. 521/97), lo que ha sido reconocido por la propia aseguradora, a través de la documental de fs. 79. Ello, según el

pronunciamiento, es una manifestación de un acto propio de la aseguradora.

Hace notar el decisorio que esa obligación a cargo de la ART -y reconocida por ella- fue cumplida recién transcurrido cinco meses del evento de autos.

También destaca que a fs. 78 fue la propia ART la que envió las credenciales de identificación de los trabajadores y boletines informativos en abril de 2008, es decir, antes del siniestro en cuestión.

En tal inteligencia, no habiendo la ART efectuado tareas de control y prevención, según reconoció ella misma, en los términos del art. 902 y 1074, Cód. Civil, admitió la sentencia su responsabilidad y la condenó en forma concurrente con el empleador.

Lo que debe dirimirse en esta parcela de la queja es si la aseguradora de riesgos del trabajo demandada se encontraba en conocimiento o debía encontrarse en él del inicio de la obra en la que tuvo lugar el accidente del actor.

El art. 1, Res. 51/97 SRT establece que los empleadores de la construcción deberán comunicar, en forma fehaciente, a su Aseguradora de Riesgos del Trabajo y con al menos cinco días hábiles de anticipación, la fecha de inicio de todo tipo de obra que emprendan.

La precitada norma no fue cuestionada en modo alguno, ni por la actora, ni por su empleadora, razón por la cual no tengo motivos para dudar acerca de su vigencia al tiempo del hecho ni a su aplicabilidad al supuesto de autos.

Tampoco la documental aportada por la propia aseguradora a fs. 78 y fs. 79 (desconocida en su autenticidad por la actora a fs. 176) hacen presumir que la aseguradora tuviera conocimiento del inicio de obra, pues de su texto no surge un solo elemento que pudiera permitir concluir en lo contrario.

Las aseveraciones del pronunciamiento acerca del envío de credenciales de identificación y boletines informativos, al domicilio real del demandado D'.

de A. P. N. N° .** de esta Ciudad, previas al acaecimiento del siniestro, no constituye presunción de conocimiento del inicio de tal obra. Tal envío no predica sobre el conocimiento de inicio del emprendimiento, pues de ningún pasaje del texto se infiere que se refiera a esa obra, sino a cualquier obra. Ello así, teniendo en cuenta que es el propio actor quien reconoce en su demanda que D. es una empresa unipersonal dedicada a la actividad de la construcción, lo que significa que el demandado podía encontrarse con varias obras en curso de ejecución. Nada se ha probado en contrario en el presente proceso. Esa circunstancia, también se encuentra corroborada por el informe de la SRT de fs. 575 que da cuenta que la actividad principal del demandado era la de "construcción, reforma y reparación de edificios residenciales" y la secundaria "construcción, reforma y reparación de redes". No encuentro otro elemento que, por vía de presunción, pudiera arribarse a concluir que la aseguradora se encontraba en conocimiento del comienzo de la obra.

Máxime, si consideramos que la incuestionada norma de la SRT hace expresa mención a que la notificación debe ser "fehaciente".

El informe de fs. 575, en virtud de la medida dispuesta a fs. 556, da cuenta de la vigencia de un contrato de seguro de riesgos del trabajo entre D. C. D. con Q. A., n° 151856, con vigencia desde el 26 de marzo de 2008, sin que se registren avisos de obra de ninguna naturaleza desde el comienzo de la relación contractual.

Frente a tan precisa información, y confrontado ello con la norma de la Res. 51/97 SRT, ninguna duda cabe del incumplimiento del empleador a la obligación legal que aquélla le imponía.

Esa circunstancia, ninguna relación guarda en el supuesto de autos con lo dispuesto por el art. 18, inc. b), Dec. 170/96, que expresamente señala que es obligación de tales aseguradoras, brindar asesoramiento y ofrecer asistencia

técnica a los empleadores afiliados sobre la normativa vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Adviértase al respecto que el fin que la SRT tuvo en mira al dictar la Res. 51/97 fue precisamente establecer un mecanismo para la adopción de medidas de seguridad preventivas, correctivas y de control en las obras en construcción.

Por otra parte, y en línea con lo apuntado antes, el art. 2 de la mencionada Resolución, señala que los empleadores, para casos como el de autos, deberán confeccionar el Programa de Seguridad que integra el Legajo Técnico (cfr. Res. SRT 231/96, Anexo I, art. 3°) para cada obra que inicien, el que se adjuntará al contrato de afiliación.

Se trata de obligaciones, ambas de fuente legal, pero impuestas en un caso a la aseguradora y en el otro a los empleadores.

No advierto (en verdad no surge de sus respectivos textos) que alguna de ellas condicione el cumplimiento de la otra, menos aún que la obligación de la aseguradora sea previa a la del empleador. Es más; si vamos al caso, la Res. 51/97 SRT es temporalmente posterior al Dec. 170/96, y de haber condicionado el cumplimiento del art. 1 a la previa conducta impuesta a la aseguradora en el art. 18, inc. b), Dec. 170/96, lo hubiera dicho. De allí que no cabe hacer distingos donde las normas no lo hacen y mal puede considerarse entonces que pueda configurarse un eximente para el empleador el hecho que la aseguradora no le dio aviso de la vigencia de la obligación a su cargo.

No puedo soslayar tampoco que la Resolución 51/97 SRT es ley en sentido material, por tratarse sancionada por autoridad pública competente, que ha sido publicada en el Boletín Oficial con fecha 21.07.97.

En tal sentido, cabe señalar que la inexcusabilidad del error de derecho es aplicable a todas las disposiciones de carácter obligatorio, aunque no sean leyes del Congreso, siempre que emanen de las autoridades encargadas de

pronunciarlas, y éstas hayan obrado dentro de sus atribuciones. Es decir que el error de derecho se refiere a las normas legales genéricas aplicables al caso (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 15.04.82, ED, 102 - 258).

Por tal razón, no puede constituir excusa que permita eximir el cumplimiento a las obligaciones a cargo del empleador, el hecho que la aseguradora no le comunicó oportunamente al empleador la vigencia de la obligación emanada del art. 1, res. 51/97 SRT.

Por tal razón, no resulta aplicable, a mi modo de ver, a la conducta del asegurador la doctrina de los actos propios, desde que la Resolución de Superintendencia de Seguros se presumía conocida por el empleador, sin perjuicio de la documental adunada a fs. 79, que no por sobreabundar, hacía incurrir en contradicción a la ART. Además, debe tenerse en cuenta que el contrato de afiliación que vinculaba a las partes se encontraba vigente desde el 26.03.2008, y no podía el demandado D' E. eludir el conocimiento de las obligaciones a su cargo.

Por tales razones, frente al desconocimiento del inicio de obra, la aseguradora mal podía cumplir con las obligaciones que la ley de riesgos del trabajo le impone, cuales son la de control y prevención.

Desde las parcelas extracontractual y contractual, la obligación solutoria o de pago, es una obligación de segundo orden que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, es responsabilizado por ello. De esta primera afirmación cabe inferir que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse ningún supuesto de obligación de pago a cargo de un demandado. A un sujeto, a quien no puede reprocharsele el incumplimiento de ninguna obligación contractual o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna por una deuda, precisamente, porque la

responsabilidad por ellas no surge de la nada, ni cae del cielo, sino que es fruto necesario de un proceso de imputación, que requiere que se cumplan determinados presupuestos.

Uno de estos presupuestos -inexcusable desde todo punto de vista, incluso desde el hontanar constitucional argentino- es el requisito de la legalidad (cfr. arts. 1066, Cód. Civil y art. 19, CN) (cfr. López Mesa, Marcelo J. (Director), "Tratado de la responsabilidad médica", coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007, en coautoría con Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, p. 38; López Mesa, Marcelo J., "La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106; Vivas, Mario L., "La legítima defensa y el estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual", Ed. Ibañez, Bogotá, 2011, p. 124).

Por todo ello considero que esta parcela del agravio debe ser admitida y en consecuencia corresponde revocar la condena que el decisorio anterior contiene contra la aseguradora apelante.

4.

Atento el modo en que resuelve precedentemente, las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas, debiendo ser impuestas, en la relación procesal entre el actor y Q. A. ART S.A. en el orden causado (art. 72, del CPCC). Ello así, pues el actor, al demandar a la aseguradora bien pudo considerarse con derecho a demandarla por desconocer los incumplimientos obligacionales del empleador con su aseguradora. En cambio, en atención a las pautas del art. 5, y lo normado por el art. 6 de la ley arancelaria, no encuentro mérito para modificar los honorarios regulados en la Instancia anterior (art. 282, del CPCC).

5.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención al principio objetivo de la derrota, en atención al resultado que arroja el presente voto, las costas deben ser soportadas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

En consecuencia regulo los honorarios profesionales del letrado de Q. A. ART S.A., Dr. R. D. en el 27,5% y los del letrado de la parte actora, Dr. V. A. F. (único firmante del escrito de fs. 603/607) en el 27,5% de lo que les corresponda en la Instancia anterior (arts. 5, 7, 9, 13 y cc. de la ley arancelaria), todo ello, con más IVA, si correspondiere.

Por lo expuesto, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

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

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada y en el mismo orden que propone el Dr. Mario L. Vivas.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

Tratamiento de los agravios

2.a) La queja de la ART sobre la acreditación del accidente de trabajo y su mecánica no es admisible.

Al rendirse la absolución de posiciones el Señor D. C. D. (fs. 409), reconoció que el accidente se produjo mientras O. cumplía tareas bajo su relación de dependencia (2da pos.) como ayudante de la construcción de viviendas contratadas por el empleador (1era.pos.) y que el infortunio laboral se produce cuando estaba desplazando una máquina hormigonera en obra, al estar hormigoneando las bases de las viviendas en construcción (3era. Pos), agregando que O. y varios compañeros desplazaban la hormigonera.

La confesión expresa así prestada en forma categórica y terminante por el codemandado en autos, constituye plena prueba en los términos del art. 427 del CPCC (art 73 Ley XIV N° 1) no existiendo elementos de juicio que la contradigan ni los supuestos especiales previstos en los tres incisos que la norma excluye.

Se trata en el caso de establecer si la confesión de D. alcanza a la ART codemandada.

La demanda extrasistémica ha sido dirigida contra el empleador en función del art. 1113 del CC y la ART con fundamento en el art. 1074 del CC.

Tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos (entre otras SDL N° 14/14), para ingresar al estudio de los alegados incumplimientos por omisión de las obligaciones de la Aseguradora de Riesgos, con incidencia causal en el accidente invocado, es menester probar no sólo la existencia del infortunio sino su mecánica en tanto presupuestos fácticos sustanciales para ingresar al reclamo resarcitorio con base en el art. 1074 del CC.

Tratándose de un litisconsorcio la valoración de la prueba y sobre la base del principio de adquisición procesal, deberá hacerse sobre el conjunto del material probatorio reunido, con valor directo o presuncional según se refiera a un hecho individual o a un hecho común. Cuando el hecho es común, el juez deberá considerarla haya o no sido ofrecida por un actor o un demandado, por lo que producida prueba respecto del mismo, ello bastará para tenerlo acreditado con respecto de todos. Ello es así porque

tratándose de un hecho común que debe ser examinado respecto de todos los litisconsortes no es factible que el reconocimiento o desconocimiento de un hecho no puede ser al propio tiempo exacto para uno e inexacto para el otro. *"Cuando se demanda sobre la base de hechos comunes dentro de la figura procesal de litisconsorcio pasivo, el juez debe valorar conjuntamente las diligencias probatorias producidas por cada litisconsorte pues no cabe concebir que el convencimiento judicial acerca de la verdad de un hecho común se produzca sólo con respecto a uno o alguno de los litisconsortes. Por lo tanto si uno solo de ellos produce prueba acerca de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo que reviste carácter común, ella será suficiente para tenerlo por acreditado en relación a los restantes."*(CNAT Sala I Sent. 73839 del 29/5/99 "ZORER, Christian C/ MASCIOTRA, Ricardo S/ despido". Base elDial.com - AL3C1).

Desde esa perspectiva, la confesión expresa del empleador D'E. sobre la existencia del accidente y cómo se produjo, resulta un hecho común a los litisconsortes y como consecuencia de ello, tiene efectos plenos respecto de la Aseguradora de Riesgos de Trabajo.

Por ello, el agravio de la parte debe desestimarse.

2.b) El otro aspecto de la queja refiere que en la sentencia se condenó a la ART con fundamento en la omisión del deber de control de la obra para la prevención de accidentes, cuando estaba plenamente acreditado que el Sr. D'. incumplió sus obligaciones legales (Res. 51/97 SRT art. 1) al no comunicar el inicio de obra a la Aseguradora, tomando conocimiento de la existencia de trabajos y del emplazamiento de la misma con la denuncia del siniestro.

La primera reflexión que me permite la lectura del agravio es que por mayor vehemencia puesta en defensa de sus derechos, la crítica concreta y razonada del fallo debe ser ejercida guardando un determinado estilo que es el de la mesura y seriedad sin que pueda justificarse la utilización de frases desconsideradas o peyorativas hacia la magistrada en forma

personal, para lo que vale recordar el trato recíproco que nos impone el art. 59 del CPCC.

Dicho lo anterior, ingreso al tratamiento de la queja que lleva a determinar si la codemandada se encontraba en conocimiento de la obra en la que se produce el accidente de O., defensa opuesta por la ART para eximirse de la responsabilidad y que fuera desestimada en la sentencia de grado.

La prueba informativa agregada a fs. 575 refiere la existencia de un contrato de riesgos de Seguros entre D. C. D. y Q. A. ART S.A., desde el 26 de marzo de 2008 y que se mantenía vigente a la fecha del informe (30/10/13) y que no se han encontrado datos de avisos de obra.

La Res. 51/97 establece, según su fundamentación, un mecanismo eficiente para la adopción de las medidas de seguridad preventivas, correctivas y de control en las obras de construcción para lo cual en su art. 1ero dispone que los empleadores de la construcción deberán comunicar, en forma fehaciente, a su ART y con al menos cinco días hábiles de anticipación, la fecha de inicio de todo tipo de obra que emprendan. Deben además confeccionar el programa de seguridad que deberá cumplir recaudos mínimos establecidos en el anexo I, los que serán controlados -en cuanto su adecuación a las características de las obras- por los servicios de Prevención de las ART y luego éstas deberán establecer el plan de visitas para verificar su cumplimiento. El aviso de obra se reitera en los arts. 12 y 15 de la Resolución 552/01 de la SRT.

Expuesto lo anterior, resulta un dato objetivo en esta causa que el Sr. D'. en su carácter de afiliado a la ART y con actividad principal la construcción, reforma y reparación de obras residenciales, le venía impuesta la obligación legal de dar aviso del inicio de obra en los términos de la Res.N°51/97 y que ello no fue cumplido.

Dicho incumplimiento por parte de la empresa constructora aquí accionada, dejó sin posibilidad alguna a la ART de poder ejercer el

contralor en materia de seguridad e higiene en la nueva obra, ya en la cuestión de revisar si el programa de seguridad se adecuaba a la obra ya para implementar su control de cumplimiento y aún la posibilidad de denunciar ante la SRT los incumplimientos a los planes y programas de prevención por parte de la empresa constructora (art. 31 LRT).

Tal cual manda la norma citada, la comunicación del inicio de la obra al ART debe ser fehaciente, esto es que puede demostrarse su existencia y contenido en todo momento, por haberse realizado por un medio que la dota de esta característica.

De modo tal que no puede considerarse que la remisión de credenciales de identificación y boletines informativos, fechada el día 4 de abril de 2008, pueda constituirse en una comunicación fidedigna del inicio de obra.

Si el empleador asegurado resulta un empresario individual de la construcción, no puede inferirse que si se le remitieron credenciales lo fueron respecto de la obra en la que se produjo el infortunio. No existe en la nota agregada a fs. 78 ninguna referencia que individualice a la obra del B° P. II ni a otro emprendimiento.

Por su lado tampoco advierto que lo dispuesto por el art. 18 inc. b) del Dec. 170/96 sea aplicable a la cuestión que se discute.

Una de las finalidades prioritarias de la ley 24557 fue la prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1, ítem 2, ap.a) y que, como modo para lograr el cumplimiento de tal objetivo, obligó a las aseguradoras de riesgos del trabajo a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y ello comprende conductas específicas de asesorar y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados en diversas materias, entre ellas la normativa vigente en materia de seguridad en el trabajo previstas en el decreto 170/96, de control de las medidas acordadas o sugeridas por la aseguradora y de

denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador ante el ente de superintendencia.

Se señala en la sentencia que la ART estaba obligada a comunicar la obligación de anoticiar la obligación del art. 1 de la Res. 51/97 art. 1ero y que de hecho lo hace con posterioridad al accidente, en el mes de agosto de 2008.

En modo alguno la reglamentación de la ley 24.557 (vía el Dec. 170/96) que entre sus objetivos precisa el alcance de los derechos, deberes y prohibiciones de las aseguradoras, de los empleadores asegurados y de los trabajadores en general, refiere que el anoticiamiento de la normativa en materia de seguridad por parte de la ART, condiciona el cumplimiento de las obligaciones que se impone en forma expresa al empleador.

Esto es en el caso, que las disposiciones de la Res. N° 51/97 publicada en el BO el 21 de julio de 1997 solo serían exigibles al empleador asegurado -Sr. D' E.- cuando la ART le comunique su existencia en virtud de la obligación de asesorar a sus afiliados.

La obligación del empleador de comunicar el inicio de la obra, le es impuesta por la norma indicada y nadie puede invocar su desconocimiento o ignorancia para dejar de cumplirla.

De allí que tampoco corresponda inferir que la ART, por haber comunicado conforme nota de fs.79 la existencia de la obligación de marras, incurrió en una conducta que posteriormente la obliga en virtud de la doctrina de los actos propios. Las obligaciones en cabeza del empleador D' E. existían con prescindencia de aquella comunicación, acotando que en la misma se menciona no sólo el deber de dar aviso del inicio de obra, sino que brinda información puntual sobre las disposiciones de la SRT para la actividad de la construcción.

Atribuida la responsabilidad de Q. A. ART S.A. con fundamento en el art. 1074 del CC, tornaba necesaria la acreditación de los presupuestos de la

responsabilidad civil en relación con dicha aseguradora, entre los que se incluyen la existencia de un hecho o acto ilícito atribuible a su parte, y su vinculación causal con el daño producido cuya reparación se persigue.

El art. 1074 CC permite imputar responsabilidad por omisión, solamente cuando haya un deber legal de obrar preexistente. En el caso de las ART, se ha dicho que las omisiones o incumplimientos a sus obligaciones, que por sus características y por su gravedad aparecen como concurrentes en el proceso de causación de daños y que, razonablemente analizadas, guardan adecuada y lógica relación causal con el desencadenamiento del accidente, configuran el supuesto atributivo de responsabilidad previsto en el art. 1074.

En el caso de autos, la falta de aviso del inicio de obra a la ART contravino lo dispuesto por el art. 1 de la Res.51/97 y tornó imposible, a mi criterio, el cumplimiento oportuno de las medidas de prevención y asesoramiento que le incumbían a aquélla, de modo tal que la omisión que se le reprocha no le es imputable, lo que obsta a la acción incoada por el Sr. O. con fundamento en el art. 1074 Cód. Civil.

Me expido entonces, por la admisión de la queja en este punto y consecuentemente que deberá revocarse parcialmente la sentencia que condena a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

3. <u>Las costas:</u>

a) <u>Las costas en primera instancia:</u> El art. 282 del CPCC autoriza a la readecuación de las costas y honorarios cuando la sentencia en esta sede sea revocatoria de la dictada en la instancia de grado.

En esa tarea corresponde modificar las generadas por la relación procesal trabada entre la actora y la codemandada Q. A. ART y comparto el criterio expuesto por el Dr. V. en que las mismas deben imponerse en el orden causado, en tanto atento las particularidades del caso, pudo la actora actuar

con convicción razonable respecto de la ART. (art. 72 CPCC).En cuanto a los honorarios allí dispuestos, los mismos -conforme la actividad profesional cumplida- resultan ajustados a las normas arancelarias consideradas para su determinación.

b) Las costas en la Alzada y conforme el resultado del recurso impetrado deben soportarse por su orden (art.72 CPCC). Los honorarios de los letrados que intervinieron en esta instancia han sido estipulados por el Dr. Vivas conforme las pautas arancelarias adecuadas a la actividad profesional cumplida y a ellos me remito.

Voto a la cuestión propuesta **PARCIALMENTE por la NEGATIVA**.

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

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. REVOCAR PARCIALMENTE el decisorio de fs.580/589, y en consecuencia, **RECHAZAR** la demanda incoada por M. A. O. en contra de Q. A. ART S.A.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, debiendo ser impuestas, en la relación procesal entre el actor y Q. A. ART S.A. en el orden causado (art. 72, del CPCC), sin modificar las regulaciones de honorarios profesionales allí practicada (art. 282, del CPCC).

3. IMPONER las costas de alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC).

4. REGULAR los honorarios profesionales, por su actuación en esta Instancia, del letrado de Q. A. ART S.A., Dr. R. D. en el 27,5 % y los del letrado de la parte actora, Dr. V. A. F. en el 27,5% de lo que les corresponda en la Instancia anterior (arts. 5, 7, 9, 13 y cc. de la ley arancelaria), todo ello, con más IVA, si correspondiere.

5. REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Así lo voto.

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez de Cámara Mario Luis Vivas.

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 mayo de 2014.

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 el decisorio de fs.580/589, y en consecuencia, **RECHAZAR** la demanda incoada por M. A. O. en contra de Q. A. ART S.A.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, debiendo ser impuestas, en la relación procesal entre el actor y Q. A. ART S.A. en el orden causado (art. 72, del CPCC), sin modificar las regulaciones de honorarios profesionales allí practicada (art. 282, del CPCC).

3. IMPONER las costas de alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC).

4. REGULAR los honorarios profesionales, por su actuación en esta Instancia, del letrado de Q. A. ART S.A., Dr. R. D. en el 27,5 % y los del letrado de la parte actora, Dr. V. A. F. en el 27,5% de lo que les corresponda

en la Instancia anterior (arts. 5, 7, 9, 13 y cc. de la ley arancelaria), todo ello, con más IVA, si correspondiere.

5. REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.