En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de marzo del año 2015, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., D. V.c/ F.S.A. s/ ACCIDENTE" (Expte. Nº 305/2014),** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 06/2010) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde
dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 649.

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

1.

La sentencia de primera instancia previo declarar la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 39 ap. 1 y 46 ap. 1 de la Ley 24.557, rechazó la demanda promovida por D. V. M., contra P. A.R.T S.A. y F. S.A. Impuso las costas del juicio a la parte actora (arts. 57 Ley XIV N°1) y reguló los honorarios de letrados de las co demandadas y Cuerpo Médico Forense, sin hacerlo a los letrados de la parte actora a mérito del resultado el pleito y pacto de cuota litis homologado.

Para así resolver se expidió sobre las inconstitucionalidades requeridas con base en los precedentes de la CSJN "Castillo", "Aquino" a los que remito.

Refirió a los presupuestos de la responsabilidad civil, la mecánica del hecho y concluyó que la producción del daño fue consecuencia del obrar

imprudente y culposo del actor y eximió de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa conforme el art. 1113 del CC, por lo que rechazó la demanda incoada.

Por su lado, desestima la responsabilidad civil de la Aseguradora de Riesgos por no haberse acreditado las omisiones imputadas a la ART.

2.

Los agravios de la actora:

Luego de plantear en general su agravio y algunas cuestiones preliminares, cuestiona las conclusiones de la sentencia respecto de la relación causal y la culpa de la víctima.

Dice que en esta causa se estaba frente a la manipulación de una cosa inerte (la viga) donde se demuestra como una más de las actividades riesgosas de la construcción, considerada peligrosa o riesgosa en obra y no como pretende la sentenciante, en el concepto de daño a propósito de la actividad del hombre. Agrega que *"la viga que estaban desplazando los operarios al momento de sufrir el golpe M., no es en sí misma cosa riesgosa, pero si se la desplaza por el peso, sin ayuda mecánica alguna, sin control de quienes son propietarios o guardianes de la misma, tiene una potencial peligrosidad que en el caso de autos se concretó en la humanidad del actor. Estamos pues frente a un caso que se debe subsumir en el art .1113 CC como "riesgo o vicios" de las cosas o de la "actividad" cumplida con la misma, por sus características en cuanto a peso y longitud, para movilizarla entre varios operarios y colocada sobre un caballete, expresamente prohibido por la legislación en la materia, art. 242 "in fine" Dto. 911/96"* (fs. 629).

El segundo aspecto de la queja refiere al concepto de "culpa de la víctima" que sostiene la magistrada como interruptivo del nexo causal.

Para ello refiere a las pruebas reunidas y a que las accionadas no aportaron al juicio las que hacen al cumplimiento en materia de seguridad e higiene, dice también que resulta determinante para excluir la eximente que las codemandadas ni siquiera intentaron demostrar la culpa y que tenían el

onus probandi art. 1113 CC.

Agregan que en primer término, debió evaluarse la conducta de M. en su actividad laboral, para recién ver si éste incurrió en culpa; que la misma debe ser apreciada en el contexto de un proceso laboral y que la eximente es de interpretación restrictiva. Cita jurisprudencia de la CSJN. Transcribe declaraciones testimoniales y cuestiona la pertinencia de los
fallos citados en la sentencia.

Aborda luego la ausencia de responsabilidad de la ART demandada a mérito del art. 1074 del CC. Cuestiona la carga de la prueba que se infiere de la sentencia, señalando que conforme precedentes del STJ, la ART es quien está en mejores condiciones de probar su actividad preventiva y que no lo hizo.

Subsidiariamente solicita como reparación alternativa al litigio, la reparación sistémica conforme la normativa vigente a la fecha.

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

3.1)

Inicio el tratamiento de los agravios de la parte, recordando que la acción extrasistémica intentada requiere como presupuestos fácticos de procedencia, la demostración del acaecimiento del hecho que se describe como generador del daño, la instalación en el organismo del trabajador del daño denunciado y su entidad incapacitante y la verificación de la existencia

de un nexo causal adecuado y jurídicamente relevante entre ambos extremos de hecho.

Luego, si el trabajador opta por ejercer sus derechos mediante la acción civil, debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño. *"En materia de accidentes laborales, cuando se ejerce la opción por el derecho común, se considera que la acción es de naturaleza extracontractual, con imputación objetiva de responsabilidad cuando los daños se han producido por riesgo o vicio de la cosa, en virtud de lo dispuesto por el art. 1113, Código Civil, o en su caso, por culpa o dolo del empleador en el cumplimiento de los recaudos aptos para el desenvolvimiento del trabajo en condiciones de seguridad adecuadas (art. 1109, Código Civil). De acuerdo a esta interpretación, el damnificado goza de dos posibilidades excluyentes: una, consistente en ampararse en el régimen de la ley de accidentes de trabajo, que sienta un sistema de responsabilidad fundado en el contrato de trabajo y cuyo factor de atribución reside en el riesgo profesional, y otra que se refiere al ejercicio de la acción de derecho común, que puede basarse en un factor subjetivo u objetivo de responsabilidad civil. Así, se trata de dos sistemas jurídicos diferenciados y una vez hecha la opción por uno de ellos, corresponde atenerse al régimen o limitaciones que éste establezca, tanto para regular la responsabilidad por el daño como para cuantificar el perjuicio experimentado por el trabajador."*(Insúa c/Ferromel S.A. s/ Daños y perjuicios. CNCiv, Sala A. CABA. 12/01/08 WebRubinzal jula 3.19.1.r 35).

3.2)

En el marco del agravio de la parte debo recordar que *"...al promoverse una demanda, entre los extremos formales que corresponde se respeten, se encuentra el de exponer todos los hechos y la petición en la forma más clara posible a los fines de*

determinar la causa en la que se fundamenta, o sea, la razón y sustento en cuya virtud la pretensión se ejercita. Dicha exigencia no cabe sea interpretada como un exagerado apego a fórmulas de rito si se observa que respecto de esos hechos el demandado tiene la carga de reconocerlos o negarlos categóricamente (art. 74 L.O.) y, en este último caso, producir la prueba que hace a su derecho (CNAT, Sala VII, SD. Nro.: 37756 del 12/08/2004, "Vizcarra Otero, Rosario del Pilar C/ Robledo, Ángel Federico S/ Despido").

La actora al relatar los hechos dijo"*… Que las tareas que realizaba M. al momento de accidentarse consistían en tareas de oficial de albañil; en efecto cuando estaba armando una viga de 11 mts de largo con hierro 16; estribos del 12 que llevaba hierro del 08;10;7 y del 12 cuando se procede a dar vuelta con la ayuda de otro operario por su dimensión y peso para seguir trabajando en la misma, se cae uno de los caballetes que estaba sosteniendo en altura la referida viga, por lo cual trata de sostener la estructura pesada con su pierna, para que su compañero le ponga el caballete nuevamente y ahí se golpea fuertemente la pierna derecha que le provoca la ruptura del ligamento cruzado y los meniscos interno y externo, los dos por lo que es llevado inmediatamente a la sala de atención médica…".*

Luego y para fundar la responsabilidad de la codemandada F. S.A. aludió *"…resultaron a causa del tipo de actividad riesgosa…"* (fs. 33 vta.);"…*la actora se lesionó cumpliendo la tarea detallada en un ambiente riesgoso y vicioso como lo es el vinculado a la operatoria de la construcciones, grandes emprendimientos…"* (fs. 33);"…*estamos frente a una responsabilidad subjetiva y objetiva de la empleadora accionada por una parte y por ser además propietaria y o guardián y/o por tener el aprovechamiento económico de la cosa riesgosa…"* (fs34 vta.)"… . Reitero más adelante *"Responsabilidad por Riesgo o Vicio de la cosa: Sin duda el daño físico padecido devino de cumplir su tarea en un ambiente peligroso y con la existencia de "cosas" que estaban bajo su guarda, propiedad y provecho*

económico de las coaccionadas por lo que el caso se subsume en el art. 1113 1° y 2° parte…"…"…riesgo o vicio de la cosa…". (35 vta.).

Conforme los hechos descriptos, no advierto que el argumento recursivo pueda admitirse.

Señalo desde el inicio, que en su presentación preliminar incorpora dos circunstancias no relatadas en la demanda cuales son que el golpe que sufrió el actor en su pierna derecha lo fue *"… al desplazar junto a otros trabajadores una pesada viga, cuyas dimensiones y peso se detallaron puntualmente en la demanda…"*. Más adelante alude a la manipulación de una cosa inerte (viga) y luego *"…la viga que estaban desplazando los operarios al sufrir el golpe M.no es en sí misma cosa riesgosa, pero si se la desplaza por el peso, sin ayuda mecánica alguna, sin control de quienes son propietarios o guardianes de la misma, tiene una potencial peligrosidad que en el caso de autos se concretó en la humanidad del actor"*.

Conforme la RAE (www.rae.es) "Desplazar" es *"Mover o sacar a alguien o algo del lugar en que está"* y "manipular" es *"Operar con las manos o con cualquier instrumento"*.

Ahora bien, del relato de la demanda surge que al proceder a dar vuelta la viga con ayuda de otra persona, y no varias como va a sostener en el recurso, *se cae uno de los caballetes que la sostenían en altura* (80 cm. en los términos del testigo M. a fs.406/407).

Esto es, la viga -cosa inerte- no se cae por su peso ni longitud, la viga se cae porque uno de los caballetes que la sostenían cedió y sobre ese punto ninguna razón explicitó (v.g. falta de resistencia, mal estado, inadvertencia propia o de un tercero) y consecuentemente no ha sido materia de prueba.

Por cierto ninguna relación tiene con el hecho descripto en la demanda, la falta de ayuda mecánica que lo lleva a sostener que el armado de la viga era una tarea riesgosa.

Debe señalar por otro lado que la traba de la litis fija las cuestiones sometidas a juzgamiento por el magistrado, por lo que no es posible admitir las declaraciones testimoniales que -aun en sí mismas contradictorias- se alejan en el caso, del relato del accidente del actor, que como he señalado, no explicó las causas por las que se cayó el caballete. A fin de aplicar la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa, no es suficiente probar el daño sufrido, sino que además se debe probar el riesgo o peligro potencial que la cosa inanimada es susceptible de producir. Para ello tampoco basta establecer que una cosa es riesgosa, sino que ha de probarse que el daño causado obedeció concretamente al riesgo o vicio de ésta, en cuanto ello es el presupuesto de aplicación de la responsabilidad.

El damnificado debe acreditar que la cosa jugó un rol, sea por su posición o por un comportamiento anormal, pues en el contexto de la norma del art. 1113 del Código Civil, son esas circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián en el marco de la reparación extrasistémica. *"En materia de responsabilidad objetiva, la actividad procesal de las partes es totalmente distinta de aquélla que les cabe en supuestos de responsabilidad subjetiva, ya que cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, debe demostrar la existencia, la relación de causalidad entre uno y otro y el perjuicio. Es decir, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando, cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormal de la cosa o su vicio, pues en el contexto del 2do, párrafo, última parte del artículo 1113 del Código Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián, quien podrá eximirse de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.* (STJCH "A., B. del C. c/T. M. S.R.L. y-o Quien Resulte Responsable s/ Daños y Perjuicios" SD 34/00. Base elDial.com - AS139B)

Concluyo entonces que *" Cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia de riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno y otro y el perjuicio esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio "* (CSJN, 19-11-91," O´Mill, Allan E. Prov. Neuquén" citado en Rev. de Daños 2003-2, pág. 467 Ed. Rubinzal Culzoni) . Por otro lado "*Cuando se hace uso de esa opción resulta imprescindible la prueba de que se encuentren reunidos los requisitos exigidos por las normas cuya aplicación se pretende ya que, si se prescindiera de esa exigencia, desaparecería toda diferencia entre ambos regímenes: uno, que asegura al trabajador una indemnización tarifada pero amplía el campo de responsabilidad patronal, y otro, que no impone límites a la reparación pero restringe el margen de responsabilidad"* (conf. C.S.J.N., Fallos 314:1505).

3.3.

La ausencia de un nexo adecuado de causalidad, obsta al tratamiento del hecho de la víctima con aptitud para interrumpirlo, de modo tal que no corresponde ingresar al tratamiento del segundo aspecto del agravio de la actora.

3.4.

3.4.1) En el tercer aspecto de su queja, cuestiona el recurrente que no se admitiera la condena contra la ART a mérito del art. 1074 del CC y adelanto que asiste razón al apelante.

Comienzo señalando que la responsabilidad civil de la ART es distinta y diferenciada de la empleadora. En este último caso proviene de ser propietaria de la cosa productora del daño (art. 1113, Cód. Civil) o de lo

normado en el art. 1109 del Cód. Civil mientras que en el caso de la ART, su responsabilidad proviene de las omisiones legales que incurre, que son las productoras del daño que sufre la víctima.

Participo del criterio que señala que, a los fines de considerar la posibilidad que la compañía aseguradora de riesgos del trabajo deba responder extracontractualmente, es menester que quien pretende tal extensión de responsabilidad alegue y pruebe que ha existido un nexo de "causalidad adecuada" (cfr. arg. art. 901 y sgts., C.C.), basado en el incumplimiento de un deber legal de vigilancia o previsión y que de ello se derive la producción del daño que se pretende resarcir (cfr. art. 1074, CC).

El art. 1074, contempla un supuesto de responsabilidad por la omisión de un deber legal, donde se le reprocha al agente no adoptar una conducta que le resultaba jurídicamente exigible y que, de haber sido cumplida, habría evitado o disminuido la posibilidad del daño. Para que tal responsabilidad proceda es además menester, que la conducta omisiva guarde nexo de causalidad adecuado con la producción del daño.

La Corte Suprema de Justicia en el caso “Torrillo” (Torrillo, Atilio Amadeo y otro vs. Gulf Oil Argentina S.A. y otro s. Recurso de hecho 31/03/2009 RC J 1724/09), ratificó el criterio restrictivo sobre la posibilidad de responsabilizar civilmente a las aseguradoras de riesgos del trabajo, por los daños a la persona sufridos por los trabajadores en circunstancias laborales, dando precisiones que sintetizan el pensamiento del alto tribunal en esta materia: 1) las ART pueden ser responsabilizadas en el marco del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, cuando concurren los presupuestos previstos en ese ordenamiento general para imponer tal responsabilidad; 2) el marco regulador de la LRT y sus normas reglamentarias establecen las obligaciones de la ART en materia de

prevención de los riesgos del trabajo; y 3) acreditado el nexo de causalidad adecuado entre el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las ART y el daño sufrido por el trabajador, aquélla puede ser obligada a reparar tal daño con el fundamento y alcances previstos en el Código Civil (conf. Ackerman, Mario E.: "Ley de Riesgos del Trabajo Comentada y Concordada", Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, págs. 102/110).

Se ocupó la parte actora de señalar en su demanda que si se hubieren cumplido las normativas en materia de seguridad e higiene que identifica y fundamentalmente entre ellas, el Dec 919/96 que refiere a las que deben cumplirse en el ámbito de la construcción, el infortunio no se hubiere producido.

Ya he señalado al tratar el agravio anterior, que la viga se cae porque uno de los caballetes que la sostenían cedió.

El uso de los caballetes para sostener la estructura de la viga ha sido referenciado por los testigos que han declarado en esta sede. Así R. a fs. 390 señala "…*quieren dar vuelta a la columna con otro compañero sobre caballetes, cuando debía realizar más compañeros o máquinas gira la columna, se cae del caballete*…"; Duarte a fs. 392 "…*se desbalanceó del caballete donde estaban trabajando, el lugar donde se apoya la viga*…"; Santana a fs. 395 "…*en eso se cae de uno de los caballetes*…", y a la pregunta formulada por el letrado de la ART "si las vigas se hacen siempre sobre caballetes" contesto que "*si, generalmente sí. Por la comodidad para el que la estaba haciendo*…"; M. a fs.406/ 407 dijo"… *la armadura de las vigas que se hacían sobre caballetes*…"y a la pregunta del letrado de F. S.A. sobre qué base se realizaba el prearmado de la armadura contestó "… *sobre caballetes*…", V. R. a fs.421 aporta que "*para hacer armaduras lo organizamos entre dos personas. Siempre arriba del caballete en un lugar limpio*", los caballetes "*son de madera*", "*armamos encima del caballete*".

A tenor de lo que han declarado los testigos el uso de caballetes resulta común y habitual en el armado de la viga, cuando ese modo de cumplir con la tarea está específicamente prohibido por la normativa aplicable.

En efecto, de los términos del art. 242 del Dec. 919/96 que instituye un régimen específico en materia de seguridad e higiene para la industria de la construcción, luego de diferenciar los tipos de caballetes, establece que "Está prohibida la utilización de estructuras apoyadas sobre caballetes."

Tratándose de un modo habitual de trabajo, se advierte que ni la empresa demandada ni la ART consideraron que el uso de caballetes para sostener el armado de estructuras como lo son las vigas, estuviera vedado por las normas de seguridad y desde esa perspectiva, puede concluirse que la ART, no dio cumplimiento a su deber de prevención de accidentes.

El art. 4 inc. 1) de la LRT establece que las ART están obligadas a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y en su inc. 4) que es la ART quien controlará la ejecución del plan de mejoramiento. El art. 31 entre otros deberes les señala el de promover la prevención informando a la DRT acerca de los planes y programas exigidos a las empresas. Por su lado el Dec. N° 170/96, en su art.18 reglamenta que las aseguradoras deberán brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a) determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b) normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo, c) selección de elementos de protección personal. Ya en el art. 19 dispone que las ART deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo. Para lo cual deberán: a) vigilar la marcha del plan de mejoramiento de los lugares de

trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; b) verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan de mejoramiento; c) brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos…".

Luego de ello y examinada la cuestión desde los presupuestos de la responsabilidad endilgada, esto es: la antijuridicidad dada cuando un acto infringe un deber legal preexistente (por acción o comisión o de omisión o culpa por abstención); el daño injustamente padecido; una relación de causalidad adecuada (comisión u omisión) y el daño, voy a responder en forma positiva.

Los testigos R., D., S. y V. R. han sido contestes en afirmar que el caballete se cayó, por lo que ninguna duda abrigo que el uso del caballete para sostener la viga, ha sido la causa determinante para que el accidente de trabajo se produzca y genere las consecuencias dañosas en el actor.

La ART omitió cumplir con su deber de prevención desde que admitió o consintió el uso de los caballetes para la construcción de estructuras que le estaba vedado por el Dec.919/96, el daño sufrido por el trabajador vinculado causalmente con el accidente de trabajo se acreditó con la pericial médica de fs. 521/522 y la relación causal justificada desde que el accidente tiene vinculación causal con la omisión de la ART, quien no adoptó respecto del uso de caballetes con su obligación de proveer al cumplimiento de las normas de higiene y seguridad previstas para la industria de la construcción respecto de aquel.

La inacción de la ART en el cumplimiento de sus tareas de control y fiscalización en cuanto al cumplimiento de las normas de seguridad e

higiene (art 242 del Dec.911/96) resultó, a mi criterio, causa eficiente del daño sufrido, de modo tal que si la aseguradora hubiera cumplido con su obligación, verosímilmente, la incapacidad del trabajador habría podido evitarse.

En consecuencia, acreditado el incumplimiento a la obligación de prevenir considerada en toda su dimensión, admitiré la responsabilidad de Prevención ART con fundamento en el art. 1074 del CC. .

3.4.2)

Corresponde me expida sobre los rubros indemnizatorios reclamados por el actor en su demanda: a) daño material por incapacidad, b) daño moral y c) pérdida de chance.

a) La incapacidad sobreviniente comprende cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laboral del individuo, como la que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba antes del hecho lesivo con la debida amplitud y libertad. Para fijar la cuantía de este perjuicio es menester considerar la naturaleza de las lesiones sufridas, cómo éstas habrán de influir negativamente en las posibilidades de vida futura del damnificado, la específica disminución de sus aptitudes laborales, la edad, su estado civil y demás condiciones personales (Conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, tomo 5, págs. 219 y 220).

Por ello, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe quedar comprendida la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico.

A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Sólo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene reiteradamente 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*" (Conf. CSJN, 28/04/1998, Fallos, 321:1124; 06/03/2007, Fallos, 330:563; 11/07/2006, Fallos, 329:2688; 29/06/2004, Fallos, 327:2722, entre muchos otros).

Por otra parte, el grado de incapacidad mencionado en el dictamen pericial médico no traduce matemáticamente una cierta cuantía indemnizatoria, sino que constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que, comprobadas en el proceso, contribuyen a establecer adecuadamente el monto de la reparación pretendida.

Las lesiones sufridas por el Sr. M. han sido descriptas en el informe pericial del Cuerpo Médico Forense (Dr. C.) de fs. 521/522. Allí identifica como

lesiones agudas vinculadas al accidente sufrido por M.: lesión del menisco externo y desgarro del ligamento cruzado anterior. Sobre esa base calcula la incapacidad según los baremos del dec.659/96 en un 18,1 %.

Requeridas las explicaciones, el Dr. L. N., integrante del Cuerpo Médico Forense, responde a los interrogantes de la parte actora, y manifiesta que no comparte el porcentaje de incapacidad otorgado en la anterior pericia. Señaló allí que "Este perito no concuerda con el 12% otorgado por la reparación de ligamento cruzado anterior, puesto que de la misma Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales- Ley 24.557, Decreto 659 del 24-6-96, solo se otorga dicho porcentaje en caso de existir inestabilidad anterior o posterior, sin atrofia ni hidrartrosis, que no es el caso de que se trata, ya que de la semiología, constató ausencia de esos síntomas o signos".

Luego de ello y a fs.548, la parte actora ratifica la impugnación de la pericia en particular el porcentaje de minoración de la capacidad del actor.

No tengo razones válidas para ingresar en las impugnaciones de la parte actora y en cuanto a las incapacidades resueltas en sendas pericias, considerando los términos del decreto que ambos médicos han referenciados, me inclinaré por el porcentaje definido por el Dr. N. que da explicaciones claras por las que adopta para la ruptura de ligamento cruzado el 7%. Me expido por reconocer al Sr. M. un porcentaje de incapacidad del 9,7%.

No cuento con mayores datos de los que pueda inferir las condiciones personales del actor que no sean los guarismos que integraron el cálculo actuarial que formula la parte: edad al momento del accidente (55 años), categoría profesional (oficial albañil) y la remuneración bruta de $ 1.685, 46 a esa fecha. Se desconoce si contaba con grupo familiar, sus actividades

sociales, deportivas o recreativas y se dificulta la tarea de mensurar la incidencia que la incapacidad pudiera o no haber tenido en su vida de relación.

Sobre la base de los escasos parámetros que individualizo y valiéndome de las facultades que me brinda el art. 167 del CPCC, estimo prudente establecer como monto indemnizatorio de la incapacidad que porta el Sr. M., la suma de $ 48.500, con más los intereses que desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago, determina la tasa activa del Banco del Chubut S.A.

b) El daño moral tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre y que son la tranquilidad espiritual, la libertad individual, la integridad física y que reconocen en su génesis el accidente laboral sufrido.

La determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla.

Con tales pautas tendré en consideración que el actor debió someterse a una intervención quirúrgica con las consecuentes molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por el afectado, por la que estimo prudentemente establecer la suma de $ 10.000, con más sus intereses desde la fecha del accidente y hasta su efectivo conforme la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. (art 167 del CPCC).

c) En cuanto a la denominada pérdida de chance constituye un rubro sujeto a un alto grado de incertidumbre, ya que en definitiva resulta imposible establecer con precisión si la persona que alega el perjuicio, habría

obtenido o no ciertas ventajas o evitado o no ciertas pérdidas, de no haber mediado el comportamiento antijurídico atribuido a otro sujeto.

La actora al tiempo de reclamar este ítem, circunscribió su fundamento señalando que el actor perdió la posibilidad de aumentar su categoría dentro de la empresa en la que cumplía funciones hasta su accidente y pierde la posibilidad de aumentar su sueldo incidiendo ello en los aportes previsionales y consecuentemente en su haber provisional, como que prueba demostrativa de todo ello fue el despido por imposibilidad de

cumplir las tareas que venía realizando.

Sobre la noción de "chance" sostiene Orgaz que cuando la posibilidad frustrada es muy general y vaga, no es indemnizable como daño material, ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético. Por el contrario, cuando la posibilidad de obtener la ganancia o de evitar la pérdida es bastante fundada -o sea, cuando más que posibilidad es una probabilidad suficiente-, su frustración debe ser indemnizada por el responsable; pero esta indemnización es de la chance misma, que el Juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida que era el objeto de aquélla, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la chance, que, por su propia naturaleza es siempre problemática en su realización" (Conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Omeba, Buenos Aires, 1960, ps. 97/8).

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el resarcimiento de la pérdida de chance exige la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabilidad suficiente (CSJN, "Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", 12/06/2007, Fallos, 330:2748; id. "N.L. Sociedad Anónima c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/12/1998, Fallos, 321:3437); y que corresponde rechazar el reclamo si no existen constancias

que permitan determinar la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto (CSJN, "Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/Entre Ríos, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", 24/08/2006, Fallos, 329: 3403; id. "Chaves, F. Mario c/ Tucumán, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/10/2000, Fallos, 323:2930, entre muchos otros).

La parte formula el reclamo a título de chance en forma genérica, sin que pueda evaluarse más allá de la reparación integral por incapacidad, en que consistió la pérdida de posibilidad cierta que invoca. *"La chance no involucra un daño hipotético. Ella es resarcible cuando configura una probabilidad suficiente de beneficios económicos frustrada por la ocurrencia del hecho lesivo. La propia Corte ha venido sosteniendo que la pérdida de chance requiere una probabilidad suficiente que supere la hipótesis del mero daño eventual para constituirse en un perjuicio cierto y resarcible en los términos del art.1067 del Código Civil (conf. Vázquez Ferreyra Roberto A. "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario; Responsabilidad Civil Cuantificación del Daño", LA LEY, T.I, pág.107). Por eso es que hay que hacer un juicio de probabilidades indagando, no la frustración de las ventajas, sino la oportunidad de lograrlas (conf. Orgaz, A., "El daño resarcible", pág.99; LLambías, J., "tratado...Obligaciones, Tomo I, pág.293; mi voto en los autos "Mnitentag Sabia c/ Estado Nacional- Ministerio del Interior- Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios" del 31/08/06)*. (CNACCFed Sala 3 "C. C. M. c/ Centro Nacional de Alto Rendimiento Deportivo s/ daños y perjuicios", 22/04/2014. Base elDial.com AF6A07).

3.4.3.

En atención al resultado de la queja anterior, devino en abstracto el planteo subsidiario identificado en el punto (iv).

3.5.

En consonancia con todo lo que he expuesto, voy a proponer al Acuerdo se confirme la sentencia de grado que desestimó la demanda incoada por el actor contra F. S.A. y se la revoque en cuanto rechazo la acción contra la ART. Consecuencia de ello, deberá admitirse la demanda incoada por el Sr. M. contra P. ART, por la suma de Pesos cincuenta y ocho mil quinientos ($ 58.500), comprensiva de daño material y moral, con más sus intereses desde el evento dañoso hasta su efectivo pago conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A.. Al tiempo de liquidarse los montos deberá detraerse la suma de $ 24.660 abonada por P. ART S.A. al actor conforme recibo de fs. 251 y reconocimiento de fs.372, en fecha 21 de abril de 2010.

4.

<u>Las costas</u>:

a) El art. 282 del CPCC establece que cuando la sentencia fuere revocatoria de la de primera instancia, el Tribunal adecuará las costas y el monto de los honorarios al contenido de su pronunciamiento.

A esos fines y en atención al resultado del recurso, las costas deberá desdoblarse de la siguiente manera: **a) <u>Por el rechazo de la demanda contra F. S.A.:</u>** Las costas se imponen al actor vencido (art 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios tendré en cuenta la actividad profesional cumplida, su mérito, extensión y resultado obtenido y propongo al Acuerdo que se fijen a los letrados E. I., N. B. R. y M. B. I. en conjunto y proporción de ley en el 18 % y para los letrados V. F., G. L. y S. L. F. en conjunto y

proporción de ley en el 16 %. Los porcentajes deberán aplicarse sobre el monto de la demanda (capital más intereses), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (5, 6, 9, 38, 46 y cctes. de la ley

arancelaria); **b) <u>Por la demanda admitida contra P. ART S.A.</u>:** Las costas se imponen a la codemandada vencida (art 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados considerando los parámetros ya indicados, propongo se fijen para los letrados V. F., G. L. y S. F. en conjunto y proporción de ley en el 18 % y para los letrados R. L., A. F. y J. M. F. C. en conjunto y proporción de ley en el 16 % y para el Cuerpo Médico Forense en el 5%. Los porcentajes deberán calcularse sobre el monto de condena, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA si correspondiera (5, 6, 9, 38, 46 y cctes. de la ley arancelaria y Ac. Plenario 4195/14 STJ).

b) Las costas en la Alzada y conforme el resultado de la apelación serán soportadas en el orden causado (art. 72 del CPCC) entre la parte actora y P. ART S.A. . En cuanto a los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede y sobre el monto de los que resulten determinados para la admisión de la demanda contra la ART, propongo se fijen en el 35 % para los letrados V. F. y S. L F. y en el 27% para los letrados R. L. y J. M. F. C. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria)

Voto a la primera cuestión, por **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.**

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

1.

Mi colega de Cámara, Dra. María Inés de Villafañe se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

Por una cuestión metodológica seguiré el orden del análisis de los agravios propuesto por la Sra. Vocal de primer voto.

Realizaré una prieta síntesis de los agravios del actor, atento a que también han sido referidos por la Sra. Vocal de voto anterior.

El apelante se agravia por cuanto el decisorio anterior desestimó la demanda.

Sostiene que el pronunciamiento interpretó los hechos sin integrarlos con la prueba, soslayó la verdad jurídica objetiva y se tornó arbitraria.

Critica las afirmaciones sentenciales en orden al tratamiento que diera de la relación de causalidad, considerando que en el caso se analiza la manipulación de una viga, que es una cosa inerte, y como tal no peligrosa; sin embargo, si se la desplaza por el peso, sin ayuda mecánica, sin control del propietario o guardián, tiene una potencial peligrosidad.

Critica que la sentencia hubiera endilgado responsabilidad a la víctima, desconociendo las probanzas de autos, las que no analizó, y cuando sabido es que tal eximente misma tiene naturaleza restrictiva.

Realiza una exposición sobre la responsabilidad de la aseguradora, la que tiene la carga de probar por el principio de las "cargas probatorias dinámicas".

A todo evento, solicita que, haciendo aplicación del principio del *iura novit curia*, en subsidio, se haga lugar a la reparación sistémica, con fundamento en el caso "Stal".

2.1.

Considero menester remitirme en primer término a los dichos de la demanda.

El actor reclama por un accidente de trabajo acaecido el 03.05.2006, sosteniendo que en esa oportunidad, trabajando como albañil, y encontrándose armando una viga de 11 mts de largo con hierro del 16,

estribos del 12 que llevaba hierro del 08, 10, 7 y del 12, *"cuando se procede a dar vuelta con la ayuda de otro operario por su dimensión y peso para seguir trabajando en la misma, se cae uno de los caballetes que estaba sosteniendo en altura la referida viga, por lo cual trata de sostener la estructura pesada con su pierna, para que su compañero le ponga el caballete nuevamente y ahí se golpea fuertemente la pierna derecha que le provoca la ruptura del ligamento cruzado y los meniscos externo e interno.."*

Cierto es que el art. 368, del CPCC establece que *"no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos..."*, razón por la cual, la prueba que debía el actor rendir en autos había de ceñirse al relato de los hechos, que, dicho sea de paso, deben ser "*explicados claramente*", conforme lo señala el art. 333, del Cód. cit.

Sentado ello, y como previo al análisis de la prueba rendida , cuya correcta valoración cuestiona el quejoso, habré de dedicar unas líneas al modo en que la actora relató los acontecimientos relativos al infortunio que denuncia y por el cual reclama.

El accionante de autos afirma que momentos previos al accidente se encontraba manipulando una viga y por circunstancias que no explica "*se cae uno de los caballetes que estaba sosteniendo en altura la referida viga, por lo cual trata de sostener la estructura pesada con su pierna...".*

Me adelanto entonces a señalar que la causa del accidente, según las afirmaciones del actor, fue "la caída del caballete", que provocó que debiera sostener la viga con su pierna derecha. Es decir, el actor no explica por qué razón se cayó el caballete, lo que a mi juicio es una cuestión central para

dirimir el caso de autos. De allí que, concluyo, el caballete pudo haber caído por la propia torpeza de la víctima, o la de su compañero, o por causas imputables a un tercero. Es decir, el caballete, que era el soporte de la viga no se cayó solo y eso debió ser explicado por el actor. Digo ello así, pues si la viga era una cosa inerte -como lo afirma y reafirma el apelante- y es de pensar que el caballete también, en condiciones normales, de no haber sido impulsado por algo o alguien hasta caerse, no había razón para que la viga, la que se encontraba soportada por dicho sostén, debiera ser detenida por la pierna del actor.

Esta reflexión, en buen romance, se denomina "cadena causal", y guarda relación con lo preceptuado entre los arts. 901 y 904, Cód. Civil. Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman "consecuencias inmediatas", reza el primero de los preceptos legales señalados.

Es oportuno señalar que el acontecer causal procede del hombre en conexión con su esfera volitiva. La ley sólo puede disponer que el sujeto responda hasta donde alcanza el poder de su voluntad; esto es, hasta donde puede afirmarse que tal dominación se concreta cuando el curso causal resulta previsible.

La causalidad jurídica, que es lo que realmente interesa en nuestro ámbito jurídico para imputar responsabilidad, debe fundarse en hechos y en conductas reales debidamente acreditadas y no en meras hipótesis no comprobables (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala II, 22.06.99, LLBA 2000-540).

La tarea de brindar las causas de la caída del caballete, como factor determinante de que la viga terminara en la pierna del actor, de acuerdo al precepto adjetivo del art. 333, inc. 4) estaba a su cargo, mas no de los jueces,

quienes no deben imaginar lo que el actor no relata (por el contrario, pueden rechazar de oficio la demanda cuando no se ajuste a las reglas establecidas en la ley adjetiva, conforme con el art. 340).

Claro está que una de por sí imprecisa descripción de los hechos, derivará necesariamente en una dificultosa valoración de la prueba, pues, como quedó dicho, nada de lo que no se dijo en cuanto a los antecedentes fácticos del siniestro, podrá ser considerado en el material probatorio a rendirse. La prueba no podría suplir el silencio de la demanda, por la simple razón que se estaría violando el principio constitucional de la defensa en juicio, derivación del debido proceso (art. 18, CN).

En ese sentido, señalaba Morello que *"son cargas concretas a satisfacer por el actor en la demanda de daños, dado que resguardan los principios básicos: de orden, igualdad, posibilidad de defensa y seguridad (o sea, procesalmente, los de bilateralidad y congruencia), las siguientes:.... proporcionar los datos necesarios para que la contraparte pueda aceptar o no el reclamo, produciendo en su momento la prueba que haga a su derecho"* (Morello, Augusto M, "Indemnización del daño contractual", Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Bs. As, p. 503).

Es coincidente con esa línea de ideas lo dispuesto en el art. 46, ley XIV, n° 1, cuando exige al actor la descripción de la "forma" en que se produjo el accidente o la enfermedad profesional, como así, las circunstancias que permitan "calificar su naturaleza" (cfr. esta Cámara, in re "Alcoser Zerna", SDL 82/2013).

De lo narrado por la actora se desprende entonces, que: a) en circunstancias en que el actor estaba armando una viga de once metros de largo, cuando procede a darla vuelta con la ayuda de otro operario se cae uno de los caballetes que estaba sosteniéndola en altura; b) que a

consecuencia de ello, el actor trata de sostener la estructura pesada (la viga) con su pierna, para que su compañero le ponga el caballete de nuevo; c) que es ahí donde la viga golpea en la pierna derecha del actor.

La codemandada F. S.A. niega que el relato del actor fuera preciso y pormenorizado, que con ese relato se cumpla mínimamente con los estándares de debida adecuación y descripción que garanticen la legítima defensa de su parte, como así, que se individualice incumplimiento alguno de su parte. Aclara que no se encuentra claro el presupuesto fáctico que origina el daño y que su relato es ambiguo.

La aseguradora demandada, por su parte, negó que el hecho hubiera acontecido del modo narrado en la demanda.

Llevado los términos descriptos al plano jurídico, debo señalar que, para tener por responsable al dueño o guardián, no alcanza con el simple contacto del operario con la cosa. Es más, podría no haber contacto e igualmente ser tenido por responsable.

Argumentar que, dado un daño, deber ser la existencia de un riesgo (como se deduce del agravio del actor) no constituye un razonamiento, sino una falacia. Ello así, pues tales conceptos no son interdefinibles y consecuentemente afirmar que dado uno debe ser otro, constituye un sofisma (cfr. esta Cámara, SDL 36/13; Trigo Represas, Félix A – López Mesa, Marcelo J, "Tratado de Responsabilidad Civil", T° II, ed. 2011, p. 671).

La cosa es riesgosa, o por su naturaleza (el explosivo, por ejemplo) o por su forma de utilización normal. En el caso de autos, sin embargo, la normalidad significaba que, si el caballete estaba bien colocado, la viga no hubiera caído.

El curso natural y ordinario de las cosas señalaba que, de haber estado en su debida posición la base de sustentación, al dar vuelta la viga no hubiera terminado golpeando la pierna del actor.

Es decir, el Derecho no pide imposibles, sólo exige que se alegue el hecho, explicándolo en forma clara; de lo contrario, el proceso se convierte en un juego de ficciones.

La actora afirma en su agravio que la viga que desplazaban los operarios no es riesgosa en sí misma, pero si se la desplaza sin ayuda mecánica, sin control de quienes tienen a su cargo hacerlo, tiene una potencial peligrosidad.

Lo que el agravio no aclara -mal puede hacerlo pues la demanda tampoco lo hizo- es la razón de la caída del caballete, que provocó que la viga golpeara al actor. Ergo, la viga se convierte en una cosa generadora de riesgo si carece de la base de sustentación que, según los propios dichos del actor, era precisamente el susodicho caballete.

Claro está que si la demanda no señala cuáles fueron las causas que hicieron que el caballete cayera, mal podrá el juzgador analizar si esa viga, en las condiciones en que quedó -sin sustentación- , genere un riesgo que pueda serle imputado a los demandados.

De esta manera, concluyo que, mal puedo ingresar en el análisis de prueba alguna tendiente a determinar las causas de la caída del caballete, pues al no explicarlo la demanda, el art. 368 se convierte en una valla insalvable para valorarla, cuando no hubiera sido materia de alegación en su impetre. Lógicamente, mal podrá juzgarse sobre lo que no se sabe, ya que el actor no lo relató.

No soslayo, finalmente que el actor confunde ocasionalidad con causalidad; y ese error conceptual no es admisible en el marco de la responsabilidad civil extracontractual (arg. art. 901, Cód. Civil). Dejo aclarado ello, pues, en supuestos como el de autos, no es posible mutar de una parcela de la responsabilidad a otra, confundiéndose relación de "ocasionalidad" (o circunstancia de tiempo y lugar) con la de "causalidad" en sentido estricto (cfr. esta Cámara, in re "Pazos" SDL 61/2013).

Por las razones expuestas, el agravio debe desestimarse.

2.2.

2.2.1

La actora recurre el fallo pues sostiene que éste desestimó también la demanda en contra de la aseguradora demandada.

En tal sentido, el decisorio cuestionado consideró que se encontraba ausente la prueba relativa a la causalidad adecuada entre los incumplimientos denunciados por la actora y el daño causado.

Contra tal aserto, el recurrente consideró que el pronunciamiento hizo una errónea valoración de la prueba rendida en autos.

Como la entablada contra la ART es una acción autónoma y de manera alguna en términos de citación en garantía (art. 118, ley 17.418), tal responsabilidad nada predica sobre posibles incumplimientos u omisiones que hubieran significado una condena a la aseguradora.

Se trata aquí de analizar una relación de causalidad distinta, esto es, la que existe entre la omisión o el incumplimiento y el daño.

El actor refiere que la aseguradora incumplió con las obligaciones legales en materia de seguridad e higiene, ya que permitió desplazar un importante peso a mano, sin auto elevador (tal como refiere el testigo V., a fs. 408/408

vta y conforme art. 242, Dec. 911/96), ni capacitar a los operarios en reglas ergonómicas (Res. MT y SS 295/03) y por escrito (Dto. 170/96), ni visitar el lugar, ni controlar un plan de acción o mejoramiento.

Para no exceder el marco del *thema decidendum*, y de este modo, lesionar la garantía de defensa en juicio prevista en el art. 18, CN, me ajustaré estrictamente a lo expresado en la demanda en orden a los incumplimientos y omisiones que la actora le imputa a la aseguradora P. SRT. Señala el actor en su libelo de demanda que si se hubieran cumplido las normativas de seguridad e higiene en materia de trabajo (ley 19.587, Decreto 351/79, a las previsiones del art. 31, LRT, Dto. 491/97, Resolución 320/99 y Decreto 911/96 sobre seguridad e higiene en la construcción) el

infortunio no se hubiera producido. Concretamente aclara que su normativa tiende a salvaguardar la integridad psicofísica del actor y prevenir los riesgos a que se expone en su trabajo. Afirma la obligación de las aseguradoras de cumplir con la prevención y vigilancia, asesorar a sus asegurados, prevenirlos y protegerlos de accidentes, efectuar planes de mejoramiento.

Frente a la negativa de incumplimientos u omisiones por parte de la aseguradora, analizaré si se encuentran acreditados tales omisiones e incumplimientos, ya que ese es el nudo gordiano de la queja.

Para ello, debo aclarar que, tratándose de los daños a la persona de un trabajador, derivados de un accidente o enfermedad laboral, no existe razón alguna para poner a una A. de R. del T. al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Cód. Civil, en el caso que se demuestren los presupuestos exigibles, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo adecuado -excluyente o no- entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus

deberes legales (cfr. CSJN, "Torrillo", 31.003.2009, La Ley, AR/JUR/2374/2009).

En tales términos, surge del art. 242, Dec 911/96 que para la industria de la construcción se encuentra prohibido el uso de caballetes para la utilizaciónde estructuras. Dice textual y terminantemente su última parte que *"Se prohíbe la utilización de estructuras apoyadas sobre caballetes"*.

Sin perjuicio de desconocerse cómo cayó el caballete que utilizaban los operarios el día del accidente del actor, se encuentra acreditado en autos que, contrariamente a la prohibición, la demandada F. S.A. hacía uso de los mismos para el armado de vigas.

Ello así, por encontrarse corroborado a través de los testimonios de R. (fs. 390), D. (fs. 392), S. (fs. 395), V. (fs. 408/409), M. (fs. 406) y V. R. (fs. 421). Este último testigo aseveró inclusive que para hacer las armaduras se organizan entre dos personas, siempre arriba de un caballete en un lugar limpio, y que el número de caballetes varía. Al contestar la novena pregunta, inclusive, aclaró que cuando mueven la armadura y se engancha un "fierro", aquélla se cae; y que cuando la armadura es muy pesada se da vuelta el caballete, los operarios se ven obligados a enderezar el caballete y la armadura. Esta aseveración da la pauta de la habitualidad de caídas de tales armaduras, situación ésta que no pudo ser desconocida por la aseguradora. Claro está que esta aseveración ninguna relación guarda con los motivos tenidos en cuenta para desestimar la demanda contra F. .A., pues, como quedara dicho, la demanda no explicó por qué razón cayó el caballete. Pero otra es la responsabilidad que se juzga en este acápite a la aseguradora.

Por su parte, el testigo M. (fs. 410), tras reconocer la autenticidad de la documental de fs. 214/221 (en la que constan auditorías hechas a la empresa demandada), aclaró que la empresa inspeccionada tenía

antecedentes de accidentes por cortes (Código 106) y por riesgos por levantamiento de cargas (Código 805), razón por la cual, en este último caso, solicitó la recapacitación del personal en el manejo individual de cargas, el que consideró se encontraba a cargo del Servicio de Seguridad e Higiene de la empresa, aclarando que si no se reiteraron las
recomendaciones, fue por la sencilla razón de haber sido cumplidas. No obstante lo expuesto, afirma que no se hicieron auditorías sobre el desplazamiento manual o mecánico de cargas.

Esta última aseveración da la pauta que ni la aseguradora demandada, ni al empresa demandada advirtieron que el uso de caballetes para estructuras se encontraba vedado por la reglamentación de los obreros de la
construcción y evidente resulta entonces que se encuentra configurado el requisito de la antijuridicidad de P. ART, en los términos del
art. 1066, Cód. Civil.

Evidente resulta también que el daño, acreditado según daré cuenta más abajo, ha sido causado en razón de la utilización de un elemento prohibido por la reglamentación. Las testimoniales de R. (fs. 390), D. (fs. 392) S. (fs. 395), y V. R. (fs. 421) dan cuenta que el caballete se desbalanceó y cayó. De allí que, si bien la sola violación a una norma no constituye base suficiente para determinar por sí la atribución de responsabilidad en un evento dañoso, tal infracción ha de ser considerada en el caso de autos porque ha sido el uso del caballete -como base de apoyo de una estructura- el factor decisivo que dio motivo al siniestro.

La omisión de la aseguradora en el cumplimiento de su deber de prevención de accidentes (arts 4 y 31, ley 24557) queda de este modo
configurada desde que los actos omitidos (evitar el uso de caballetes para la construcción de estructuras) eran aptos para excluir el peligro y detener el

curso de los acontecimientos que desembocaron en el perjuicio (arg. art. 1074, Cód. Civil).

Finalmente, la pericia médica de fs. 521 encuentra que las lesiones agudas del actor se encuentran relacionadas con el accidente de trabajo sufrido.

No habré de considerar en cambio el endilgado incumplimiento a la falta de plan de mejoras, pues según surge de la documental anexa al informe de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo de fs. 511, se ha registrado en la empresa demandada la existencia de planes de mejoramiento (Resolución 240/96), los que si bien no se verifica información sobre su grado de cumplimiento (Circular 503/98), tampoco se encuentra acreditado en autos que este extremo haya incidido causalmente en la ocurrencia del daño, como así, que ello hubiera sucedido por la falta de visitas periódicas de la aseguradora a la planta de trabajo o por la falta de capacitación del personal.

Así las cosas, encuentro responsable a la aseguradora de riesgos del trabajo demandada en los términos del art. 1074, Cód. Civil, en razón de haber incumplido con la norma reglamentaria del art, 242, del Dec. 911/96, siendo que su violación se conecta causalmente con el daño causado a la víctima, actor de autos.

2.2.2.

En cuanto al pedido de indemnización por incapacidad sobreviniente, cabe señalar que luce en autos pericia médica a fs. 521/522.

En ella, el experto forense señala que el actor presenta lesiones agudas y crónicas en su pierna derecha, consistentes en: lesión del menisco externo y desgarro del ligamento cruzado anterior y artrosis incipiente a nivel femoro tibial y femoro patelar, considerando que las lesiones agudas están relacionadas con el accidente de autos. Calcula la limitación funcional, según

Dec. 659/96, considerando una incapacidad del 18,1 %, y que de no mediar complicaciones no es necesario tratamiento kinésico alguno.

No obstante ello, al solicitar explicaciones la parte actora a fs. 527, el Cuerpo Médico Forense, a través de otro de sus peritos, expresa que le resulta incomprensible establecer un porcentaje sobre algo que no puede medirse, como es el dolor. Ello, en virtud de lo requerido por la parte actora en sus explicaciones. Aclara, no obstante, que la artrosis incipiente del actor no es un hallazgo relacionado con el traumatismo sufrido, sino a un proceso natural.

Asimismo, manifiesta no concordar con el anterior perito en cuanto al grado de incapacidad otorgado (12%) respecto de la reparación de ligamento cruzado anterior, ya que la misma tabla de evaluación de incapacidades laborales (Dec. 659/96) otorga dicho porcentaje en caso de existir inestabilidad anterior o posterior, sin atrofia ni hidrartrosis, que no es el caso del actor, ya que su semiología constató ausencia de estos signos y síntomas. Por tal razón, reconoce una incapacidad del 9,7%. El actor se desconforma, sin fundamento científico alguno, con el baremo señalado en último término a fs. 548.

No tengo razones para apartarme de las conclusiones periciales ni de sus explicaciones, pues sus argumentos científicos no han sido rebatidos con otros de tal magnitud que los desmerezcan.

No obstante ello, estaré al baremo incapacitante determinado por el Dr. N. (fs. 544/545) por resultar más precisa la explicación brindada. El galeno se encarga de señalar fundadamente por qué reconoce una incapacidad por reparación de ligamento cruzado anterior del 7% y no del 12%, como lo había hecho el Dr. C. El Decreto aplicable en la materia

reconoce el 12% sólo en el caso de existir inestabilidad anterior o posterior, sin atrofia ni hidratosis, que no es el caso observado en el actor.

Cierto es que se desconocen las circunstancias personales del actor, a salvo su edad al momento de ocurrencia del accidente (55 años), que era oficial albañil a la fecha del accidente (fs. 31) y que percibía una remuneración bruta de $ 1685,46 a esa fecha (fs. 14).

He señalado en otros precedentes que, a los fines de la cuantificación del daño en esta parcela de la responsabilidad civil, no soy partidario de ceñirme a fórmulas matemáticas (cfr. mi voto, CAPM, "M." 14/14 SDC, "G".30/12 SDC, entre otros), pues elimina todo margen para el arbitrio prudente del Juez y lo ciñe a cálculos rígidos.

No hay procedimientos de cálculos infalibles o exactos, sino en grado de aproximación, de allí que sólo pueden constituir una primera base genérica o un umbral mínimo y esquemático, sin perjuicio de las correcciones que pueden y deben ser introducidas para su adaptación a cada realidad particular. La justicia es la del caso concreto; cada expediente es único e indivisible, porque se está juzgando personas y no papeles (cfr. esta Cámara en "M." citado; Z. de G., M., "Daños a las personas. Integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p.427/428).

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, habré de limitarme, para la cuantificación del resarcimiento del daño, a la lesión padecida por el actor en su pierna derecha que le provocaran una lesión aguda de menisco externo e interno y desgarro del ligamento cruzado anterior.

Cierto es que la incapacidad resarcible es la inhabilidad o el impedimento para ejercer funciones físicas o intelectuales, que deben acreditarse de modo fehaciente, y que entraña la pérdida o aminoración de potencialidades de

que gozaba el afectado, teniendo en cuenta sus condiciones personales (cfr. Z. de G., M., "Daños a las Personas – Integridad psicofísica", 2ª, Ed. Hammurabi, p. 289).

Por ello, atenderé sólo las escasas pruebas arrimadas acerca de las circunstancias personales del actor ya citadas, desconociéndose si tenía familia, si practicaba deportes, si tenía vida social, si tenía alguna otra actividad, etc.

Razones de prudencia y equidad me llevan a proponer al Acuerdo la fijación del monto indemnizatorio en este aspecto, en la suma de pesos cuarenta y ocho mil quinientos ($ 48.500), con más intereses desde la fecha del hecho (14.11.2008, conforme surge de fs. 509), hasta su efectivo pago.

(art. 167, del CPCC).

2.2.3.

Cierto es que el daño moral en la órbita de la responsabilidad extracontractual opera *in re ipsa* (surge de los hechos mismos), ya que se lo tiene por acreditado por el solo hecho de la acción antijurídica, y a tenor de las características del bien afectado.

Se ha dicho que el daño moral no se mide únicamente por las diversas lesiones que presente la víctima del siniestro ocurrido, sino que significa el quebrantamiento espiritual, el que se traduce en vivencias personales del afectado de difícil determinación, por cuanto el juzgador carece de elementos para analizar cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, en suma, la cantidad que se fija en este concepto queda librada más que en cualquier otro rubro, a la interpretación que hace el sentenciante a la luz de las constancias aportadas en la causa (Cámara Nacional de Apelaciones, Sala A, 18.04.96, "Ontiveros").

En esa línea de ideas he ponderado que la víctima, tras el accidente, debió ser intervenida quirúrgicamente en el Sanatorio "T." (fs. 365/367), con los consiguientes cuidados post operatorios, padecimientos e incertidumbre, si bien pondero que, según afirmaciones periciales de fs. 521/522, de no mediar complicaciones, no resultaba necesario tratamiento kinésico post operatorio.

Por tales razones juzgo prudente fijar la indemnización por este rubro en la suma de pesos diez mil ($ 10.000), con más intereses desde la fecha del hecho (14.11.2008, conforme surge de fs. 509), hasta su efectivo pago. (art. 167, del CPCC).

2.2.4.

El actor solicita se lo indemnice por pérdida de "chance", por considerar que ha perdido la posibilidad de aumentar su categoría dentro de la empresa, y correlativamente con ello su sueldo y aportes correspondientes. La "pérdida de la chance" constituye excepcional fuente de reparabilidad y requiere puntual y concreta demostración de que existió. No alcanza con invocar la posible pérdida de actividad *in genere*, sino que para cada supuesto debe mediar probabilidad razonable, con grado de certeza de que una esperanza resultó frustrada por efecto del accidente y de la lesión. Hace falta mucho más que la invocación de la "posibilidad" de no obtener tal o cual trabajo, por eventual disminución de las aptitudes con determinación precisa de la incidencia que en la situación laboral dada, y en perspectiva tuviera aquella minoración (cfr. esta Cámara, "Linconado", SDC 23/13; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 21.08.95, "Pellegrino, Antonio c/ Esmerote, Raquel s/ Daños y Perjuicios).

Es decir, en la “chance” lo que se indemniza es la privación de una esperanza para el sujeto y no en sí mismo el beneficio esperado. Está en juego una oportunidad que el causante del daño impide. La chance frustrada no importa más que privar a alguien de la oportunidad de participar de un hecho o un evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio. Sin embargo, cuando no se invoca una probabilidad de pérdida de un trabajo o actividad específica originada en el evento, sino una pérdida genérica de chance en la vida laboral y de relación, este reclamo se encuentra comprendido en el concepto de incapacidad
sobreviniente (cfr. esta Cámara, “Linconado”, cit).

En síntesis, la noción de pérdida de chance se funda sobre la probabilidad estadística, por lo que no habrá reparación si la chance es débil: sólo constituye una pérdida de chance reparable la desaparición actual y cierta de una eventualidad favorable (cfr. Cabrillac, Remy, “Derecho de las obligaciones”, 9ª edición, Ed. Dalloz, Paris, 2010, p. 247, n° 314), lo que en autos no se ha probado (art. 381, del CPCC).

De ello, se concluye que, no habiendo la actora del rubro acreditado tal “pérdida de chance” invocada debe rechazarse el rubro en tratamiento.

3.

En atención a lo precedentemente expuesto se torna abstracto el tratamiento del tercer agravio.

4.

En síntesis, en opinión coincidente con la Sra. Jueza de voto anterior, soy partidario de confirmar la sentencia anterior, aunque por otras razones, en

cuanto al rechazo de la demanda en contra de la demandada F. S.A. y revocarla en cuanto rechazó la demanda en contra de P. ART, la que deberá ser admitida, condenándola a abonar al actor la suma de pesos cincuenta y ocho mil quinientos ($ 58.500) con más con más intereses
a tasa activa del Banco del Chubut S.A., desde la fecha del hecho (14.11.2008, conforme surge de fs. 509), hasta su efectivo pago. (art. 167, del CPCC). En la etapa de ejecución de sentencia deberá detraerse la suma de $24.660 (Pesos veinticuatro mil seiscientos sesenta) ya abonada al actor por P. ART en fecha 21 de abril de 2010, conforme recibo obrante a fs.
251.

5.

Atento a como se decide corresponde cumplir con la manda del art. 282 del CPCC. Consecuentemente se imponen las costas de la Primera Instancia del siguiente modo: a) en relación con el rechazo de la demanda contra la codemandada F. S.A, deben imponerse al actor, en su carácter de vencido (art. 69 CPCC); b) con relación a la codemandada P. ART, deben imponerse a esta codemandada en su carácter de vencida (art. 69, del CPCC).
Los honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso se deben regular tal como lo hace la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts.5,6,9,38,46 y cc. Ley XIII N°4 y sus modificatorias).

6.

Las costas de esta Instancia serán soportadas en el orden causado (art. 72, del CPCC) entre la actora y la aseguradora demandada. A tal fin se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada del modo

en que lo practica la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts.5,6,9,38,46 y cc. Ley XIII N°4 y sus modificatorias).

Por las razones expuestas, voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

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

De compartir el sentido de mi voto a la cuestión propuesta, el pronunciamiento que debería dictarse es el que sigue:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fs.604/619 en cuanto rechaza la demanda incoada por D. V. M. contra F. S.A.
2. **REVOCAR** la sentencia de fs. 604/619 en cuanto rechaza la demanda contra P. ART S.A.. Consecuentemente con ello **HACER LUGAR** a la demanda incoada por D. V. M. contra P. ART S.A y condenarla a abonar al primero en el plazo de diez días que adquiera firmeza este pronunciamiento la suma de Pesos Cincuenta y ocho mil quinientos ($ 58.500) comprensiva de daño material y moral con más sus intereses conforme tasa activa del Banco del Chubut S.A., desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago. Al practicar liquidación en la etapa de ejecución de sentencia deberá detraerse la suma de $ 24.660 abonada por la ART el día 21 de abril de 2010, conforme recibo de fs.251.
3. **DEJAR SIN EFECTO LAS COSTAS Y HONORARIOS** establecidos en la sentencia de fs. 604/619. (art. 282 del CPCC).
4. **IMPONER LAS COSTAS** de la primera instancia de la siguiente manera:

a) Por el rechazo de la demanda contra F. S.A.: Las costas se imponen al actor vencido (art 69 del CPCC). Regular los honorarios de los letrados E. I., N. B. R. y M. B. I. en conjunto y proporción de ley en el 18 % y los de los letrados V. F.,

G. L. y S. L. F. en conjunto y proporción de ley en el

16 %. Los porcentajes deberán aplicarse sobre el monto de la demanda (capital más intereses), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (5, 6, 9, 38, 46 y cctes. de la ley arancelaria); **b) <u>Por la demanda admitida contra P. ART S.A.</u>:** Las costas se imponen a la codemandada vencida (art 69 del CPCC). Regular los honorarios de los V. F., G. L. y S. F. en conjunto y proporción de ley en el 18 %, para los letrados R. L. y J. M. F. C. en conjunto y proporción de ley en el 16 % y para el Cuerpo Médico Forense en el 5%. Los porcentajes deberán calcularse sobre el monto de condena, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA si correspondiera (5, 6, 9, 38, 46 y cctes. de la ley arancelaria y Ac. Plenario 4195/14 STJ).

5. **IMPONER** las costas en la Alzada en el orden causado (art. 72 del CPCC) entre la parte actora y P. ART S.A. . Regular los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede y sobre el monto de los que resulten determinados para la admisión de la demanda contra la ART, en el 35 % para los letrados V. F. y S. L F. y en el 27% para los letrados R. L. y J. M. F. C. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).
6. **DE FORMA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTION:</u> el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

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

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. H. E. F. 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 marzo de 2015.

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. **CONFIRMAR** la sentencia de fs.604/619 en cuanto rechaza la demanda incoada por D. V. M. contra F. S.A.
2. **REVOCAR** la sentencia de fs. 604/619 en cuanto rechaza la demanda contra P. ART S.A.. Consecuentemente con ello **HACER LUGAR** a la demanda incoada por D. V. M. contra P. ART S.A y condenarla a abonar al primero en el plazo de diez días que adquiera firmeza este pronunciamiento la suma de Pesos Cincuenta y ocho mil quinientos ($ 58.500) comprensiva de daño material y moral con más sus intereses conforme tasa activa del Banco del Chubut S.A., desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago. Al practicar liquidación en la etapa de ejecución de sentencia deberá detraerse la suma de $ 24.660 abonada por la ART el día 21 de abril de 2010, conforme recibo de fs.251.
3. **DEJAR SIN EFECTO LAS COSTAS Y HONORARIOS** establecidos en la sentencia de fs. 604/619. (art. 282 del CPCC).
4. **IMPONER LAS COSTAS** de la primera instancia de la siguiente manera:

a) **<u>Por el rechazo de la demanda contra F. S.A.</u>:** Las costas se imponen al actor vencido (art 69 del CPCC). Regular los honorarios de los letrados E. I., N. B. R. y M. B. I. en conjunto y proporción de ley en el 18 % y los de los letrados V. F.,

G. L. y S. L. F. en conjunto y proporción de ley en el

16 %. Los porcentajes deberán aplicarse sobre el monto de la demanda (capital más intereses), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (5, 6, 9, 38, 46 y cctes. de la ley arancelaria); **b) <u>Por la demanda admitida contra P. ART S.A.</u>:** Las costas se imponen a la codemandada vencida (art 69 del CPCC). Regular los honorarios de los V. F., G. L. y S. F. en conjunto y proporción de ley en el 18 %, para los letrados R. L. y J. M. F. C. en conjunto y proporción de ley en el 16 % y para el Cuerpo Médico Forense en el 5%. Los porcentajes deberán calcularse sobre el monto de condena, sin perjuicio de los mínimos legales y con el IVA si correspondiera (5, 6, 9, 38, 46 y cctes. de la ley arancelaria y Ac. Plenario 4195/14 STJ).

5. **IMPONER** las costas en la Alzada en el orden causado (art. 72 del CPCC) entre la parte actora y P. ART S.A. . Regular los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede y sobre el monto de los que resulten determinados para la admisión de la demanda contra la ART, en el 35 % para los letrados V. F. y S. L F. y en el 27% para los letrados R. L. y J. M. F. C. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).
6. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.