En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio 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: **"C., C. c/ H. S.A. y otras/ Accidente - LABORAL" (Expte. Nº 12/ 2015)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. Nº 499/09) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados que intervinieron por la codemandada Harengus S.A.?; **TERCERA**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo
practicado a fs. 570.

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

1. La sentencia de primera instancia declaró en primer término la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 39 ap. 1 y 46 ap. "1" de la Ley 24.557 y rechazó la demanda civil instaurada contra H. S.A. y P. A.R.T. S.A. en procura de las indemnizaciones por daño material, daño moral y pérdida de chance.

Luego de admitir la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por P. A.R.T. en relación a las indemnizaciones legales previstas en la L.C.T., hizo lugar a la demanda incoada por la actora en relación a aquéllas y condenó a H. S.A. a abonarle a la Sra. C., dentro del quinto día y mediante

depósito judicial la suma de pesos veinte mil ciento sesenta con noventa y cuatro ($20.160,94), más los intereses que determina.

Impuso las costas procesales en un 60% a la parte actora y en un 40% a la codemandada H. S.A. en su calidad de vencidas (arts. 57 de la Ley XIV N° 1; 69 del C.P.C.C.) y reguló los honorarios de letrados, peritos y consultores técnicos.

Para así resolver señaló que no se encontraban controvertidas en el expediente las circunstancias fácticas del caso y con ello que la trabajadora C. C. sufrió una enfermedad accidente tendinitis de muñeca derecha cumpliendo tareas para H. S.A., la que le provocó una incapacidad parcial y permanente por la cual fue resarcida en base al régimen de la LRT por una IPPD del 11,08%, contingencia de fecha 11/11/2008, por la cual se le brindaron las prestaciones en especie previstas por esa normativa, que incluyeron atención médica y sesiones de kinesiología y la prestación dineraria de $19.944, puesta a disposición de la Sra. C. el 19 de agosto de 2009 tal como surge de la notificación cursada por P. ART SA (fs. 6 acompañada por la actora).

Previo a ingresar a las cuestiones relativas a la reparación integral, con base en los precedentes de la CSJN, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 39 ap. 1 y 46 ap. “1” de la Ley 24.557.

Abordó luego la responsabilidad civil de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, encuadrando la cuestión en el art. 1074 del CC señalando que quien pretenda tal extensión debe alegar y probar un nexo de causalidad adecuada basada en el incumplimiento de un deber legal y que de ello se deriva la producción de un daño que se pretende resarcir (arts. 901 y 1074 del Código Civil).

Dijo que la pretensión actoral en lo que respecta a la imputación de responsabilidad a la Aseguradora como sujeto responsable por aplicación del art. 1074 del Código Civil, se basó en una serie de consideraciones generales pero no indicó de qué modo la conducta omisiva de la aseguradora pudo haber provocado en el caso concreto la ocurrencia de la enfermedad profesional padecida por la trabajadora.

Sin perjuicio de ello, señaló más adelante que las omisiones imputadas a la A.R.T. de acuerdo a las circunstancias particulares del caso y de la enfermedad profesional que padece la actora, no pueden lógicamente constituirse en causa eficiente y adecuada a dicha dolencia.

Para ello valoró los elementos de la causa y concluyó que no se probó el nexo de causalidad entre el genéricamente denunciado incumplimiento u omisión a los deberes legales o el deficiente ejercicio del deber de control en materia de higiene y seguridad y el daño sufrido por la trabajadora que pudiera determinar la omisión culposa imputada a la ART que lleva a la aplicación del art. 1074 del Código Civil.

Expresó que no vislumbraba que sea posible imputar algún incumplimiento de la aseguradora que hubiera contribuido a generar el daño sufrido por la accionante dadas las características de la enfermedad profesional y la actividad de la trabajadora, ateniéndose a la descripción del siniestro que consta en el expediente U01-H-00197/09 donde se hace constar “pelando calamar acusa dolor en muñeca derecha. Lesiones provocadas: Tendinitis de la muñeca derecha” (fs. 13).

Ingresa luego a la responsabilidad civil de la empleadora señalando que la imputación fue por riesgo o vicio de la cosa considerando que el daño físico padecido por Chaure devino- en los términos de la demanda- por

desplazarse en una actividad riesgosa, de permanente esfuerzo físico, con la utilización de cosas (cuchillos, bandejas, cajones cargados de pescado, etc.) que estaban bajo su guarda, propiedad y provecho económico de la co-accionada por lo que el caso lo subsumió en el art.1113 1° y 2° párr. C.C. y que también lo hace por el incumplimiento de normas de seguridad e higiene, en particular las disposiciones de la Ley 19.587 Dto.351/79 y específicamente el examen médico periódico o anual que prevé esta última norma.

Se afirmó en la sentencia que la enfermedad profesional padecida por la actora no es otra cosa que un proceso inflamatorio que afecta un tendón, tejido fibroso que pueden inflamarse debido a una tensión extrema, lo que generalmente se cura mediante reposo y en algunos casos mediante inyecciones de corticoides o colocación de una férula.

Aludió a las conclusiones del informe pericial médico y que este llega a un porcentual de la incapacidad parcial similar a la que le estipulara la ART en el año 2009, que la enfermedad que porta la actora encuadra dentro de las previstas en el art. 8 inc. 2 de la Ley 24.557, Dto. 659/96, razón por la cual resulta una enfermedad crónica que sólo corresponde tratamiento medicamentoso, sesiones de kinesiología y reposo para poder continuar con las tareas. Señaló además, que la relación causal entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo es materia de decisión del magistrado y no del perito médico, no bastando al efecto la valoración del experto, dado que no ha constatado personalmente las modalidades y condiciones de trabajo.

Refiere luego a las conclusiones de la pericia técnica de fs. 379/382 en el sentido que la empleadora demandada y su ART han dado cumplimiento a

las prescripciones fijadas en el art. 31 de la LRT y del Dto. 170/96, las que transcribe, concluyendo que del mismo no es posible inferir el nexo de causalidad necesario y suficiente entre la enfermedad y las omisiones que en forma genérica esgrime la actora, ya que el experto ha constatado que efectúa las revisiones, visitas y recomendaciones correspondientes a la normativa vigente en la materia.

Concluye señalando que se ha tramitado un largo proceso desviándose el objeto probatorio, "pues el esfuerzo debió centrarse en acreditar aquello que tampoco fue especificado en el escrito inicial, es decir, cuales hubieran sido las acciones preventivas que debieron realizar las codemandadas a fin de evitar que la actora padeciera la enfermedad profesional de tendinitis, cuál fue la omisión culposa de las accionadas generadora y desencadenante del daño en la salud de la demandante, y cuáles fueron las medidas de seguridad omitidas que hubiesen prevenido y evitado el daño según el orden natural de las cosas, siendo que las tareas desarrolladas por la trabajadora implicaban movimientos repetitivos de desplazamiento con rotación y flexión de los miembros superiores".

Desestimada la reparación integral, avanza en el segundo objeto de la demanda, destinado al cobro de las diferencias en la indemnización por despido y salarios adeudados en los términos del art. 212 de la L.C.T.

En forma previa admite la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo con fundamento en que el cobro laboral es ajeno a la órbita de actuación y responsabilidad de la aseguradora opugnante.

Luego de analizar la prueba reunida concluye que la empleadora no cumplió con la obligación contractual de dación de tareas y de reubicar a la dependiente dentro de la empresa, por lo que el despido cursado por Harengus S.A el día 22 de mayo de 2009 devino incausado y genera el

derecho a las indemnización íntegra del art. 245 LCT conforme lo previsto en el tercer párrafo del art. 212 del mismo cuerpo legal, imponiendo así la condena a la demandada al pago de la indemnización completa (conf. art. 245 LCT) y no la reducida que contempla el art. 247 de la LCT que es la que abonó la empleadora, por lo que admite la demanda por la suma de $12.385,78 con sus intereses a la tasa activa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que la suma fue debida y hasta su total y efectiva cancelación .

Por su lado, admite la indemnización prevista en el art. 80 LCT, por la falta de entrega de los pertinentes certificados de trabajo, con el argumento que el formulario P.S 6.2 emanado de ANSES, no satisface en modo alguno, las exigencias y requisitos establecidos en el art. 80 3º párrafo LCT, y su entrega no alcanza para exonerar a la accionada de la responsabilidad establecida por el art. 80 LCT, ni del resarcimiento a favor del trabajador. Intimada la empleadora conforme la norma vigente, procede la aplicación de la indemnización legal por el importe equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el tiempo de prestación de servicios, por un importe de $ 7.775,16 (fs. 477), con sus intereses a la tasa activa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que la suma fue debida y hasta su total y efectiva cancelación.

En cuanto a las costas, atendiendo al resultado final del juicio, ponderando la naturaleza de las acciones entabladas, estimó justo que las costas sean soportadas en un 60% por la parte actora y en un 40% por la codemandada Harengus S.A. (arts. 57 de la Ley XIV N° 1; 69 del C.P.C.C.) y fijó los honorarios en porcentaje y sobre el monto de condena debidamente actualizado en la etapa de ejecución de sentencia.

La sentencia es apelada por la parte actora a fs.548 y sus agravios se

agregaron a fs. 550/ 558, sin réplica de las contrarias.

A fs. 545 apelan sus honorarios por bajos, los letrados que intervinieron en autos por H. S.A., Abs D. G. L. y G. W..

2. <u>Los agravios de la Sra. C. C.</u>

a) En el primer agravio la parte actora critica el rechazo de la responsabilidad civil de la ART señalando que en la sentencia, la magistrada se aparta no solo de las constancias de la causa sino desconociendo la doctrina que el STJCh tiene en la materia.

Dice que siguiendo esa doctrina, incumbía a la ART probar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad e higiene, que para ello la parte actora solicitó la documentación en poder de la demandada y terceros, para lo cual fue intimada y que no lo hicieron.

Remarca que de la pericial médica surge que las secuelas de la actora, guardan relación con el accidente relatado en autos y que establece cuál es el origen de aquellas en las tareas que cumplía la trabajadora. Que no surge del expediente actividad preventiva de la ART como por ejemplo los exámenes médicos periódicos de control de los miembros superiores, dada su actividad laboral de esfuerzos repetitivos y que no hay capacitación alguna en las reglas ergonómicas documentadas en el art. 21 Dto. 295/03, menos control de la actividad que minoró a la actora.

Refiere también al informe de la SRT y que del informe del perito técnico surge que C. no recibió capacitación en el manejo de cargas, cajones de pescados.

Se ocupa de las testimoniales y la ausencia de exámenes médicos periódicos, la falta de capacitación en las tareas repetitivas, la ausencia de visitas en la planta.

Alude a la prueba informativa que no favorece a la ART y a la omisión de las codemandadas en exhibir la documental, debiendo hacerse efectivo el

apercibimiento de los arts. 391 y 392 del CPCC y art. 41 de la Ley XIV N° tal como se ha señalado en los precedentes del STJ en las causas "C." "C." y "E. H.". Concluye el agravio señalando que las normas de seguridad e higiene fueron incumplidas y que pese a la afirmación de la ART respecto de su cumplimiento, no trajo al proceso prueba que así lo acredite.

b) En el segundo agravio cuestiona el rechazo de la responsabilidad civil de la empleadora.

En primer término señala que frente a términos similares, existen resoluciones contradictorias entre el fallo dictado y el que se resolvió en el Juzgado Laboral N° 1 "Flores c/ Harengus" que venido en apelación fue confirmado por esta Cámara.

Señala que en su agravio anterior han reseñado los múltiples incumplimientos de la ART vinculados a la noxa laboral de la actora y los tocantes a la responsabilidad de la empleadora, recordando que el representante legal de H. S.A., quedó confeso en forma ficta lo que provoca un reconocimiento favorable a la versión fáctica dada en la demanda, sin que exista prueba que desvirtúe lo allí sostenido.

Dice también que la dolencia de su mandante quedó reconocida por las codemandadas y que debe presumirse que la minoración, fue producto de la mala capacitación de la actora y la inexistencia de adecuados controles médicos y que tampoco se han desvirtuado los testimonios que reseñaron consistentes con el tipo de tareas, el esfuerzo, las repeticiones, la falta de instrucciones, la carencia de prevención de accidentes entre otros incumplimientos. Acota que la conducta de H., aparece causalmente vinculada con el acaecimiento del infortunio, que es la empresa que

introduce el riesgo que genera el desplazamiento manual de cargas o el manejo reiterado del cuchillo fileteando.

Señala por otro lado que de la pericia técnica, no surge que exista documental que notifique a la actora de normas de procedimiento (más allá que señaló que el que se le presenta es obsoleto), no existe registro de la implementación de las reglas ergonómicas, que de la capacitación de fecha 05/09/2008 no surge que la hubiera recibido la actora, no hay constancia de los exámenes médicos periódicos que debieron realizarse conforme las resolución de la SRT que menciona, tampoco figura la actora en las auditorías realizadas dentro de la empresa.

Subsidiariamente deja planteada la condena sistémica, para el caso que se sostenga la sentencia de grado.

Mantiene la cuestión federal.

3. <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

Inicio el tratamiento de los agravios de la parte actora, reiterando cual señala la magistrada de grado, en cuestión que llega firme a esta Alzada que las partes han sido contestes en las circunstancias fácticas del caso y en consecuencia, deberá tenerse probado que la Sra. C. C. sufrió una enfermedad accidente "tendinitis de muñeca derecha" cumpliendo tareas para H. S.A. Tampoco ha sido objeto de controversia y llega firma a esta Alzada, que la actora recibió las prestaciones médicas por parte de la ART y que en el marco de la LRT se le determinó una incapacidad del 11,08% percibiendo una prestación dineraria de $ 19.944 por parte de la ART.

Habilitado el reclamo extrasistémico, deberé abordar los agravios de la parte actora que procuran la revocación de la sentencia en este aspecto del pronunciamiento.

3. 1) <u>La responsabilidad civil de P. ART S.A</u>.

3.1.1.) La responsabilidad civil de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo fue tratada por la magistrada de grado en el marco del art. 1074 del CC. La norma expresa: *"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."*

Tal como informa el recurrente en su memorial de agravios en los precedentes "C." (SD N° 11/SRE/2012), "C." (SD N° 28/SRE/2013) y "E. H." (SD N°31/SRE/2013), el Superior Tribunal de Justicia dejó establecida su postura en relación a la responsabilidad civil por omisión de las aseguradoras de riesgo de trabajo.

En el primero de ellos se expuso que: **a)** El art. 4 de la L.R.T. establece que las A.R.T. están obligadas a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo... pto. 4. La ART controlará la ejecución del plan de mejoramiento y está obligada a denunciar los incumplimientos a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. El Decreto Nacional N° 170/96, reglamentario de la Ley de Riesgos del Trabajo, establece en su art. 18 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; el art. 19 exige a las aseguradoras realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo. A tal fin 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...".

b) Que las ART, como sujetos de derecho, nada obsta para que puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico. Una acción no prevista por la LRT, y que no requiere la declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma de aquéllas, es la que puede intentar el trabajador contra la ART con fundamento en el art. 1074 del CC. La finalidad de la misma es condenar a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) a abonar a la víctima del infortunio el

resarcimiento pleno en base a la normativa civil e independientemente del otorgamiento de las prestaciones de la LRT. […]. Desde la perspectiva contractual se trata de un caso de "no seguro".

c) La aplicación del art 1074 CC, presupone el incumplimiento por parte de la ART de un deber propio de obrar emergente, no del contrato de seguro ya que dicha responsabilidad es ajena al mismo, sino de una obligación impuesta por la ley a la ART.

d) Que "Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes, esto es en el que se debe probar la culpabilidad, en sentido amplio, es decir, abarcativo del dolo o de la culpa, por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal.

e) El sistema de culpa objetiva y de inversión de la carga probatoria que para los casos que contempla, prevé el segundo párrafo del art. 1113 del C. Civil es inaplicable por cuanto la aseguradora en tal caso es

responsable a título propio y no del seguro, y por ende, no es ni dueña ni guardiana de las cosas que intervienen en el daño.

f) El art. 1074 del CC, regula una responsabilidad por el hecho propio que consiste en omitir el cumplimiento de deberes a su cargo. La condición para aplicar la norma radica, entonces, que el sujeto (persona física o jurídica) no cumple una disposición legal.

g) Que la responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, no podrá discutirse, pero sin dudas, deberán examinarse en cada caso, el cumplimiento de elementos que resultan componentes esenciales de la responsabilidad civil. Esto es: 1)- antijuridicidad, cuando un acto infringe un deber legal preexistente, esta fracción puede ser por acción o comisión o de omisión o culpa por abstención; 2)- el daño injustamente padecido; 3)- una relación de causalidad adecuada (comisión u omisión) y el daño; y 4)- el dolo o culpa.

3. 1.2) Corresponde analizar si en el caso concreto, se encuentran probados los incumplimientos que se le achacan a la Aseguradora y de ser así, si estos tienen vinculación causal con el accidente para endilgarle la responsabilidad atribuida.

La actora ha señalado como incumplidas las obligaciones previstas por la LRT como la de su decreto reglamentario impuestas a las ART (arts. 4 y 31.1. de la ley; y arts. 19 y 20 del Decreto 170/96), se endilgó también el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad Ley 19.587 Dec 351/79 (en particular el examen médico periódico de la parte del cuerpo expuesta a ser lesionada como son las manos o miembros superiores). Señaló que con la protección necesaria y con el control de seguridad laboral adecuado, la noxa dañosa no se hubiera producido.

Frente a los incumplimientos reseñados, la ART al contestar demanda señaló que la imputación era difusa, sin imputar incumplimientos puntuales, sin perjuicio de lo cual dijo que su mandante había cumplido con sus obligaciones legales, consensuando medidas de prevención, indicando las mejoras en las instalaciones y el contenido de las
capacitaciones a brindar, efectuando las visitas de verificación de los planes consensuados y en su caso denunciando los incumplimientos en que
incurriera la empresa. Señaló también que era carga de la actora acreditar la relación causal entre los pretensos incumplimientos y el accidente sufrido por la accionante. Refirió que tampoco se puede atribuir a la ART el supuesto incumplimiento del deber de capacitación e instrucción de los trabajadores que resulta de los diversos incisos del art. 19 del Dec. 170/96 y anota la contradicción entre esta norma y la del art. 31.3 inc a que dispone que es el empleador quien debe brindar la información y la capacitación en materia de prevención de riesgos y el art. 28 inc e) que pone en cabeza del empleador la capacitación sobre riesgos de trabajo. Destaca finalmente que no existe relación entre el infortunio y la falta de capacitación de los trabajadores.

Me he permitido reseñar los antecedentes del caso y la postura que asumen las partes en el proceso para señalar que se observa en la sentencia una contradicción a mi criterio sustancial. Si la accionada no indicó cuál es la conducta omisiva de la aseguradora que pudo haber provocado en el caso concreto la ocurrencia de la enfermedad profesional padecida por la trabajadora, no se advierte como luego puede señalar que "se discernirá si las omisiones imputadas a la ART, esto es los incumplimientos de los deberes establecidos en la ley de seguridad e higiene constituyen causa eficiente" () "se indagará si existe omisión culposa imputable a sus deberes". Menos aún puede concluir que no existe nexo adecuado de causalidad *"Es*

que no vislumbro que sea posible imputar algún incumplimiento de la aseguradora que hubiera contribuido a generar el daño sufrido por la accionante dadas las características de la enfermedad profesional y la actividad de la trabajadora, ateniéndome a la descripción del siniestro que consta en el expediente U01-H00197/09 donde se hace constar "pelando calamar acusa dolor en muñeca derecha. Lesiones provocadas: Tendinitis de la muñeca derecha" (fs. 13)".

Conforme el criterio que ha sostenido el STJ en los fallos ya referenciados, incumbía a la ART acreditar el cumplimiento de las obligaciones que le impone la LRT y a tenor de las constancias probatorias reunidas ningún aporte documental requerido por la parte a la ART se ha cumplido y *"Esta conducta silenciosa y reticente de arrimar elementos a la causa hace operativa la presunción legal en contra de la ART (art. 392 CPCC) "*(SJCh "Casas").

Por su lado tampoco surge de la pericia técnica (370/382 y fs. 495) que la ART haya brindado capacitación a la Sra. C. sobre el modo y las medidas de seguridad que debía adoptar para las tareas que se ha reconocido cumplía la trabajadora y al dar respuesta al punto pericial 9.2

refirió que la Res. 295/03 del MTESS describe la ergonomía como herramienta de estudio y mejora de las capacidades laborales incluido el manejo de cargas aplicable a la empleadora sin que se le mostraran registros de su implementación y que en la capacitación realizada por la ART sobre el tema, no figura la actora. Señaló el perito que en su visita se demuestra el cumplimiento del art. 213 del Dto. 351/79 y que en los dichos del responsable del servicio de H&S, la inducción laboral al puesto de trabajo y la capacitación inicial en prevención de riesgos se realiza mediante una charla y con la entrega de material impreso sin que existan constancia de entrega del material a la actora. Y en el punto, vale recordar que las ART

deben evaluar periódicamente los riesgos existentes y el control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo.

Las pruebas testimoniales reunidas Q. (fs. 324) M. (fs. 294) S. (fs. 296) Q. (fs. 407) dan cuenta de las tareas que cumplía C., que no contaron con capacitación ni de la empleadora ni de la ART y que no se cumplieron las revisaciones médicas periódicas.

A la descripción de las tareas cumplidas por la actora, ratificadas por las testimoniales ya referenciadas, le siguen las manifestaciones del perito técnico respecto de los movimientos que deben realizar las envasadoras o las prolijadoras y las condiciones ambientales donde se cumplen y que todo ello resentiría el aparato musculo- esquelético de las operarias.

De todo lo expuesto y siguiendo el criterio del STJCH, debe tenerse por justificado que la ART codemandada incumplió los deberes a su cargo específicamente aquellas obligaciones de prevención cuales son la de informar, capacitar al personal en el modo de cumplir las tareas permanentes y repetitivas que se ha probado cumplía la actora, el desplazamiento de peso y la de efectuar los controles médicos periódicos para prevenir las dolencias que esa mecánica de trabajo, pudieran generar.

Acreditado el incumplimiento de aquellos, corresponde establecer si éstos han tenido vinculación causal con la dolencia que porta la Sra. C. y en consonancia con lo resuelto en los fallos referenciados *"se recurre a lo que la doctrina más autorizada en la materia ha dado en llamar "cálculo de probabilidad" o "análisis ex post facto". Es decir, prescindiendo de la realidad del hecho sucedido, habrá que preguntarse si la omisión de la ART era apta para que se produjera el daño, según el curso natural y ordinario de las cosas. Si la respuesta es afirmativa de acuerdo a la experiencia diaria de la vida; es pertinente declarar que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces, objetivamente, imputable*

a la ART. Si se contesta en forma negativa, faltará la relación causal. Recuerdo, que no se pretende que la ART tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un compartimiento diligente con sus obligaciones legales. "

En el límite del agravio, se ha concluido que la actora al tiempo del examen médico, en el marco de la pericia ordenada, porta una tendinitis de muñeca derecha con dolor y disminución de la movilidad articular. Señaló el perito médico que el accidente fue tratado por tenosivitis de muñeca derecha (fs. 230/234 y 238/245) y que las lesiones y secuelas que presenta tienen relación con el accidente de trabajo relatado en autos. Señaló también que las mismas están originadas por el traumatismo indirecto en forma crónica en el miembro superior afectado producto del esfuerzo y de la manipulación de herramientas y de movimientos repetitivos, mientras desarrollaba las distintas tareas.

Si la operaria no fue capacitada en la prevención de riesgos, si no existieron los estudios médicos periódicos para conocer el estado de salud de la trabajadora, si se desconoce cuáles fueron las estrategias de prevención respecto de las afecciones músculo- esqueléticas que puede generar el trabajo permanente y repetitivo que cumplía C., puede concluirse que los incumplimientos reprochados a la ART, tuvieron incidencia causal en la dolencia de la actora, que reconoce como dato fáctico que la exterioriza el accidente de fecha 11 de noviembre de 2011.

Desde la perspectiva que expongo, la ART deberá responder en los términos del art. 1074 por los daños que se ha acreditado han derivado de la dolencia que incapacitó a la Sra. C.. *"La aseguradora no especificó concretamente acerca de cuáles fueron las diligencias realizadas, ni ilustró los actos orientados a la prevención de los riesgos laborales propios de la actividad que realizaba la actora, a pesar de que el ordenamiento jurídico les imponía un obrar*

positivo, mandato legal que es explícito (artículo 4 ° de la ley 24.557, ley 19.857 de Higiene y Seguridad en el Trabajo – artículos 5°, 7 ° y conc. y su reglamentación: decreto 351/1979, con sus modificatorios), circunstancia que excluye, a mi juicio, vacilaciones anudadas en torno de la relación causal" (SD 38660 – Expte. 37.143/2009 – "Sandoval, Gabriela Alicia c/ INC S.A. y otro s/ Accidente – Ley Especial" – CNTRAB – SALA VIII – 03/02/2012. Base el dial AA74C6)

3.2. <u>La responsabilidad civil de H. S.A.</u>

3.2.1. La acción 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.

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 los términos en que se ha dictado la sentencia, la señora jueza de grado tuvo por cierto que la Sra. C. sufrió una enfermedad " tendinitis de muñeca derecha", cumpliendo tareas para H. S.A. resarcida en los términos de la LRT por una IPPD del 11,08% determinado como fecha de la contingencia el 11 de noviembre de 2011.

Enseña Emilio Bonnet, que se conceptualiza como enfermedad profesional aquel "estado patológico... que tiene su origen en el ejercicio normal, habitual, repetido y prolongado de una determinada profesión, incluida o no en una ley laboral", siendo una característica específica de la "enfermedad profesional", la íntima relación etiológica de aquella con la fuente de trabajo" (Medicina Legal, 2° Edición, López Libreros Editores, 1980, t. 1, pág. 747)..

El argumento medular de la sentencia para desestimar el reclamo con base en el art. 1113 ha sido "*que no es posible inferir el nexo de causalidad necesario y suficiente entre la enfermedad y las omisiones que en forma genérica esgrime la actora ya que el experto ha constatado que efectúa las revisiones, visitas y recomendaciones correspondientes a la normativa vigente en la materia*". Más adelante señala *"el esfuerzo debió centrarse en acreditar aquello que tampoco fue especificado en el escrito inicial, es decir, cuales hubieran sido las acciones preventivas que debieron realizar las codemandadas a fin de evitar que la actora padeciera la enfermedad profesional de tendinitis, cuál fue la omisión culposa de las accionadas generadora y desencadenante del daño en la salud de la demandante, y cuáles fueron las medidas de seguridad omitidas que hubiesen prevenido y evitado el daño según el orden natural de las cosas, siendo que las tareas desarrolladas por la trabajadora implicaban movimientos repetitivos de desplazamiento con rotación y flexión de los miembros superiores"*

Llega firme a esta instancia que el día 11 de noviembre de 2011, la Sra. C. sufrió un infortunio laboral; no ha sido materia de discusión que las tareas desarrolladas por la actora implicaban movimientos repetitivos de desplazamiento con rotación y flexión de los miembros superiores; el perito técnico ha señalado que las tareas se cumplían en condiciones ambientales húmedas y frías, lo que resentiría el aparato músculo

esquelético.

No se comparte las conclusiones de la sentencia respecto de la pericial médica cumplida.

Ya hemos señalado que, aun cuando pueda valorarse la opinión del perito médico desde un punto de vista científico, lo cierto es que -a más de sostener generalmente el relato del actor como antecedente fáctico para atribuirle entidad de causa de las dolencias detectadas-, está fuera de su incumbencia

determinar la relación causal, que queda reservada al juez quien, apreciando los hechos debatidos en autos, determina, en cada caso la existencia de aquella.

Aun cuando es resorte de los jueces determinar si el factor laboral tiene incidencia causal en la dolencia detectada y ello por tratarse de una cuestión que tiene un núcleo fáctico y jurídico, lo cierto es que siempre se ha de requerir el asesoramiento previo de los profesionales de la medicina quienes en definitiva se expiden respecto de saberes extraños al conocimiento del juez.

En el caso concreto de autos, no establece el perito médico "la relación de causalidad" como se infiere ha concluido la magistrada. El médico ha descripto la lesión portante, ha indicado cuál es el antecedente del infortunio que no ha sido materia de controversia, esto es no introduce ninguna cuestión novedosa o distinta a la reconocida en la sentencia de grado, refiere que las secuelas están originadas en el traumatismo indirecto en forma crónica en el miembro superior afectado, cuyo agente productor son las posiciones forzadas y los gestos repetitivos en el miembro superior. Vale destacar que el informe pericial no ha merecido impugnaciones de las partes.

Los movimientos repetitivos que realizó la actora fueron informados por el perito como condiciones laborales con idoneidad para provocar y/o desencadenar la afección en cuestión y como tales, se encuentran sujetos a comprobación y determinación por el órgano jurisdiccional.

Las tareas de la actora y el modo en que se cumplió fueron admitidas en la sentencia y reconocidos en las declaraciones testimoniales cumplidas en esta sede. Ya he señalado, dando respuesta al agravio anterior que los testigos Q. (fs. 324) M. (fs. 294) S. (fs. 296) Q. (fs. 407) han dan cuenta de las tareas que cumplía C., que no contaron con

capacitación ni de la empleadora ni de la ART y que no se cumplieron las revisaciones médicas periódicas..

Conforme a lo normado por el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, era carga de la demandante demostrar el nexo de causalidad entre la labor prestada y la enfermedad que porta.

La CSJN en el caso "Silva" consolidó la doctrina que establece que las enfermedades laborales que afectan a los trabajadores dan derecho a los damnificados a la reparación integral sobre la base del derecho civil, en la medida que exista un nexo de causalidad entre la afección constatada y la actividad laborativa prestada a favor del empleador.

Señaló la magistrada de grado que no se pude conocer cuáles hubieran sido las medidas preventivas que debieron realizar las codemandadas a fin que la actora padeciera la enfermedad y se pregunta cuál es la omisión culposa de las accionadas.

Prescinde la magistrada que la atribución de responsabilidad a la empleadora ha sido en los términos del art. 1113, segundo párrafo del Código Civil y desde esa perspectiva está probada la influencia que las cosas -productos de la pesca que procesaba H. S.A- manipuladas reiteradamente con movimientos repetitivos la actora, de propiedad o guarda de la demandada y su desplazamiento se encuentran vinculadas causalmente con el esfuerzo realizado y el efecto perjudicial en la salud de la operaria. Si bien no se trata de cosas riesgosas en sí mismas, la actividad que desarrollaba sí lo era en función de la modalidad empleada -la manipulación y desplazamiento de los productos de la pesca (envasadora, prolijadora, clasificadora, desmoldados) en jornadas de ocho horas de trabajo y en beneficio de la empresa demandada.

En dicho contexto, la demandada para eximirse de responsabilidad, debió demostrar la concurrencia de alguna de las eximentes que consagra la parte

final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, es decir, que el daño obedeció al propio accionar de la víctima o que fue provocado por un tercero por quien no debe responder, circunstancias que no alegó.

En definitiva corresponde declarar civilmente responsable a H. S.A. por el daño producido en la salud de la Sra. C. por revestir la calidad de dueño o guardián de la cosa productora de riesgo cuya actuación tuvo eficiencia causal suficiente para provocar el perjuicio patrimonial sufrido por la víctima (arts. 1068, 1069, 1078 y 1113 in fine del Código Civil).

4.

Admitida la responsabilidad civil tanto de H. S.A. como de P. ART S.A. corresponde resolver sobre los rubros que integran el reclamo resarcitorio.

a) Reclama la parte actora para el daño material la suma de $ 49.176,82, considerando para el cálculo matemático, la incapacidad, la edad de la víctima al tiempo del infortunio (25 años), la remuneración de $ 2000 (a noviembre de 2008).

Conforme el criterio que viene sosteniendo esta Cámara receptando el criterio de la CSJN "no son admisibles criterios matemáticos para graduar el monto de los perjuicios (fallos 300: 1254), y que éstos debe establecerse teniendo en cuenta los datos concretos de las personas y en función de las circunstancias que rodean al caso, de forma más ajustada y menos inflexible.

Luego de lo expuesto, debe concluirse que pocos elementos fácticos ha incorporado la parte actora para evaluar el contexto socio-económico en el que se desarrollaba su vida antes del infortunio del 11 de noviembre de 2008, que no sean los datos necesarios para conformar las variables del cálculo actuarial efectuado en la demanda.

En la tarea de cuantificar el daño material será menester analizar la naturaleza de la dolencia instalada en la actora, cómo ésta habrá de influir negativamente en las posibilidades de vida futura de la damnificada, 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).

Sobre esa base, considerando la edad de la accionante al momento del infortunio (25 años), el porcentaje de incapacidad determinado (13,6 %), remuneración acreditada ($ 2.442,19 para Octubre de 2008) -ver pericial contable de fs. 479), desconociendo otros parámetros de los que se pueda inferir capacitación para desempeñarse laboralmente, núcleo familiar y/o actividades extralaborales que desarrollaba, estimo equitativo y razonable determinar como monto de la reparación por daño material la suma de $22.000 (pesos veintidós mil pesos) con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del infortunio (11/11/2008) y hasta su efectivo pago. De la suma que resulte deberán detraerse los montos abonados por la ART que denuncia percibidos, a los que al tiempo de la ejecución de sentencia deberán adunarse los intereses con la misma tasa.

b) En cuanto a la pérdida de chance, la actora al tiempo de reclamar este ítem, circunscribió su fundamento señalando que 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.

El daño patrimonial resarcible debe ser cierto, no eventual ni conjetural, y aun cuando no aparezca sino como una posibilidad futura (no existe certeza

respecto de lo por venir); se exige, cierto grado de razonable certidumbre acerca de la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida. Esto constituye una "chance", cuya frustración es indemnizable como tal -no por el equivalente al beneficio esperado o de la pérdida evitable, sino por el valor estimativo de la chance misma, que constituye un daño actual y cierto.

La pérdida de chance constituye entonces, 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.

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 (Conf. 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/, Provincia de Buenos Aires 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 (Conf. 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).

En ese contexto, no existe prueba en el expediente- independiente de la incapacidad física acreditada- que autorice la reparación de este rubro en forma independiente, ni aún para mensurarlo dentro de la reparación material, por lo que voy a proponer al Acuerdo se desestime.

c) Reclama la actora el daño moral el que tasa en la suma de $ 10.000 a la fecha del evento dañoso.

El daño moral ha sido definido como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre, como ser la paz, la tranquilidad de espíritu, la integridad física, la libertad individual, el honor, los más sagrados afectos (SCBA, ED 14-14).Explicité al tratar el agravio de la actora sobre la cuantificación del daño moral, su naturaleza resarcitoria y las pautas sobre las cuales prudencialmente los jueces deben establecerlos.

De la lesión a la integridad física de una persona se infiere el daño moral padecido por aquella. "En la generalidad de otros casos y como principio, el daño moral se reputa acreditado *in re ipsa* (por la fuerza de los hechos mismos), en tanto resultado lesivo congruente con el suceso, según la habitual experiencia. Lo expuesto es acorde con la previsibilidad objetiva inherente al sistema de causalidad adecuada: se consideran producidas por el hecho las consecuencias que acostumbran a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (art.901, Cód. Civil). A su vez, las cargas probatorias dinámicas deben ser asumidas por quien invoca algo opuesto a una regularidad fáctica" (Zavala de González Matilde Tratado de Daños a las personas. Resarcimiento del daño moral" pág 503 Ed. Astrea, 2009).

Sobre esas pautas estimo que deberá reconocerse a la actora la suma de $ 10.000 (pesos diez mil) con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del infortunio (11/11/2008) y hasta su efectivo pago.

5.

La parte actora ha solicitado que la condena por reparación integral a la actora sea establecida en forma solidaria.

Es criterio de esta Cámara que en el caso de autos, las obligaciones de resarcir que pesan sobre ambos sujetos es de aquellas denominadas “concurrentes”; en efecto, encontramos que surgen frente a la víctima dos relaciones jurídicas obligatorias y diferentes, aunque conexas y vinculadas. Ambas prestaciones tienen punto de contacto, como lo son la identidad de acreedor y el objeto, aunque difieren sustancialmente en cuanto a los sujetos pasivos y a la causa generadora de la obligación de resarcir. “… la responsabilidad civil que le cabe a la ART, es concurrente con la de la empleadora, ya que ambas son deudoras, en forma yuxtapuesta, en
funciones de responsabilidad y de garantía, o sea el autor del daño y quien debió controlar. Pero se trata aquí de obligaciones que tienen diferente causa- fuente: a) La de la empleadora proviene por ser propietaria de la cosa productora del daño (art. 1113 Cód. Civil) o bien de la responsabilidad
subjetiva del artículo 1109 del Código Civil. B) La ART tiene
responsabilidad por las omisiones legales en las que incurre y que son las productoras del daño que sufre la víctima (art. 1074, Cód. Civil)” Schick “Riesgos del Trabajo” T 1 pág.307 Ed. David Grinberg. Libros Jurídicos, Bs.As. 2011).” (CAPM entre otras SDL N° 44/12; SDL N°57/12; SDL N°10/13).

6.

Concluyo el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, proponiendo al Acuerdo se revoque la sentencia en todo lo que ha sido materia de agravio y se admita parcialmente la demanda que por
reparación extrasistémica interpuso la actora. Consecuente con ello deberá condenarse a H. S.A. y a P. ART S.A., en forma concurrente, a abonar a la actora por daño material la suma de $22.000 (pesos veintidós mil pesos) y por daño moral la de $ 10.000 (pesos diez mil) con más los intereses a la tasa

activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del infortunio (11/11/2008) y hasta su efectivo pago. De la suma que resulte deberán detraerse los montos abonados por la ART que denuncia percibidos, a los que -al tiempo de la ejecución de sentencia- deberán adunarse los intereses con la misma tasa.

7.

Las costas

a) Costas en la primera instancia: Conforme la manda del art. 282 del CPCC, cuando la sentencia fuera revocatoria de la primera instancia, el Tribunal adecuará las costas y el monto de los honorarios al contenido del pronunciamiento.

Se advierte que en la sentencia de grado, las costas se han establecido globalmente sin considerar que en la demanda existieron dos pretensiones diferenciadas, por lo que al tener que expedirme en los términos del art. 282, necesariamente deberé desdoblar.

1) Por la demanda extrasistémica las costas se imponen a las codemandadas vencidas (art. 69 del CPCC). Los honorarios por la actuación de los letrados que intervinieron conforme su mérito, etapas cumplidas, resultado obtenido y sobre el monto del proceso, propongo se fijen en el 18 % para los letrados de la actora V. F., G. L. S. L. F., en conjunto y proporción de ley, para los abogados de H. S.A. D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 16 %, para el letrado de Provincia ART S.A. L. Á. N. en el 16%, los del Cuerpo Médico Forense en el 3%, los del perito contador E. S. en el 4%, los del perito técnico Ing. J. M. M. en el 3% y los del consultor técnico Dr. R. A. en el 3 %. Sin regular honorarios al letrado D. T. en atención al carácter en que se presentó en autos (fs. 466). Los porcentajes establecidos serán de aplicación sin perjuicio de los

mínimos legales y con más el IVA si correspondiere. (arts. 5, 6,7, 8, 9,38, 60 de la ley XIII N°4 y su mod., art.22 Ley XIII N° 18 y Ac 4195/14 STJCh)

2) **Por la demanda de las indemnizaciones conforme la LCT admitida**, las costas deberá soportarlas H. S.A. (art 69 el CPCC). Los honorarios de los letrados de la parte actora V. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley en el 18 %, para los abogados de H. S.A. D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 16 % a calcular sobre el monto que resulte liquidado para las indemnizaciones con fundamento en la LCT que resulte, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.

b) Las costas en la Alzada se imponen a las codemandadas H. S.A. y P. ART S.A. vencidas (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados de la parte actora V. F. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley propongo se fijen en el 35 % de los que resulten determinados en la instancia de grado respecto del reclamo extrasistémico, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si

correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

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

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

1.

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 propuestos por la Sra. Vocal de primer voto.

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

2.1.

Se agravia la actora sosteniendo que el decisorio de autos se apartó de la doctrina legal del Superior Tribunal provincial, rechazando la demanda. En tal sentido, sostiene que incumbía a la aseguradora la prueba de las obligaciones legales a su cargo en materia de seguridad e higiene. Asimismo, señala que la parte actora ofreció y produjo la testimonial, documental, informativa a la SRT, pericial técnica y médica e intimó a la demandada a la exhibición de documentación, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 391, del CPCC.

Remite a la prueba producida por su parte, a cuyo fin enumera las conclusiones del perito médico (fs. 444), la pericia técnica de fs. 379/382 la testimonial de fs. 324, la informativa de fs. 273, la omisión de la presentación en autos del legajo del siniestro.

Puntualmente sostiene que la aseguradora incumplió con el art. 4, inc. 1 LRT, que emplaza a la ART a adoptar las medidas legalmente previstas para evitar riesgos en el trabajo, omitió impartir la debida capacitación ni controló, ni denunció los incumplimientos en materia de seguridad e higiene.

Ajustaré mi voto estrictamente hasta lo que hoy es doctrina legal vigente del Superior Tribunal provincial. Lo haré así, pues me lo exige el art. 291, inc. 1) del CPCC.

El decisorio de autos sostuvo que la actora, frente a su pretensión basada en el art. 1074, Cód. Civil, no indicó de qué modo la conducta omisiva de la aseguradora pudo haber provocado la enfermedad profesional de la actora, concluyendo que no se ha acreditado el nexo causal entre el incumplimiento genéricamente denunciado o la omisión de los deberes legales, o el deficiente ejercicio del deber de control en materia de seguridad e higiene. No explica ni pone en evidencia -señala el pronunciamiento- qué tal circunstancia omisiva jugó un papel relevante como factor causal del infortunio.

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 Aseguradora de Riesgos del Trabajo 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).

La postura del máximo Tribunal provincial en tal aspecto, en SD 11/SER/2012, SD 28/SER/2013 y SD 31/SER/2013, ha dejado evidenciado que en el caso es de aplicación el art. 1074, Cód. Civil.

La aplicación del art 1074 CC, presupone el incumplimiento por parte de la ART de un deber propio de obrar emergente, no del contrato de seguro ya que dicha responsabilidad es ajena al mismo, sino de una obligación impuesta por la ley a la ART. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes, esto es en el que se debe probar la culpabilidad, en sentido amplio, es decir, abarcativo del dolo o de la culpa, por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal.

La eventual responsabilidad de la ART es independiente de la del empleador ya que no emerge del contrato de seguro. Dicho contrato es la ocasión pero no la causa del deber de obrar que surge de la propia ley (conf.: Ackerman, Mario E.: "La Ley sobre Riesgos del Trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", RubinzalCulzoni, 2008, págs. 219/220; y Foglia, Ricardo A. en Rodríguez ManciniFlogia Ricardo A., "Riesgos del Trabajo", Ed. La

Ley, Año 2008, págs. 655/656).

Es decir, regula una responsabilidad por el hecho propio que consiste en omitir el cumplimiento de deberes a su cargo. La condición para aplicar la norma radica, entonces, que el sujeto (persona física o jurídica) no cumple una disposición legal.

Para precisar, no se pretende que la ART tenga que evitar todo accidente, lo que es materialmente imposible, se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación a sus obligaciones legales. Su deber consiste en no actuar culposamente. En concreto se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla establecida en el art. 1109 CC. Se la exime de responsabilidad si prueba que cumplió con las obligaciones que le eran exigibles y que hubieran evitado el infortunio (conf.: Horacio Schick, en importante trabajo de doctrina que comparto, "La responsabilidad civil de las aseguradoras de riesgos del trabajo", publicado en L. L. 2009-C, 169).

Es decir, prescindiendo de la realidad del hecho sucedido, habrá que preguntarse si la omisión de la ART era apta para que se produjera el daño, según el curso natural y ordinario de las cosas. Si la respuesta es afirmativa de acuerdo a la experiencia diaria de la vida; es pertinente declarar que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces,

objetivamente, imputable a la ART. Si se contesta en forma negativa, faltará la relación causal. Recuerdo, que no se pretende que la ART tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un compartimiento diligente con sus obligaciones legales (cfr. STJCh, SD 11/SER/2012).

También remarcó el Superior Tribunal mencionado en el fallo que se cita antes y en SD 28/SER/2013, que la conducta silenciosa de la aseguradora en cuanto a arrimar elementos de la causa torna operativo el art. 392, del CPCC.

En función de lo expuesto, habré de analizar los elementos de prueba arrimados y determinar si de los mismos se advierte configurada la necesaria conexión de causalidad adecuada para atribuir responsabilidad a la aseguradora demandada.

En cuanto a la invocada falta de capacitación y revisaciones médicas periódicas y visitas, las testimoniales de fs. 294, 296, 407 y 324, indicaron que: a) que la aseguradora no brindó capacitación respecto de las tareas a su cargo; b) que la aseguradora no realizaba visitas; c) que no se realizaban revisaciones médicas periódicas.

La pericia de fs. 379/382 da cuenta que la empleadora, conforme informe de la SRT, no mejoró la prevención por no haber reducido el índice de accidentabilidad en más del 20%, debiendo, por lo tanto, efectuar acciones específicas en materia de prevención de riesgos del trabajo, conforme Resoluciones SRTY 1139/04 y 127/05. Agrega que no existe documental que acredite notificación a la actora relativa a las normas de seguridad e higiene, ni constancia de entrega de manual. Sostiene que en cuanto al manejo manual de cargas se realizó por parte de la ART la capacitación exigida en 05.09.08, pero en ella no figura la actora. En cuanto a los movimientos que deben realizar las envasadoras (activo con

desplazamiento) o las prolijadoras (activo sin desplazamiento) dentro de la planta, las mismas deben rotar, flexionar y levantar pesos entre 5 y 12 kg en promedio y trasladarlos a distancias entre 2 y 15 mts. Tienen un permanente y repetitivo movimiento de brazos en el proceso de

acomodado de filetes en las bandejas de congelado, en éstas los brazos deben estar a la altura media del tronco con los hombros con tensión, rotación y flexión de codos y muñecas, maniobras de apalancamiento brazo-hombro al elevar el nivel de las cunitas con pescados o filetes. Las condiciones ambientales son húmedas y frías y sobre todo en los meses invernales resentiría el aparato músculo esquelético de las operarias.

A fs. 495 el perito técnico agrega que la actora no figura en ninguna de las auditorías o actuaciones realizadas en la empresa; tales auditorías han sido prestadas en forma irregular a lo largo de los años, en tanto la SRT instó a la empleadora a mejorar los índices y el cumplimiento de la Res. 1139/04 y 127/05.

La pericia médica de fs. 443/44 sostiene que el traumatismo indirecto en forma crónica en el miembro superior afectado, producto del esfuerzo y manipulación de herramientas y movimientos repetitivos, mientras

desarrollaba sus tareas para su empleadora, son la causa de las lesiones y secuelas que presenta la actora, la que posee una incapacidad del 13,6%. Presenta una tendinitis de muñeca derecha con dolor y disminución de la movilidad articular.

No soslayo la omisión de la aseguradora en la entrega del legajo del

siniestro

La omisión de la aseguradora en el cumplimiento de su deber de

prevención de riesgos en el trabajo (arts 4 y 31, ley 24557) queda de este modo configurada desde que los actos omitidos (capacitación para la evitación de riesgos que evolucionen en accidentes o enfermedades

profesionales por defectuosa mecánica en la tarea que desarrollaba, cumplimiento del plan de mejoras exigidos por la SRT - ver fs. 273 -, ausencia de visitas periódicas, falta de notificación y entrega de normas y

manuales de seguridad e higiene utilización de cables salvavidas amarrados a un punto fijo independiente de la plataforma y del sistema de suspensión) no fueron aptos para excluir el peligro y detener el curso de los acontecimientos que desembocaron en el perjuicio (arg. art. 1074, Cód. Civil). De ese modo, queda configurada la cadena de causalidad adecuada: el incumplimiento a su deber de prevenir, conforme con las normas que así lo disponían, fue inherente al daño causado.

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 las normas de los arts. 4, inc. 1), LRT, ley 19.857, arts. 5, 7 y cc, Decreto 351/79, siendo que su violación se conecta causalmente con el daño causado a la víctima, actora de autos. Debe revocarse el fallo apelado en esta parcela analizada.

2.2.

Se agravia la actora en tanto el decisorio de grado rechazó la demanda contra la empleadora H. S.A.

Para sostener la desestimación de la demanda, el decisorio anterior consideró que en el supuesto en análisis no era posible inferir el nexo de causalidad entre las tareas de la actora y el daño causado. Remarcó también que no surge del escrito postulatorio cuáles debieron ser las medidas de la empleadora para evitar su dolencia.

El supuesto en análisis cae bajo la órbita de aplicación del art. 1113, 2ª parte, Cód. Ciivl.

De las declaraciones testimoniales citadas surge el tipo de tareas que desarrollaba la actora (envasado, cuereado, fileteo, emprolijado del producto de mar en cajones de 20 kg, tareas repetitivas para lo cual era necesario el uso de sus manos), la que se describe también en la pericia técnica y médicas mencionadas. A lo dicho en las consideraciones

anteriores respecto de la prueba rendida me remito.

En atención a ese análisis de la prueba, tengo para mí que el de autos fue un daño conectado causalmente con el riesgo de la actividad desarrollada, a través de la manipulación defectuosa, producto del modo en que las trabajadoras debían realizar las tareas mencionadas, en su provecho económico. Asimismo, la demandada no logró acreditar la causa ajena, prevista en la norma del art 1113, 2ª parte, último párrafo, del Cód. Civil para eximirse de su responsabilidad.

Se ha señalado respecto al aprovechamiento económico que resulta

razonable que quien provocó el daño, aun sin culpa, en una actividad lícita, lucrativa y útil para él, cargue con las consecuencias del riesgo que creó, siendo necesario repartir los daños que la actividad de los hombres va produciendo y parece justo que la responsabilidad recaiga sobre quien obtiene el beneficio inmediato de esa actividad (cfr Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I "R., R. H. c. Manliba S. A", 18/02/1994, DT 1994-B , 1634, AR/JUR/492/1994).

En tales términos, deberá condenarse concurrentemente a la codemandada H. S.A. al resarcimiento solicitado. Corresponde admitir el agravio y revocar el decisorio en este aspecto.

3.

3.1.

Reclamó la actora por daño físico la suma de $ 49.176,82.

He señalado en otros precedentes que, a los fines de la cuantificación del daño, 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; Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas. Integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p.427/428).

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, habré de remitirme, para la cuantificación del resarcimiento del daño, a la lesión padecida por la actora quien presenta, de acuerdo a la pericia médica de fs. 443/444, una tendinitis de muñeca derecha con dolor y disminución de la movilidad articular, causada por el traumatismo indirecto en forma crónica en el miembro superior afectado, producto del esfuerzo y manipulación de herramientas y movimientos repetitivos, mientras desarrollaba sus tareas para su empleadora, que le han dejado una incapacidad del 13,6%. Debe sumar a ello que, al momento del accidente, era una mujer joven de 25 años de edad. No se han acreditado otros extremos relacionados con sus demás actividades y su contexto familiar y social. Atendiendo esos escasos parámetros aportados, sin soslayar de esa manera la orfandad de alegato y prueba referida, razones de prudencia y equidad me llevan a coincidir con la Sra. Vocal de voto

anterior, en fijar un monto indemnizatorio de pesos veintidós mil ($ 22.000), con más intereses, desde la fecha del infortunio (1.11.08) y hasta su efectivo pago, conforme tasa activa del Banco del Chubut S.A. (art. 167, del CPCC).

3.2.

Lo que en la "chance" 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; importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento del cual se habría definido la obtención o no del beneficio, de ahí, que el monto por el daño y su cuantía se determina por la pérdida de oportunidad, lo que naturalmente es menor (cfr. Cám. Nac. Civ., Sala C. 19.10.95, "Piquet, Lucía c/ Empresa ferrocarriles Argentinos" en Daray, op. cit., p. 188).

No obstante ello y lo señalado en la demanda al respecto, ninguna prueba se ha arrimado, cuando sabido es que corría a cargo de la actora hacerlo (art. 381, del CPCC). Por tal razón, desestimaré el reclamo.

3.3.

Solicita también la actora se fije un monto de resarcimiento en concepto de daño moral.

El daño patrimonial no necesariamente es, de por sí, fuente de un daño moral resarcible. No se desconoce que el perjuicio patrimonial suscita una natural perturbación del ánimo, pero el daño moral no se identifica sin más con lo psíquico y requiere la lesión de un interés extrapatrimonial. El daño moral es una consecuencia espiritual de la lesión al interés ajeno, se trata de una

noción concreta y diferenciable de la lesión en sí misma considerada (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Daños a las personas", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p. 476 y 486).

Es decir, el resarcimiento del daño o agravio moral (que son conceptos sinónimos), no depende de la existencia de daños patrimoniales (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, in re: "Pérez de Vilaboy, Benigna E. c. Belluscio, Angel", 14/11/1982, AR/JUR/2576/1982).

Sabido es que el daño moral, en el anaquel de la responsabilidad civil extracontractual, no requiere de prueba, pues surge evidente a partir de los hechos mismos (*in re ipsa*) (cfr. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, 3. El proceso de daños", Ed. Hammurabi, p. 194).

De las circunstancias propias del hecho ilícito de que se trata, es dable presumir un menoscabo que conduzca a la reparación prevista en el art. 1078, Cód. Civil.

Por tal razón, juzgo prudente y equitativo fijarlo, tal como lo hace la Dra. de Villafañe, en la suma de $ 10.000, con más intereses, desde la fecha del infortunio (11.11.08) y hasta su efectivo pago, conforme tasa activa del Banco del Chubut S.A. (art. 167, del CPCC)

4.

Respecto de la condena a ambas codemandadas ha de hacerse en forma concurrente, y no solidaria como lo solicita el actor.

Cierto es que en la obligación solidaria los vínculos que ligan a los deudores plurales nace de una sola fuente, es decir, existe una "unidad de causa", en la que el deber de prestar de todos los deudores deriva del mismo hecho o título justificante (cfr. SCBA, 28.03.2001, "Ortiz de Franco, Agustino y otros", AP 14/75757).

En cambio, las obligaciones emergentes de la relación entre los copartícipes y los responsables indirectos de un cuasidelito son de las denominadas "concurrentes", las que se caracterizan porque varias personas adeudan al acreedor la misma prestación, sin ocupar la posición de deudores solidarios, esto es, tienen un mismo objeto aunque diversidad de causa y de deudor (cfr. SCBA, 15.06.99, JA 2000-I-531, ED 184-629, voto de la mayoría), bastando que uno de los deudores pague para que opere la cancelación de todas las deudas concurrentes (Cám. 2ª. Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 17.05.05, JUBA B 353987).

Por tal razón, la condena al pago de la indemnización fijada debe serlo en forma concurrente (cfr. mi voto en SDL 44/12; SDL 86/12; SDL 10/13).

5.

Las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas (art. 282, del CPCC). Por tal razón, atento la modificación del decisorio anterior, deben ser desdobladas: a) las correspondientes al reclamo por responsabilidad civil extracontractual, deben imponerse a ambas codemandadas, atento el principio objetivo de la derrota. (art. 69, del CPCC). Los honorarios de los profesionales intervinientes por la actuación en ese acápite y la base regulatoria deben ser fijados conforme lo establece la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts. 5, 6., 7, 8, 9, 38, 60 y cc, ley arancelaria); b) las correspondientes al reclamo por las indemnizaciones de la LCT, deben ser impuestas a la codemandada H. S.A. Los honorarios de los profesionales intervinientes por la actuación en ese acápite y la base regulatoria deben ser fijados conforme lo establece la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts. 5, 6., 7, 8, 9, 38, 60 y cc, ley arancelaria).

6.

Las costas de esta Instancia deben ser impuestas a las demandadas vencidas (art. 69, del CPCC). Los honorarios de los profesionales intervinientes deben ser fijados conforme lo establece la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts. 5, 7 y 13, ley arancelaria).

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

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

Apelan los letrados D. G. L. y G. W., los honorarios dispuestos en la sentencia de grado, por considerarlos bajos.
En orden a la manda del art. 282 del CPCC, se readecuaron los honorarios conforme el resultado del recurso, por lo que estimo que la cuestión devino en abstracta.
Así lo voto.

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

En atención al recurso de apelación de los honorarios interpuesto por los letrados de la codemandada H. S.A, y teniendo en cuenta la readecuación de costas y honorarios efectuada precedentemente, el análisis de la cuestión resulta abstracto.

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

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

1. REVOCAR la sentencia de fs. 526/542 en todo lo que ha sido materia de agravios. Consecuentemente con ello, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda que por reparación extrasistémica interpuso la Sra. C. C. y **CONDENAR** a H. S.A. y a P. ART S.A., en

forma concurrente, a abonar a la actora, en el término de diez días de adquirir firmeza el pronunciamiento y mediante depósito de ley por daño material, la suma de $22.000 (pesos veintidós mil pesos) y por daño moral la de $ 10.000 (pesos diez mil) con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del infortunio (11/11/2008) y hasta su efectivo pago. De la suma que resulte deberán detraerse los montos abonados por la ART que denuncia percibidos, a los que -al tiempo de la ejecución de sentencia- deberán adunarse los intereses con la misma tasa.

2. DEJAR SIN EFECTO la imposición de costas y regulación de honorarios establecidos en la sentencia de grado.

3. IMPONER las costas de la primera instancia (art. 282 del CPCC) de la siguiente forma: **a)** **Por la demanda extrasistémica** que se admite las costas se imponen a las codemandadas vencidas (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios sobre el monto del proceso que resulte en el 18 % para los letrados de la actora V. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley; en el 16% para los abogados de H. S.A. D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley; en el 16 % para el letrado de P. ART S.A. L. Á. N.; en el 3% para del Cuerpo Médico Forense; en el 4%, los del perito contador E. S. ; en el 3% los del perito técnico Ing. J. M. M. y en el 3% los del consultor técnico Dr. R. A.. Sin regular honorarios al letrado D. T. en atención al carácter en que se presentó en autos. Los porcentajes serán de aplicación sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA

si correspondiere. (arts. 5, 6,7, 8, 9,38, 60 de la ley XIII N°4 y su mod., art.22 Ley XIII N° 18 y

Ac 4195/14 STJCh). **b) <u>Por la demandada de las indemnización conforme la LCT admitida</u>,** las costas deberá soportarlas H. S.A. (art 69 el CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora V. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley en el 18 % y los de los abogados de H. S.A. D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 16 %. Los porcentajes deberá aplicarse sobre el monto que resulte liquidado para las indemnizaciones con fundamento en la LCT, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.(arts. 5, 6,7, 8, 9,38 de la ley arancelaria).

4. **IMPONER** las costas de la Alzada a las codemandadas vencidas (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora V. F. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley en el 35 % de los que resulten determinados en la instancia de grado respecto del reclamo extrasistémico, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria)
5. **DE FORMA.**

<u>A LA TERCERA 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.

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 junio 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. REVOCAR la sentencia de fs. 526/542 en todo lo que ha sido materia de agravios. Consecuentemente con ello, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda que por reparación extrasistémica interpuso la Sra. C. C. y **CONDENAR** a H. S.A. y a P. ART S.A., en

forma concurrente, a abonar a la actora, en el término de diez días de adquirir firmeza el pronunciamiento y mediante depósito de ley por daño material, la suma de $22.000 (pesos veintidós mil pesos) y por daño moral la de $ 10.000 (pesos diez mil) con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la fecha del infortunio (11/11/2008) y hasta su efectivo pago. De la suma que resulte deberán detraerse los montos abonados por la ART que denuncia percibidos, a los que -al tiempo de la ejecución de sentencia- deberán adunarse los intereses con la misma tasa.

2. **DEJAR SIN EFECTO** la imposición de costas y regulación de honorarios establecidos en la sentencia de grado.
3. **IMPONER** las costas de la primera instancia (art. 282 del CPCC) de la siguiente forma: **a)** **Por la demanda extrasistémica** que se admite las costas se imponen a las codemandadas vencidas (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios sobre el monto del proceso que resulte en el 18 % para los letrados de la actora V. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley; en el 16% para los abogados de H. S.A. D. G. L. y G.

W. en conjunto y proporción de ley; en el 16 % para el letrado de P. ART S.A. L. Á. N.; en el 3% para del Cuerpo Médico Forense; en el 4%, los del perito contador E. S. ; en el 3% los del perito técnico Ing. J. M. M. y en el 3% los del consultor técnico Dr. R. A.. Sin regular honorarios al letrado D. T. en atención al carácter en que se presentó en autos. Los porcentajes serán de aplicación sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiere. (arts. 5, 6,7, 8, 9,38, 60 de la ley XIII N°4 y su mod., art.22 Ley XIII N° 18 y

Ac 4195/14 STJCh). **b) <u>Por la demandada de las indemnización conforme la LCT admitida</u>,** las costas deberá soportarlas H. S.A. (art 69 el CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora V. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley en el 18 % y los de los abogados de H. S.A. D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 16 %. Los porcentajes deberá aplicarse sobre el monto que resulte liquidado para las indemnizaciones con fundamento en la LCT, sin perjuicio de los

mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.(arts. 5, 6,7, 8, 9,38 de la ley arancelaria).

4. **IMPONER** las costas de la Alzada a las codemandadas vencidas (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora V. F. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley en el 35 % de los que resulten determinados en la instancia de grado respecto del reclamo extrasistémico, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria)
5. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.