En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo E. 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: **"Z., J. L. c/ QBE A.R.T. S.A. s/ "Accidente de trabajo (sistémico)" (Expte. N°156/15)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 10061 Año 2011), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 664.

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

1.

El fallo de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del arts. 21, 22 y 46 ap. 1 de la Ley 24.557, con base en los precedentes de la CSJN y a los que remito por brevedad expositiva y no haber sido materia de apelación.
Luego admitió parcialmente a la demanda, y condenó a QBE ARGENTINA A.R.T S.A. a abonarle al actor, J. L. Z., DNI: **.***.*** en el plazo y modo que fija la suma de pesos diez mil seiscientos cincuenta y siete con dos centavos ($10.657,02), más los intereses que determina. Le impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de letrados, peritos y CMF, sin hacerlo al perito Acebes por la inoficiosidad de sus tareas.

Previo a ingresar en la cuestión, la señora jueza aclaró que el objeto de la presente litis se centraba en obtener la reparación de la diferencia de indemnización por incapacidad parcial y permanente, de acuerdo al porcentaje otorgado al señor J. L. Z., en virtud del accidente de trabajo sufrido el día 20 de noviembre de 2011, ello, en tanto la ART le abonara la suma correspondiente al 14,6% de la T.O. que fuera otorgado por la Comisión Médica N° 19.

Alude para ello cierta confusión en el modo de proponer la demanda y que no se ha demandado al empleador de Z. y mucho menos intentado la vía civil como entiende la única demandada QBE ART SA -ex CNA ART SA.

Agrega que la parte actora al momento de contestar el pedido de la demandada a la citación del empleador, se opuso a ello, argumentando claramente que la demanda de autos se dirigía contra la ART y en los términos de las disposiciones sistémicas previstas por la LRT (fs. 80 "Responde traslado citación de tercero").

Delimitado el objeto de la litis y resueltas las inconstitucionalidades de los arts. de la LRT, se ocupó del accidente sistémico.

Reiteró que la demanda se encaminó por la vía de la Ley 24.557 a fin de obtener el resarcimiento por la diferencia en el porcentaje de incapacidad otorgado por la Comisión Médica N° 19 al señor Z., porcentaje oportunamente abonado por la Aseguradora demandada, y lo que el actor considera la verdadera disminución en su capacidad laboral.

En razón de ello estimó inoficioso expedirse sobre las consideraciones esgrimidas por la tercera citada, a solicitud de la demandada, en tanto el accidente en cuestión fue reconocido por CNA A.R.T. S.A. oportunamente, y es en cabeza de la demandada sobre quien recae la responsabilidad

derivada directamente por las consecuencias de la Ley 24.557, teniendo en consideración que no se ha reclamado la reparación integral por la vía civil, por lo que resuelve rechazar la demanda contra la empleadora P. V. S.A., traída a juicio por la demandada.

Dicho ello abordó al accidente de trabajo, señalando que el actor reclamó en su demanda la diferencia otorgada por la minoración portante por el accidente que sufrió el 20 de noviembre de 2007, estimando en un 35,76% en base al informe practicado por el médico particular, Dr. J. J., agregado a fs. 14/15.

Luego de valorar la pericia médica que obra a fs. 536/539, practicada por el Cuerpo Médico Forense, y las explicaciones brindadas a fs. 546/547 y 554, da pleno valor probatorio al dictamen en los términos art. 481 del CPCC y a sus conclusiones que otorgan el 19,94% de incapacidad parcial, permanente y definitiva de la Total Obrera (fs. 538).

Sobre esa base, concluye que la determinación efectuada por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo y la Comisión Médica N° 19 resultaron contrarias a las normas aplicables y las constancias médico-técnicas expuestas razón por la resuelve ajustarse el cálculo de la indemnización que por Ley corresponde, al porcentaje otorgado en la presente litis por el órgano imparcial perteneciente al Poder Judicial del Chubut, es decir, declarar que el actor porta por su lesión una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 19,94% de la T.O.

A partir de allí tiene por cierto que el actor padeció un accidente de trabajo que reconocido por la ART demandada, la que abonó oportunamente la suma de $25.234,98, efectuando los cálculos del art. 14 inc. 2° “a” primer párrafo de la LRT: 53 x $ 1.302,47 = 69.030,91 x 19,94% = 13.764,76 x 2,50 (65/26) = Total $ 34.411,90, el previsto en el art. 14 inc. 2° “a” segundo párrafo

de la LRT: 180.000 x 19,94% = Total $ 35.892. De ello concluye que resulta entonces aplicable el mínimo establecido por el segundo párrafo del art. 14 inc. 2° a) de la LRT. A dicha suma, en tanto el actor reconoció en demanda haber percibido por la incapacidad que le fijara la A.R.T., y ésta denunciara su pago, dispuso que debía restarse la que efectivamente ha sido abonada, es decir, $25.234,98, declarando a favor de Z. la prestación dineraria de pesos diez mil seiscientos cincuenta y siete con dos centavos ($10.657,02) en pago único y sin tope. Establece los intereses a partir del 20 de noviembre de 2007 (v. aclaratoria de fs. 648) hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales.

Respecto del daño moral dijo que tratándose una demanda por el carril sistémico, no corresponde en este caso el resarcimiento por el daño moral reclamado en virtud de no haberse comprobado los extremos que habilitan a su otorgamiento. Cita precedentes de esta Cámara.

Finalmente y en atención al modo en que ha sido resuelta la cuestión entendió que resulta inoficioso expedirse sobre la inconstitucionalidad de los arts. 6 inc. 2, 39 de la LRT, reclamadas en demanda.

A fs.648 y a petición de la empleadora citada en garantía se dictó aclaratoria, rectificándose la fecha de inicio del cálculo de intereses del modo ya consignado en la reseña de la sentencia.

La sentencia fue apelada por la actora y declarado desierto el recurso a fs. 660.

La demandada QBE Argentina ART S.A. apela a fs. 646 y expresa agravios a fs.653/ 658, sin réplica de la contraria.

2.

Los agravios de la demandada

Luego reseñar los antecedentes del fallo que recurre, la representación letrada de la ART demandada individualiza cinco agravios con los fundamentos que siguen:

a) En el primer agravio se queja de la condena por prestaciones sistémicas cuando la demanda fue entablada exclusivamente por acción civil.

Argumenta que se demandó por reparación integral con acusaciones por omisiones culposas que habrían dado lugar al siniestro por lo que no cabía otra cosa que la acreditación de los extremos de la imputación en los términos del 1074 CC.

Al condenarse a prestaciones sistémicas se violó el principio de congruencia, torciendo lo que la magistrada había considerado como una típica acción civil, poniéndose en contradicción a sus propios actos cuando al resolver la citación del tercero señaló que se trataba de un proceso tendiente a la reparación integral, ordenándose una pericial técnica para determinarlas circunstancias laborales y la mecánica del accidente.

Con cita textual de párrafos de la demanda, señala que el reclamo no daba lugar a dudas, determinando la mayor extensión y complejidad del proceso por las alternativas que va señalando, generando desconcierto la sentencia dictada, que a más de la violación del principio de congruencia arrasa con los de preclusión y cosa juzgada, pues la cuestión del objeto del pleito había sido definido al definir la integración de la litis y en sentido opuesto. Extracta de la sentencia a los antecedentes tenidos en mira al demandar por daño moral, donde la parte había afirmado que no se estaba ante una indemnización tarifada. Concluye el agravio diciendo que se ha configurado un supuesto de arbitrariedad manifiesta de gravedad

institucional, que invalida al decisorio como acto jurisdiccional.

b) En el segundo agravio lo agravia que no se haya considerado el fraude del trabajador, cuando conforme expuso la empresa empleadora, se denunció a la ART un accidente de trabajo el día 20 de noviembre de 2007 y conforme los elementos de prueba colectados en el expediente y que detalla, Z. cursaba a esa fecha 19 días de licencia por enfermedad inculpable, la que se extendió hasta el 27 de noviembre de ese año. Alude a que el trabajador formuló directamente la denuncia en desconocimiento del hecho dañoso por la empresa y que frente a la denuncia recepcionada por la ART, debía prestar asistencia inmediata.

c) A modo subsidiario y para el caso que se confirmara que el actor debe percibir mayores prestaciones sistémicas, denuncia un error de derecho que afecta el cálculo de la IL. Dice que se ha consignado que luego del infortunio que tramitó por Expte. N° 56/07 se estableció una incapacidad el 26,7% por lo que la capacidad restante de Z. no era del 80,45% como se resolvió sino del 73,3 %; que ofrecido el expediente tampoco fue valorado como prueba. Por otro lado dice que se admitió la ponderación "recalificación" cuando ello ya había sido cumplido por lo cual el baremo impide volver sobre ese concepto.

d) En el cuarto agravio cuestiona que se consideren los pisos mínimos dispuestos por el Dec. 1694/09 que no se encontraba vigente al tiempo del infortunio. Remarca que las tarifas no estaban en discusión pues excedían el marco de la acción civil por reparación integral por lo que esta es la oportunidad para introducir la cuestión.

e) En el quinto agravio denuncia el exceso en el límite de las costas, ya que la sumatoria de los honorarios regulados supera la previsión del art. 505 del CC que dispone que la responsabilidad del deudor por la condena en

costas no podrá exceder el 25 % del monto de condena, por lo que de confirmarse la sentencia, solicita el prorrateo de las mismas.

3.

Tratamiento de los agravios

3.1. El principio de congruencia está dirigido a los Jueces y les impone el deber de adecuar sus decisiones a las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, pronunciándose sobre todas y cada una de las materias debatidas en el mismo, con respeto a las pretensiones deducidas por las partes. Es una de las características internas que el art.165 inc. 6 to del CPCC y el art. 67 inc. 4to de la ley XIV N° 1 exige a las sentencias.

En conexión con lo anterior, una decisión es congruente cuando guarda relación con los pedimentos del libelo de demanda y los términos en que el demandado dio su contestación; en ese sentido, la demanda y la defensa son presupuestos básicos de la sentencia, por ello la congruencia es la acertada relación entre la controversia y la sentencia.

La congruencia consagrada en la norma procesal, constituye la recepción legal de uno de los principios lógicos clásicos que deben regir la correcta construcción de un acto jurisdiccional válido, cual es, el principio de identidad. En efecto, el mencionado axioma refiere a la identidad jurídica que debe existir entre los sujetos, el objeto y la causa, sobre los que haya recaído la decisión judicial, que individualizan la pretensión y la oposición esgrimidas por las partes del proceso y, que enlaza con el principio dispositivo, según el cual son las partes las encargadas de ejercer y fundamentar las postulaciones pertinentes, no pudiendo el Tribunal

actuante suplir tal actividad. *"La decisión que adopte el Juez para resolver el litigio debe ser congruente con la forma en la cual ha quedado trabada la relación jurídico procesal, sin que corresponda alterar o modificar en aspectos esenciales, las pretensiones o articulaciones formuladas por las partes*" (cfr. COLOMBO, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado" Ed. Abeledo Perrot, T. I pág. 281 y ss y doc. que informa el art. 163 inc. 6º del C.P.C.C.N).

De modo tal que el respeto a la congruencia en una sentencia, reclama que todas las pretensiones deducidas por la accionante, como también la totalidad de las cuestiones llevadas a la controversia por la demandada, deban ser ponderadas y resueltas por el juzgador. Tal exigencia comprende los siguientes aspectos: a)resolución de todas las pretensiones deducidas; es decir la prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b)resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; o sea, prohibición de resolver pretensiones no ejercitadas o - lo que es sustancialmente lo mismo - alterar o exceder las deducidas; c)aplicación de las reglas procedentes a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas.

En el caso de autos, la censura de la recurrente apunta a la incongruencia en el objeto; vicio este, que refiere a los supuestos en que la sentencia transgreda los límites cuantitativos y cualitativos que imponen las peticiones contenidas en la pretensión u oposición, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes.

Ahora bien, para dilucidar si la decisión recurrida se encuentra infringida del vicio que se le imputa en el primer agravio, resulta necesario transcribir lo determinado por la señora jueza de grado que sostuvo en el primer

considerando *"1.- Liminarmente, por razones de orden lógico corresponde aclarar que el objeto de la presente litis se centra en obtener la reparación de la diferencia de indemnización por incapacidad parcial y permanente, de acuerdo al porcentaje otorgado al señor J. L. Z., en virtud del accidente de trabajo sufrido el día 20 de noviembre de 2011, ello, en tanto la ART le abonara la suma correspondiente al 14,6% de la T.O. que fuera otorgado por la Comisión Médica N° 19. Cabe destacar que si bien la parte actora, luego de desarrollar la totalidad del reclamo conforme lo requerido en el objeto de la demanda, esto es, el pago de la indemnización por parte de la ART (única demandada en autos) por la diferencia en el porcentaje de incapacidad portante del actor, ello en razón de lo normado por la Ley de Riesgos del Trabajo, seguidamente se encamina confusamente a argumentar sobre la reparación integral, planteando inconstitucionalidades incluso la del art. 39 de la LRT que impediría demandar al empleador. Lo cierto es que en la presente, no se ha demandado al empleador de Z., y mucho menos se ha intentado la vía civil como entiende la única demanda QBE ART SA -ex CNA ART SA-. Así, la parte actora al momento de contestar el pedido de la demandada a la citación del empleador, se opuso a ello, argumentando claramente que la demanda de autos se dirigía contra la ART y en los términos de las disposiciones sistémicas previstas por la LRT (fs. 80 "Responde traslado citación de tercero")."*

La aclaración que formula la magistrada y que pretende limitar el objeto de la litis, no se corresponde con los términos de la demanda formulada por la actora ni con la actividad propia cumplida en el proceso por la señora jueza. La lectura del escrito postulatorio, no puede dar lugar a otra interpretación que lo incoado fue una demanda por reparación integral dirigida contra la ART en los términos del art. 1074 del Código Civil.

Veamos.

En el Objeto se señaló que se demanda el cobro de $ 78.703 de lo que debía deducirse lo ya abonado por la demandada.

Al tiempo de atribuir responsabilidad a la ART expresó *"En el caso la responsabilidad que se le atribuye a la ART demandada se trata de la antijuridicidad derivada de actos negativos, es decir a la omisión como transgresión a una obligación de obrar. La antijurídica surge de la actuación negativa, no obra a pesar de la existencia de una obligación expresa de la ley que le imponía el cumplimiento del hecho omitido"* (fs.21 vta.). Luego alude a que se imputa a la ART los incumplimientos de las obligaciones que la LRT pone a cargo de la ART demandada y "*con responsabilidad civil integral que es dable atribuirle por las consecuencias dañosas padecidas por mi mandante en el accidente de trabajo que motiva la presente acción"* (fs. 21 vta). Sigue refiriendo a las obligaciones de prevención y dice *"En este sentido es obvio concluir que si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le han sido fijadas en el terreno de la prevención debe reparar de manera integral y de acuerdo al derecho común los daños que tienen relación causal con su incumplimiento por omisión, a menos a título de culpa"* (21 vta.).

Cuando argumenta sobre la carga probatoria del incumplimiento de la ART insiste en que imputa responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento deficiente en sus obligaciones de prevención (fs. 22) y fija posición para que se aplique el concepto de cargas probatorias dinámicas en el sentido que, deberá ser la ART la que acredite que no omitió cumplir sus obligaciones, las que enumera.

También alude genéricamente a las defensas de las ART que argumentan la teoría de los actos propios para vedar el acceso a reclamar la reparación integral del daño padecido, con fundamento en que ya percibieron una

ínfima suma de la ART, transcribiendo jurisprudencia de la CSJN (Caso Llosco) en el mismo sentido que la magistrada de grado. (fs. 22/ 22 vta.).

Luego aludirá a los fallos Aquino, Castillo señalando "*Es a partir de dicha doctrina… que apoyamos el presente planteo que persigue una debida y merecida "reparación integral" de los derechos del actor*". Sigue diciendo "Acreditada *la relación laboral corresponderá en consecuencia el pago de la reparación integral peticionada planteando a todo efecto la inconstitucionalidad del art 39 LRT "*(fs. 24) (…) *"Ahora bien, entiendo que el fundamento legal de la ART yace en el territorio del art. 1074 del Código Civil, donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro, cuando una disposición de la ley imponga una obligación".*

Luego de lo transcripto, estoy persuadida que la parte actora reclamó una reparación integral por el accidente que denuncia y que a contrario de lo señalado por la magistrada, lo expuesto en el primer párrafo de fs. 21vta. *"se persigue el cobro de diferencias que emergen del precario e inconstitucional dictamen de la comisión médica y el realizado por el profesional, independiente y especialista en medicina laboral"* no es otra cosa que procurar se modifique el porcentaje de incapacidad base de la reclamación integral que procura. Véase que para cuantificar el daño material (incapacidad) recurre al cálculo de la LRT, el cual en todo caso podía resultar un valor de referencia pero

que en modo alguna limita la cuantificación económica del rubro

reclamado, sujeta a la prudente valoración judicial.

Por otro lado y sin ninguna explicación que lo justifique, soslaya la señora jueza que al tiempo de resolver la citación como tercero de la empresa P. V. S.A. y por cierto contando con la negativa de la actora, resuelve en la providencia de fs. 87 que adquirió firmeza: "*Toda vez que de la exposición de los hechos plasmada en el escrito de inicio de la presente demanda, surge claramente*

que se trata de un proceso tendiente a la reparación integral del daño sufrido por el actor en un accidente de trabajo, corresponde hacer lugar a la petición realizada por la demandada QBE Argentina A.R.T. S.A., y en consecuencia, cítese a P. V. S.A. en el domicilio denunciado, para que dentro del plazo de DIEZ (10) días tome la intervención que le corresponda en la presente causa, bajo apercibimiento de perder el derecho a hacerlo en lo sucesivo (art. 73 ley XIV nº 1; 91 y concs. C.P.C.C.).”

Si al tiempo que ordenó la citación de la empleadora surgía claramente que el objeto del proceso era la reparación integral del daño sufrido como consecuencia de un accidente de trabajo, no alcanzo a comprender, cuál es la razón para que, al tiempo de dictar sentencia, fuera necesario discernir una nueva determinación del objeto del proceso, lo que por cierto constituye una contradicción con la propia actividad previa cumplida en el expediente, alterando de tal forma los términos en que se trabó la litis, constituyendo una violación del principio de congruencia y afectando el derecho de defensa de las partes. *“Por nuestra parte pensamos que no es sólo facultad sino deber de los magistrados impedir la incoherencia, los comportamientos contradictorios y la mala fe -y no sólo de los justiciables- pues el ”venire...” involucra la actividad de los mismos jueces, imponiéndoles la obligación de ser congruentes con sus actos en las actuaciones en que intervienen*” (Diez-Picazo Ponce de León, Luis, "La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo", editorial Bosch, Barcelona, España, 1963 citado por Ana I. Piaggi en su trabajo “Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios”).

La sentencia definitiva debe contener la decisión expresa, positiva y concreta, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio (art. 165 inc. 6° C.P.C.C.) y desde esa perspectiva, mal pudo la magistrada

sostener que no se había *"intentado la vía civil" como entiende la única demanda* (sic) *QBE ART SA"*. Indudablemente esa parte respondió un reclamo extrasistémico con el mismo criterio evidenciado en la providencia de fs. 87. También argumentó que el actor a fs. 80 se opuso a la citación de P. V. argumentando que la demanda se dirigía contra la ART y en los términos de las disposiciones sistémicas previstas por la LRT.

Omitió considerar que previamente al tiempo de contestar el traslado respecto de las excepciones opuestas por la ART, el actor sostuvo que existieron incumplimientos por parte de la demandada, explayándose en las obligaciones omitidas por la ART y aludiendo a la existencia de *"causalidad indubitable entre la tarea realizada por el actor, el agente dañoso y la inacción de la aseguradora en lo que se refiere a prevención, control, verificación y capacitación que le eran propias. De haber cumplido con sus obligaciones el accidente no debiera haber ocurrido"*. Refirió luego al caso "Torrillo", fallo de la CSJN que autoriza la responsabilidad civil de las ART siempre que se demuestre la relación de causalidad entre el daño y la omisión del cumplimiento de los deberes legales.

La respuesta dada por la actora, sostiene sin lugar a dudas que su reclamo estaba enderezado a obtener la reparación integral con fundamento en el art. 1074 CC con independencia de los breves argumentos para oponerse a la citación como tercero del empleador, los que por cierto y como ya expusiera, fueron desestimados al proveer favorablemente la citación de P. V. S.A. .

En este sentido refiere COUTURE que la sentencia es el acto emanado de los agentes de la jurisdicción mediante el cual se deciden la causa o los puntos sometidos a su conocimiento. En una primera operación, deriva de los términos mismos de la demanda; y, en definitiva, el Juez debe hallar ante sí el conjunto de hechos narrados por las partes en sus escritos de demanda y

contestación y las pruebas sobre esos hechos que se hubieran producido para depararle convicción de la verdad y permitirle efectuar la verificación de sus respectivas posiciones (“Fundamentos del derecho
procesal civil” Ed. Depalma, 1981, págs. 277 y ss).

De todo lo expuesto se sigue la inobservancia del principio de correspondencia objetiva entre los términos por los que se ha trabado la litis y la decisión de la Jueza y, si bien se está ante un supuesto que afecta a la estructura lógica del pronunciamiento y que lo descalifica como acto jurisdiccional, no es menester declarar la nulidad de la sentencia para corregir el vicio de incongruencia, sino que el mismo puede sanearse a través de la revocación de la misma que ha fallado.

Concluyo proponiendo al Acuerdo se admita el agravio de la parte demandada estableciendo que la demanda del Sr. Z. contra QBE ART SA procura el resarcimiento integral de las consecuencias dañosas que el accidente de trabajo que denuncia aconteció el día 20 de noviembre de 2007 le han generado con fundamento en la responsabilidad civil por omisión prevista en el art. 1074 del CC. y como consecuencia de ello debe revocarse el fallo en tanto se expide sobre cuestiones no propuestas a decisión de la judicatura en cuanto reconoce prestaciones dinerarias en los términos de la LRT.

3.2. La decisión que se propone, obliga a resolver sobre el reclamo extrasistémico del Sr. Z. para lo cual he de analizar los hechos expuestos por las partes y valorar la prueba reunida para establecer si se
encuentran cumplidos los presupuestos de hecho y de derecho que habilitan la responsabilidad civil de la ART y en su caso la pertinencia de los rubros indemnizatorios reclamados.

Como ya he señalado al tratar el agravio anterior, no existe ningún margen de duda que la acción incoada lo ha sido para obtener la reparación de las secuelas derivadas de un accidente de trabajo y que la vía elegida ha sido la acción común, para lo cual y a criterio del STJCH que se comparte *"Es decir, que las ART, como sujetos de derecho, nada obsta para que puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico. Una acción no prevista por la LRT, y que no requiere la declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma de 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".* (SJCH in re "CINI ", SD N° 11/SRE/12.)-

Dicho lo anterior, vale recordar, 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.

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. *"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.r35).

La vía alternativa que proporciona el derecho común, conlleva mayores exigencias de índole procesal, tanto en el modo de proponer la demanda en orden a su admisibilidad, como en lo que respecta al "onus probandi", una vez superada aquélla. Tal exigencia encuentra su fundamento razonable, precisamente, en la atipicidad que caracteriza al ordenamiento civil, frente a hechos y circunstancias propias de la materia laboral. En consecuencia, la superación de tal atipicidad requiere un esfuerzo adicional por quien ejerce la opción en función de sus mayores expectativas resarcitorias, pero cuyo cumplimiento, en definitiva, condicionará el acogimiento de la pretensión que se formula.

De ello se concluye, que no es suficiente en el marco de la acción extrasistémica, que el daño alegado sea consecuencia de un hecho sufrido "por el hecho o en ocasión del trabajo", como si se tratara del régimen especial.

Es claro entonces, que incumbía a la parte actora acreditar la existencia y mecánica del alegado hecho generador de responsabilidad y para ello, resultaba necesario no solo precisar en su demanda los presupuestos de hecho que la sustentaban (art. 45 inc. 4to Ley XIV Nº 1) sino acreditarlos y soy del criterio que ello no fue logrado.

3.3 He leído con detenimiento los escritos postulatorios entre los que incluyo la contestación de la citada como tercero y la prueba producida y debo concluir que en este expediente no existe prueba congruente que me permita individualizar un accidente de trabajo con la trascendencia que tiene identificar el hecho dañoso en el ámbito de la responsabilidad civil.

No existe controversia en que el trabajador, a la fecha en que se denuncia el accidente, trabajaba en relación de dependencia en la empresa de pórfidos P. V. S.A.. Según se relató en la demanda, *"el día 20 de noviembre de 2007, mientras nuestro mandante se encontraba desarrollando sus tareas habituales en la empresa referida, sujetando una pila (formación) de pallets se cae la pila golpeando el hombro derecho del actor lo que configuró un enorme traumatismo en el mismo con reflejo en el izquierdo, sintiendo como consecuencia del evento un fuerte dolor en el hombro derecho ".*

Tampoco existe controversia en que el accidente fue denunciado a la ART y que la Aseguradora brindó las prestaciones médicas y dinerarias que entendió se ajustaban a lo dispuesto por la CM 19 y lo hizo a mérito de las obligaciones que le impone la LRT, negando en sede judicial - por no constarle- la mecánica del accidente descripta en la demanda.

Resuelta favorablemente la citación como tercera de P. V. S.A., al contestar la demanda, niegan que el actor sufriera un accidente de trabajo el día 20 de noviembre de 2007. Incorporan como dato fáctico y conforme la documental que acompañan (certificados médicos recepcionados vía fax) que entre el 01 y 27 de noviembre de 2007, el actor se encontraba de licencia, sin concurrir a trabajar, por lo cual mal pudo haber tenido un accidente mientras cumplía tareas. Acota que existe una contradicción entre la fecha denunciada en la demanda con la que se menciona en el telegrama de fecha 5 de diciembre donde se refiere al accidente de fecha 12 de noviembre de 2011.

La documental aportada por la empleadora y en especial las firmas atribuidas a Z., fueron negadas por la parte actora a fs. 120.

De la H° C° remitida por el H. I., surge que el Sr. Z. fue asistido los días 05/11/07 y 14/ 11/07 por el Dr. B., especialista en traumatología y ortopedia.

Conforme el informe de fs. 142, se ratifica la atención por consultorio externo del Sr. Z., coincidiendo con uno de los certificados donde se solicita reposo por siete días, reconociendo como auténtico el certificado del día 12/11 /07 y señalando que la falta de registro de atención pudo deberse a haber sido atendido sin turno. Se señala que en ambos casos y de acuerdo a la Historia Clínica, la atención se debió a un impedimento post quirúrgico en su hombro izquierdo en los movimientos de abducción y rotación.

A fs. 168 se agrega la respuesta del Correo Argentino quien remite validadas como auténticas las comunicaciones telegráficas que agregó la citada y que resultan: a) fs. 163: CD 904906276 AR emitida el 29/11/2007 firmada por Z. J. L. DNI **.***.***, entregada el 30/11/07 y recibida por P.; b) fs. 165 CD934781495 AR emitida el 13/05/2008 y firmada por Z. J. L. DNI **.***.***, entregada el 14 de mayo de 2008 y recibida por A. P.; c) fs. 164 CD904938781 AR emitida el 5 de diciembre de 2007, firmada por Z. J. DNI **.***.*** entregada el 7 de diciembre de 2007 y recibida por P.; d) fs. 166 CD 904906497 AR emitida el 30 de noviembre de 2007, firmada por S. P. Apoderado de P. V. S.A., entregada el 4 de diciembre de 2007 y recibida por Z. y e) fs. 167 CD 904906024 AR emitida el 27 de noviembre de 2007 firmada por S. P. Apoderado de P. V. S.A. y recibida el 28 de noviembre de 2011 por A..

3.4

Corresponde señalar en primer término, que en el marco de esta acción extrasistémica, la denuncia del accidente de trabajo no es prueba por sí misma de la existencia del infortunio.

Del intercambio epistolar entre el actor y su empleadora surge claramente que la denuncia fue realizada por el propio trabajador de conformidad con la facultad que le otorga el art. 1 del Dec. Ley 717/96. Véase en abono de esta conclusión, que frente la intimación a retomar tareas después de la licencia por enfermedad inculpable, el actor argumentó la existencia del infortunio (v. fs. 101) el que fue desconocido por la empleadora a fs. 98, comunicando posteriormente el actor el N° de siniestro (fs. 102).

Formulada la denuncia de los hechos causantes de daños derivados del trabajo, la Aseguradora en los términos del art. 43 de la LRT y el art. 4to del Dec 717/96, estaba obligada a tomar los recaudos necesarios para que el trabajador reciba en forma inmediata las prestaciones en especie. Las actuaciones cumplidas en la causa dan cuenta de ello como que ha quedado reconocido, que abonó las prestaciones dinerarias como consecuencia del mismo.

Al contestar la demanda la ART admitió la denuncia del accidente más indicó expresamente que desconocía la mecánica del hecho, negando consecuentemente con ello las circunstancias fácticas expuestas por el actor en su demanda.

Por su lado y como ya he señalado, congruente con la conducta asumida desde la primera oportunidad que tuvo conocimiento del accidente vía el intercambio epistolar, la empleadora mantuvo su posición en sede judicial, negando tajantemente la existencia del infortunio, con fundamento en que en las fechas que se mencionan y respecto de lo que me expediré infra, el trabajador cursaba una licencia por enfermedad inculpable.

3.5.

Luego de lo expuesto ingresaré a la valoración de la prueba cumplida para determinar si la parte actora ha justificado el evento dañoso y que resulta el presupuesto previo para indagar si existe responsabilidad por omisión en los términos del art. 1074 el CC.

Para reconstruir la cronología de los datos fácticos que obran en el expediente debe recordarse que las comunicaciones telegráficas cursadas bajo la Ley 23.789 y conforme su decreto reglamentario 150/96, Anexo I punto III que "El remitente presentará, abierto y por duplicado, el formulario conteniendo el texto a comunicar, con sus datos y los del destinatario, firmándolo ante el empleado de la Empresa Oficial de Correos.".

Pese a conocer esos recaudos para la emisión, la parte actora negó la firma atribuida en las comunicaciones, para luego en el marco de la audiencia de absolución de posiciones (fs. 214) reconoció como propias la firmas impuesta en las que obran a fs. 100, 101 y 102 (pos. 9na y 10ma.).

De todo lo expuesto y en base a la documentación que ha sido validada en sede judicial, el Sr. Z. concurrió el día 5 de noviembre de 2007 a la consulta médica del Dr. B., especialista en traumatología y ortopedia del Hospital Subzonal por impedimento postquirúrgico en su hombro izquierdo en los movimientos de abducción y rotación. El certificado médico diagnosticó "omalgia" y se le indicó reposo laboral por siete días (fs. 94), vencidos los cuales el mismo profesional y con fecha 12/11/07 le indicó un nuevo período de reposo laboral de 15 días (fs. 91) por "omalgia izq". (Como se verá luego, el mismo día de la atención 12/11/07, es la fecha que denuncia- extrajudicialmente- ocurrió el accidente).

Ante la inasistencia injustificada del día 27 de noviembre, la empresa cursó intimación para que se presentara a trabajar. A poco que se cotejen las fechas ya referidas, el día 27 vencía la licencia conforme los certificados médicos emitidos por el Dr. B.

El recibo de remuneraciones agregado a fs. 95 da cuenta que durante el mes de noviembre se abonó por licencia por enfermedad y deducidos los descuentos pertinentes, la suma de $ 1057. El salario bruto de $ 1099,22 es el que se informa, fue considerado por QBE como base de cálculo para el pago de la cápita, durante los doce meses anteriores al siniestro (fs. 271/I).

Esto es, en la liquidación de haberes se describe una licencia por enfermedad inculpable y nada se consigna respecto de "horas accidente "como se advierte se hace en el recibo de fs. 3 adjuntado por la actora. Surge así la primera inconsistencia respecto de la existencia misma del accidente como presupuesto del reclamo extrasistémico.

Según el relato de los hechos de la demanda, el accidente se habría producido el día 20 de noviembre de 2007.

Conforme el intercambio telegráfico que ya he reseñado, la empleadora frente a la inasistencia sin justificación el día 27 de noviembre (recordemos que la licencia otorgada por B. justificaba hasta el día 26 de noviembre), cursó la intimación para presentarse a trabajar (fs. 167). El actor respondió conforme surge de fs. 101 "*Rechazo en todos sus términos uestra* (sic) *carta documento CD 904906024 de fecha 27 /11/07 habida cuenta que 12/11/07 sufrí un accidente de trabajo y actualmente me encuentro con tratamiento médico ordenado por la Aseguradora de Riesgos de Trabajo. Asimismo informo q´ los certificados y denuncia correspondiente fueron depositados en la Subsecretaría de Trabajo, Delegación Puerto Madryn a efectos de ser retirados por ustedes* "

A fs. 166 obra la respuesta cursada por la empleadora y por la que se rechazan sus términos por no constar a la empresa que haya sufrido un accidente a lo que suman que no se indica fecha hora y lugar donde supuestamente se accidentó. Por otro lado, niegan que se hayan depositado certificados y denuncia correspondiente porque lo que le entregaron fueron formularios de evolución diaria de fecha 20 y 21 de noviembre.

Con fecha 5 de diciembre el actor remite telegrama donde informa a la empleadora *"Informo a Ustedes que respecto del accidente de trabajo sufrido en vuestra empresa, de fecha 12 de noviembre de 2007, corresponde al N° de siniestro 4539146 ART CNA".*

En la comunicación del actor cursada a la empresa el 13 de mayo y frente a una intimación de la patronal, respondió que *"… se encuentra con accidente de trabajo desde el 12 noviembre de 2007 accidente denunciado a la ART mediante el N° de siniestro 4539146…"*

De las comunicaciones y en sus términos literales y de los que no puedo inferir duda ni un error de pluma en tanto no fueron materia de alegación al responder el traslado que oportunamente se diera, puede afirmarse que el actor dice haber sufrido un accidente de trabajo en fecha 12 de noviembre de 2007.

Del intercambio telegráfico reseñado, puede deducirse que la denuncia a la ART la efectuó el actor y allí aparece como fecha del accidente el día 20 de noviembre de 2007 sin perjuicio de lo cual en la H°C° de Labor Austral prestador de la ART el médico que lo asiste, conforme sello aclaratorio "Oropa Juan Carlos" consigna que *"el pte. refiere que mientras realizaba tareas habituales sufre tirón en el hombro derecho que le provoca intenso dolor de siete días de evolución…"*(fs.7). Acoto que no surge de allí que se hubiera referenciado ninguno de los antecedentes que venía cursando.

A todo evento, el perito médico da cuenta que el infortunio que toma como antecedente es el de fecha 12 /11/2007.

Como es de fácil advertencia el actor no se ha puesto de acuerdo en cuándo fue el accidente que dice haber sufrido, y esta contradicción propia para identificar el evento dañoso, no ha podido superarse. Y ello tiene razón que en cualquiera de las fechas que ha sostenido, estaba cursando una licencia por enfermedad de carácter inculpable.

La segunda inconsistencia para tener por acreditada la existencia del accidente, también surge del propio relato de la demanda.

Ya referencié que en la demanda, la representación letrada del actor describió que "*el día 20 de noviembre de 2007, mientras nuestro mandante se encontraba desarrollando sus tareas habituales en la empresa referida, sujetando una pila (formación) de pallets se cae la pila golpeando el hombro derecho del actor lo que configuró un enorme traumatismo en el mismo con reflejo en el izquierdo, sintiendo como consecuencia del evento un fuerte dolor en el hombro derecho* ".

Esta es la versión que consigna el informe del Dr. J. a fs. 14.

De las actuaciones administrativas cumplidas y agregadas por la ART, el diagnóstico fue gonalgia post esfuerzo (fs.342) describiéndose el accidente -a partir de los dichos del trabajador-, quien refiere que trabajando en la carpintería, levantó un pallet y sintió dolor en el hombro derecho (fs.345).

Conforme escribe el profesional de Labor Austral en la H°C°, el paciente le refirió que mientras realizaba sus tareas habituales sufrió un tirón que le provocó un intenso dolor en el hombro derecho, en ese momento y como diagnóstico de ingreso el médico consignó "tendinitis de hombro derecho". Lo cierto es que la divergencia en el relato, tendría entidad si

existiera prueba alguna en el expediente que corrobore la mecánica del accidente.

Frente a la negativa, ya en cuanto a la existencia del accidente ya en cuanto a su mecánica, era carga del actor en los términos del art. 381 del CPCC acreditar los presupuestos de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión resarcitoria.

No se ha ofrecido prueba alguna destinada a justificar la mecánica del hecho, nadie percibió con sus sentidos la secuencia fáctica expuesta en la demanda. Se desconocen cuáles eran las tareas efectivas cumplidas por Z. para la empresa, esto es no se ofreció y consecuentemente no se aportó prueba alguna que permita tener por acreditada no ya la mecánica del accidente sino su propia existencia.

Tal realidad fáctica era indispensable para ingresar a relación causal entre el daño en la persona y la omisión o deficiencia en el cumplimiento de la ART de sus deberes legales, en materia de prevención y seguridad en el trabajo.

Tampoco es prueba de la existencia del accidente, la pericial médica cumplida en autos. Destaco que el informe pericial se ha basado en los dichos y narraciones del actor, que carecen de todo sustrato probatorio en orden a los hechos constitutivos básicos, esto es los datos que aporta el Dr. B.como antecedentes y en cuanto a la existencia y mecánica del hecho no fueron acreditados por ninguna prueba autónoma, fuera de los dichos del actor.

En definitiva, y conforme hemos sostenido en anteriores pronunciamientos (entre muchos otros SDL N° 14/14) mal puede ingresarse al estudio de los alegados incumplimientos por omisión de las obligaciones de la Aseguradora de Riesgos, con incidencia causal en el accidente invocado,

cuando en el marco de esta acción extrasistémica no ha logrado la parte actora probar la existencia misma del accidente y por ende su mecánica, presupuesto fáctico sustancial para ingresar al reclamo resarcitorio con base en el art. 1074 del CC.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo se rechace la demanda del Sr. Z. contra QBE Argentina ART S.A..

La solución que se propone al tratar la existencia del hecho generador del daño cuyo resarcimiento interesó el actor, lleva a su vez a la carencia de objeto en de abordar los restantes agravios planteados por la apelante.

4.

<u>Las costas.</u>

a) El resultado de la apelación, conduce a la readecuación de las costas y honorarios de la primera instancia, las que se imponen a la actora

incluyendo en ellas las generadas por la intervención del tercero (art. 69 del CPCC).

Las costas son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden. La intervención de la tercera citada no ha sido declarada improcedente y ello porque, frente al rechazo de la demanda no se hizo mérito alguno a su participación.

Tengo en cuenta que la intervención de la empleadora se debió a la petición de la demandada y no de la actora. Pero también tengo presente que, como regla el actor debe asumir las costas en la medida en que su pretensión se desestima, pues es la regla del vencimiento la que decide y justifica la deuda por costas.

Conforme ya hemos resuelto en caso análogo (CAPM SDL N° 50/15) el

actor debe soportar las costas del tercero, en tanto y en cuanto, a pesar del rechazo de la demanda, hubiese existido un efectivo y razonable interés en el llamamiento del tercero por el demandado, lo cual debe decidirse valorando la circunstancias de cada caso. La razonabilidad de dicha citación debe valorarse conforme con los elementos obrantes al momento en que se practicó. No tengo dudas de la razonabilidad que aquí existió en la citación, con sólo tener en cuenta que el actor prestaba tareas en la empresa citada y que ésta contaba con la demandada ART de conformidad con la manda legal, por lo que su participación en el proceso, en los propios términos de la citación era ajustada a derecho.

Desde esa perspectiva, el actor debe asumir todas las consecuencias de las gestiones que debió efectuar el demandado en preservación de su derecho de defensa, contra una pretensión que se rechaza. Así pues, aunque el actor no haya sido el agente material de la citación, la ha desencadenado mediatamente con su demanda, que ha colocado a la otra parte en el trance de resguardar sus intereses (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Resarcimiento de Daños", N° 3 "El Proceso de Daños", págs. 437/438, Ed. Hammurabi).

Rechazada la demanda que procuraba el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la denunciada contingencia laboral, no parece justo ni razonable -en atención a los principios que he venido exponiendo supra- que las costas sean impuestas a quien requiriera la citación.

Concluyo entonces que, desestimada la demanda, no existe mérito en autos para abstraerse del principio objetivo de la derrota que dispone el art. 69 del CPCC y las costas deberán imponerse en su totalidad a la actora vencida.

En cuanto a los honorarios, conforme las pautas mensurativas que establece la ley arancelaria en cuanto mérito, extensión, etapas cumplidas, éxito

obtenido y sobre el monto reclamado con más sus intereses (criterio STJCH in re "L., E. G. c/ S., R. s/ Sumario (Daños y Perjuicios). (Expte. N° 21.836-L-2009), SD Reg. 03/S.R.E./2011), propongo al Acuerdo se establezcan para los letrados apoderados de QBE ARGENTINA A.R.T. S.A., M. C. y R. D., en el 18 % en conjunto y en proporción de ley ; los de los Ab. I. C. P., N. S. por su actuación hasta fs. 120 en conjunto y proporción de ley en el 8%, los de P. D. S. y M. D. O. F., en el 8% en conjunto y en proporción de ley; los de los letrados apoderados de la tercera citada P. V.S.A., G. C. y P. G. en el 18% en conjunto y proporción de ley; los del perito contador G. O. M., y los del Cuerpo Médico Forense en el 4% a cada uno; y los del perito técnico J. M. M. en el 3%. En todos los casos los propuestos deberán ajustarse a los mínimos legales y llevarán el IVA si correspondiere. (arts. 5, 6 bis, 7, 8, 9, 39, 60 y concs. Ley XIII N°4 y su mod; Ley XIII N° 18; Ac. Plenario 4195/14 STJ). No corresponde la regulación de honorarios al perito calígrafo L. A. A. en mérito a su remoción a fs. 478.

b) En cuanto a las costas en la Alzada, las mismas deberá soportadas por la actora (art. 69 del CPCC). Los honorarios de la letrada M. C. propongo se fijen en el 35 % de los que resulten de la primera instancia, sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria) y con más el IVA si correspondiera.

Conforme lo expuesto, voto a la primera cuestión por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente la Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la recurrente, por lo que no resulta necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la parte demandada como fundamento del recurso que le ha sido concedido.

2 – Tratamiento de los agravios de la parte demandada

2.1 – Acción civil o sistémica

La queja realiza el planteo crítico de la sentencia por haber condenado a las prestaciones sistémicas cuando la demanda fue entablada exclusivamente por acción civil. Tilda por ello de contradictoria e incongruente a la decisión de la a quo.

Surge de la sentencia en crisis que la a quo ha plasmado que *"…no se ha demandado al empleador de Z., y mucho menos se ha intentado la vía civil…"* (fs. 634 vta.). Lo transcripto no es coincidente en absoluto con lo que previamente resolviera la a quo a fs. 87, al decir: *"…Toda vez que de la exposición de los hechos plasmada en el escrito de inicio de la presente demanda, surge claramente que se trata de un proceso tendiente a la reparación integral del daño sufrido por el actor en un accidente de trabajo…"*. Yo diría que más que no coincidente es claramente contradictorio. A lo dicho se le suma que la condena fue dictada conforme el cálculo que suministra la norma del art. 14, inc. 2° "a" de la L.R.T. (indemnización sistémica).

En tránsito a dar solución a la cuestión, corresponde analizar los términos en los que ha sido planteada la demanda (fs. 21/26 vta.).

Inicialmente se determinó como importe demandado una suma, agregando el reclamante *"…monto del cual deberá deducirse por lo abonado por la demandada y/o lo que en más o en menos resulte de autos y del criterio del Tribunal, con costas y los intereses…"* (fs. 21). De aquí surge que no se peticionó la indemnización tarifada por la ley.

Más adelante dijo el reclamante: *"…Se demanda a la ART que contrató la empleadora de mi mandante, y se le imputa haber incurrido en incumplimientos según artículos 4 apartado 1, 31 apartado 1 y concordantes de la ley 24557, es decir con las obligaciones que la ley 24557 pone a cargo de la ART demandada y* ***con responsabilidad civil integral que es dable atribuirle*** *por las consecuencias dañosas padecidas por mi mandante en el accidente de trabajo que motiva la presente acción…"* (fs. 21 vta.); *"…las ART tienen asignadas obligaciones específicas e ineludibles; en el antes consiste en la prevención, en el después…* ***la reparación integral*** *de acuerdo a la incapacidad del trabajador, si la hubiere como es el caso de autos…"* (fs. 21 vta.); *"…si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le han sido fijadas…* ***debe reparar de manera integral y de acuerdo al derecho común*** *los daños que tienen relación causal con su incumplimiento por omisión, a menos a título de culpa…"* (fs. 21 vta.); *"…no cabe asignarle voluntad abdicativa alguna al trabajador que acciona judicialmente, en orden a su legítimo derecho a reclamar* ***la reparación integral del daño padecido con fundamento en la normativa del derecho civil****, el hecho que percibiera una ínfima suma de dinero de parte de la ART…"* (fs. 22 "in fine"); *"…en aras de preservar intacta* ***su acción para demandar la intensa protección que la Constitución Nacional otorga a sus derechos****…"* (fs. 22 vta.); *"…RUBROS RECLAMADOS – A) DAÑO MATERIAL: (incapacidad): El mismo será determinado al momento del Veredicto de acuerdo a la incapacidad parcial, permanente y definitiva del actor la*

que surgirá del dictamen del Cuerpo Médico Forense… sin perjuicio que la determinación de la merma en la salud práctica del actor ***queda reservada al Juez****, quien debe determinar la misma ponderando la totalidad de las constancias de autos, las circunstancias del evento y la situación laboral futura del trabajador…"* (fs. 23); *"…como el origen de la ley 24557 pretendió impedir las vías del reclamo de* ***la reparación integral del daño*** *originado en un accidente de trabajo, y como hemos señalado de la misma ello no surge…"* (fs. 23 vta.); *"…apoyamos el presente planteo que persigue una debida y merecida* ***"reparación integral"*** *de los derechos del actor. Preciso es destacar que en base a la doctrina del caso Aquino, las aseguradoras de riesgo de trabajo no quedan exentas en el caso de solicitarse judicialmente* ***la reparación integral****… Acreditada la relación laboral corresponderá en consecuencia el pago de* ***la "reparación integral" peticionada****, planteando a todo efecto la inconstitucionalidad el art. 39 LRT en sus dos primeros párrafos… El artículo cuya crisis planteamos vulnera claramente los principios de igualdad y no discriminación, pues conculca la posibilidad que tiene el actor de accionar por* ***la "reparación plena" del C.C****. y de la cual goza cualquier habitante de la Nación…"* (fs. 24); *"…Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557… en tanto establece una discriminación entre la generalidad de los sujetos a quienes está dirigido* ***el art. 1113 del Código Civil*** *y aquellos que sufren daños personales en circunstancias de desempeñarse en trabajos en relación de dependencia… semejante discriminación no es coherente con el principio de igualdad ante la ley…"* (fs. 24 vta.); *"…Esta actitud perversa del legislador apunta solamente a privar de* ***la reparación íntegra al trabajador****…"* (fs. 24 vta.); *"…la norma cuya constitucionalidad cuestionamos, al otorgar prestaciones dinerarias ínfimas respecto de las minoraciones de la víctima del infortunio, conculca el art. 75 inc. 23 C.N. …"* (fs. 24 vta.); *"…Ante la existencia de relación causal entre el trabajo y la patología que padece el dependiente… debe considerarse que la A.R.T. ha*

incumplido sus deberes impuestos por la ley de riesgos de trabajo y ***es responsable de acuerdo al art. 1073 del Código Civil****…"* (fs. 24 vta. "in fine"/25); *"…en tanto se le impone al empleador un contratación (afiliación compulsiva a una aseguradora) no puede luego decirse que la co-contratante de dicho sistema no responderá por* ***los daños sufridos por el trabajador, en forma integral****…"* (fs. 25); *"…entiendo que el fundamento legal de la responsabilidad de la A.R.T. yace* ***en el territorio del art. 1074 del Código Civil****, donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro, cuando una disposición de la ley imponga una obligación…"* (fs. 25); *"…El derecho de propiedad del actor también se ve quebrantado al impedirle* ***el reclamo integral****…"* (fs. 25 vta.); *"…fundo la presente acción en lo dispuesto en las siguientes normas…* ***Arts. 512, 902, 1068, 1109 y conc. C.C.*** *…"* (fs. 25 vta.) (el destacado me pertenece).

Frente a los términos transcriptos, es indudable que el reclamo del actor se fundamentó en la normativa del Código Civil vigente en el momento en que efectuara el mismo.

Con respecto a lo expuesto por la parte actora al contestar el traslado que se le confiriera del pedido de "citación del empleador" formulado por la demandada, surge que la misma expuso, entre otros conceptos, que *"…la Corte Suprema de la Nación establece como doctrina definitiva que "las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo ART* ***deben responder civilmente*** *por los daños que sufra un trabajador a raíz de una enfermedad o accidente laboral…"* (fs. 79); *"…La obligación de prevenir los riesgos laborales constituye una obligación de medio que, si no está cumplida, tiene como consecuencia lógica y legal* ***(art. 1074 del Código Civil) que la ART deba responder plenamente****…"* (fs. 80); *"…Con los elementos apuntados consideramos que* ***es indiscutible la responsabilidad civil de la ART en el caso de autos****…"* (fs. 80) (el destacado me pertenece).

Como en lo anteriormente transcripto, es aquí claramente evidente que el reclamo se basó en la normativa del Código Civil a los efectos de obtener una reparación integral y no la tarifada de la LRT. Es por ello que adelanto mi postura en cuanto a que no he de coincidir con la conclusión de la a quo al afirmar que el actor demandó la percepción de la indemnización (o diferencia a su favor) de conformidad a los términos de la Ley 24.557. Por lo tanto, esta parte de la queja bajo análisis debe ser admitida.

2.2 – <u>Violación del principio de congruencia</u>

Corresponde analizar si la sentencia ha violentado el principio de *"congruencia"* al haber considerado que el actor demandó por cobro de diferencia de indemnización sistémica y no por la vía ordinaria (reparación integral) regida por el Código Civil vigente al tiempo de iniciarse el proceso y condenar al pago de la indemnización tarifada conforme la LRT.

Genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el "thema decidendum" integrado por pretensiones (principales o reconvencionales) y oposiciones.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución "citra petita", si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio.

Hay incongruencia objetiva “extra petita” cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término “cuestión” como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, en el punto en análisis y que es objeto del recurso en tratamiento, ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la

obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Tengo presente en el estudio de esta cuestión y para sostener la conclusión que acabo de expresar, que el objeto y fundamentación de la demanda (acción por reparación integral de daños conforme el Cód.Civ.) ha sido claramente expresado en la primera presentación del actor conforme los términos que he reproducido supra y a los cuales me remito en orden a la brevedad.

He transcripto también precedentemente las conclusiones de la Sra. Magistrada a quo al considerar que el actor no ha intentado en su accionar la vía civil y remarqué que dentro del proceso consideró -antes de sentenciar- que se había promovido la acción indemnizatoria por la vía civil.

Por lo tanto, si tenemos presente que el principio de congruencia comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro que ello se ha dado aquí en el punto que estoy considerando. Encontrándose incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a "las pretensiones deducidas en el juicio", lo que significa que la sentencia no se ha ajustado al pedimento que era condenar a la demandada en base a la normativa del Código Civil y no de la LRT.

He dicho ya que la parte actora imputó y basó la responsabilidad de la demandada en el accidente de trabajo denunciado por el actor en la normativa del Cód. Civil. Sobre esa imputación se corrió el traslado de la

demanda y la codemandada contestó la misma en base a lo que se le reclamó y al factor de atribución de responsabilidad en el evento dañoso que alegara el reclamante. Sobre esa base quedó trabada la litis. Inclusive el factor de atribución de responsabilidad de la demandada quedó sentado en el mismo sentido al ordenarse la citación al proceso del empleador del reclamante.

Es por ello que si al sentenciar la Magistrada a quo consideró que la ART demandada es responsable conforme los términos de la LRT y no del Código Civil, se ha violentado el principio de *congruencia*.

Y para así concluir me baso, sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, en que al sentenciar se ha incurrido en un vicio que ha mostrado un absoluto desvío de la pretensión del actor con la consiguiente sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose de esa manera un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se pronunció sobre un tema o materia no debatido oportunamente en el proceso (la normativa de atribución de responsabilidad conforme la LRT).

Se me podrá decir que el actor imputó y solicitó se condene a la ART por ser responsable de las consecuencias del accidente de trabajo que invocara y en ello estamos de acuerdo, pero no es posible parcializar y quedarnos sólo con la petición sino que a ella debemos necesariamente adicionar y considerar cuál ha sido el fundamento jurídico por el cual se pidió la condena como "responsable". Y es en este punto donde la sentencia ha incurrido, a mi modo de ver, en la violación del principio de "congruencia", porque el factor de atribución de responsabilidad en el que se basó la sentenciante para condenar a la referida demandada no es el mismo en el que el que el actor fundamentó o basó su pretensión. La sentencia debió tratar y resolver la cuestión sometida a su decisión, tal como quedara trabada la litis, y no

desviarse hacia un camino que no fue el planteado por las partes en el proceso.

En virtud de lo expuesto y compartiendo los fundamentos vertidos en el voto precedente por la Sra. Jueza de Villafañe, propongo al Acuerdo admitir este punto del agravio en tratamiento.

2.3 – <u>La invalidez de la sentencia</u>

Plantea la recurrente la incongruencia de la sentencia en crisis lo cual -afirma- la *"invalida como acto jurisdiccional"*. Afirma que la condena por prestaciones sistémicas resulta *"ilegítima por arbitraria"* y que la contradicción en que incurriera coloca a la Magistrada a quo en una delicada situación y *"vicia por completo el decisorio"*.

Continuando dando respuesta a la queja, es menester tener en cuenta que recogiendo la doctrina de numerosos precedente judiciales, las normas procesales imponen a la parte que pretende la *nulidad o invalidez* la carga de "expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer" (conf. art. 174 CPCC; CN Civ., Sala C, LL 1983-A-573, 36.282-S; 1982-D-424; 1983-D-87; Sala D, LL 1984-B-473, 36.623-S). Por consiguiente, el juez se halla habilitado para desestimar de plano la impugnación si quien la formula carece de interés personal en la declaración de nulidad u omite indicar las defensas o pruebas de que se habría visto privado como consecuencia del vicio que alega (conf. C.Civ. 2ª. Cap., JA 62-724; CNCom., JA 63-622; CNCiv., Sala A, LL 126-777, 15.216-S).

Ahora bien, de conformidad con la norma del art. 255 del ritual, el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia.

En nuestra legislación existen dos tipos de causales que autorizan el recurso (o alegación) de nulidad: uno se refiere al incumplimiento de los requisitos que condicionan la validez de las resoluciones judiciales, y otro a los vicios que afecten a los actos procesales que precedieron al dictado de aquéllas.

Es vasto el repertorio de irregularidades que pueden afectar la validez de las resoluciones judiciales y autorizan, en principio, el recurso de nulidad. Tales serían, por ejemplo, la omisión de la fecha en que es dictada y tal defecto ocasiona un perjuicio a las partes, el error sobre el nombre de las partes que imposibilita la ejecución de lo decidido, el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas o articuladas extemporáneamente, la omisión de pronunciamiento sobre puntos esenciales y la falta o

insuficiencia de fundamentos.

Pero, exista o no la posibilidad de reenvío, la declaración de nulidad de la sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave; de allí que, según lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia, aquella declaración no procede cuando los vicios invocados son susceptibles de repararse mediante el recurso de apelación (conf. PALACIO, L.E., "Derecho Procesal", Ed. Abeledo Perrot, T. V, pág. 108 y sigs. y juris. allí citada).

Y, sin perjuicio de lo expuesto, debo destacar que para que tenga sustento la pretensión de invalidez, la irregularidad de la sentencia debe haber afectado el derecho de defensa de quien esgrime la pretensión. Y aquí en ningún momento se demuestra que se haya afectado tal derecho de la

agraviada.

Es de advertir que la ART ha interpuesto y se le ha concedido el recurso de apelación contra la sentencia en crisis y en la fundamentación del mismo ha

tenido la oportunidad de volcar todos los agravios que la misma le ha ocasionado y/o los errores que según su postura ha cometido la sentenciante, pudiendo demostrar y exponer con total amplitud las causas y/o motivos que tiene para que la resolución sea revocada por el Superior. Es por esta razón que la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada que la nulidad no prospera cuando la cuestión puede ser resuelta mediante el recurso de apelación.

Por lo expuesto, considero que no es procedente declarar en este caso la nulidad o invalidez de la sentencia en crisis.

2.4 – <u>La acción indemnizatoria civil</u>

Habiendo quedado en claro que el actor ha demandado a la ART por reparación integral de los daños conforme la normativa del Código Civil de Vélez Sarsfield, corresponde a esta Alzada decidir sobre la procedencia o no de la misma.

Bien destaca en su voto precedente la Dra. de Villafañe en cuanto a que es criterio del STJCH la procedencia de la acción civil por responsabilidad contra las ART. Es decir, el trabajador tiene la posibilidad de responsabilizar y obtener la condena de la ART bajo el amparo de la normativa civil, con independencia de lo dispuesto por la LRT, por las consecuencias dañosas sufridas en un accidente de trabajo y ello sin atacar constitucionalmente la normativa de la Ley de Riesgos (conf. *"Cini"*, SD N° 11/SRE/12).

Conforme se lee en la demanda, *"…El día 20/11/2007, mientras nuestro mandante se encontraba desarrollando sus tareas habituales en la empresa referida, sujetando una pila (formación) de pallets se cae la pila golpeando el hombro derecho del actor lo que configuró un enorme traumatismo en el mismo con reflejo en el*

izquierdo, sintiendo como consecuencia del evento un fuerte dolor en el hombro derecho y en el izquierdo…" (fs. 21).

Dentro de la teoría general del derecho, los hechos son el sustento de las diversas consecuencias jurídicas (principio de razón suficiente: todo efecto de derecho reconoce un antecedente fáctico, en virtud del cual se produce aquél).

Se ha dicho que: "los "hechos" interesan al proceso en tanto se constituyen en "fundamentos" de la demanda bajo la forma de afirmaciones; en tanto son el antecedente necesario de la aportación de las pruebas tendientes a justificar la existencia del hecho afirmado; en tanto son el antecedente necesario de la sentencia y en tanto pueden incidir sobre otro proceso en que se hayan ventilado los mismos hechos, mediante las excepciones de cosa juzgada y de litis pendencia" (conf. DIAZ, "La exposición de los hechos en la demanda", LL, 83-832).

De tal modo, el sustento de la demanda radica en determinados hechos que expone el actor como base de su pretensión, la carga de la prueba versa sobre esos hechos pertinentes (si estuvieran controvertidos) y la decisión contenida en la sentencia debe referirse a ellos, sin rebasar los límites de la *litis contestatio*.

Hago notar que al contestar la demanda la ART negó expresamente la mecánica del accidente y que el actor se encontrara cumpliendo sus tareas en el momento del infortunio que denuncia (conf. fs. 57 vta.). A su vez, la empleadora citada al proceso (P. V. S.A.) negó expresamente la existencia del accidente referido por el reclamante (conf. fs. 105, 105 vta., 106, 107 vta., 108, 108 vta., 109, 109 vta. y 110). Por lo expuesto, llama la atención que la a quo haya dicho en su sentencia: *"…Conforme ha quedado*

acreditado la actora padeció un accidente de trabajo que ha sido reconocido por la ART demandada…" (fs. 638 vta.). La ART, al contestar la demanda, dijo textualmente: *"…Se reconoce haber recibido denuncia por el siniestro de autos. Sin embargo, negamos, por no constarle a la ART, la mecánica del hecho descripta en la demanda. En tal sentido negamos que el actor se encontrara cumpliendo sus tareas habituales al momento del infortunio. Negamos que Z. estuviera sujetando una pila de pallets, que ésta se cayera y que golpeara su hombro derecho. Negamos repercusión del golpe en el hombro izquierdo…"* (fs. 57 vta.). La postura de la ART me conduce a no compartir la referida conclusión de la Sra. Magistrada a quo y ello debido a que una cosa es reconocer "el accidente" y otra muy distinta reconocer haber recibido "la denuncia" del siniestro. No ha existido, en consecuencia, ningún reconocimiento del accidente ni por parte de la demandada, ni por parte de la empleadora.

Así pues, constituye un hecho principal (pertinente y relevante) que habría ocurrido un suceso dañoso para el actor, pero también es pertinente y relevante "cómo" ocurrió, es decir, las circunstancias de contexto o los detalles que puedan conducir a imputar (o no) responsabilidad a la demandada.

En otros términos, no es suficiente enunciar el "esqueleto" del hecho; hay que "vestirlo" con sus características de interés para la dilucidación de la causa. Pues todos los fragmentos fácticos pertinentes se integran y combinan para configurar "el supuesto de hecho" de la responsabilidad civil (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Resarcimiento de Daños" N° 3 El Proceso de Daños, pág.48).

Lo dicho tiene directa relación con el objeto de la prueba que es motivo de análisis en este caso. La noción de daño resarcible se vincula con un ***hecho lesivo*** que debe ser su causa adecuada e imputable a otra persona. He dicho

ya en casos similares que ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad. Así pues, el hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales de prueba en el juicio de daños.

Cuando el hecho fuente de responsabilidad es negado por el demandado, su prueba incumbe al actor; en su defecto, no puede acogerse la pretensión resarcitoria.

"Pesa sobre el actor la carga probatoria de los hechos constitutivos de la demanda, la ocurrencia del hecho…pues de lo contrario carecería de sentido la pretensión de hacer recaer responsabilidad en el dueño o guardián de una cosa ajena al suceso dañoso" (CNCiv., Sala C, 30/06/92, LL, ejemplar del 22/10/92; cit. por ZAVALA de GONZALEZ, ob. cit., pág. 155).

Hemos visto y lo he destacado supra, que en este proceso el actor demandó amparado en las normas del Código Civil de Vélez y no en las de la ley especial cuya inconstitucionalidad peticionó expresamente. Ello torna claramente aplicable al caso toda la normativa que rige en materia de actividad probatoria esencial que debe producir en el proceso quien pretende ser indemnizado por esta vía. Por lo expuesto, es inevitable el rechazo de la acción intentada dado que no surge del relevamiento de las probanzas arrimadas por el actor que éste haya acreditado el accidente que refiere al demandar y que constituye el sustento de su pretensión indemnizatoria (conf. art. 381, 460 y concs. CPCC).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto y que es más que suficiente para determinar la improcedencia del reclamo, no puedo pasar por alto las variantes que surgen del proceso sobre el día en que habría ocurrido el supuesto "accidente de trabajo" mencionado por el actor como fundamento de su pretensión.

En efecto, en la demanda se dice que el accidente ocurrió el día *20 de Noviembre de 2007* (fs. 21); en el documento de fs. 11 presentado por el actor se lee que el accidente ocurrió el día *07 de Noviembre de 2008*; en el Informe de Perito presentado por el actor se lee que el accidente ocurrió el día *12 de Noviembre de 2007* (fs. 14/15); por último, en los telegramas obrantes a fs. 100/101/102 remitidos por el actor, cuyas copias auténticas lucen a fs. 163/164/165, el mismo manifestó que el accidente lo sufrió el día *12 de Noviembre de 2007*.

Por lo tanto, nos encontramos no solo con una absoluta orfandad probatoria sobre el accidente de trabajo y su mecánica sino, además, ante una clara indeterminación sobre cuándo ocurrió realmente el supuesto hecho dañoso. Ello torna aun más insostenible la posición del reclamante.

A lo expuesto y como agravante para el actor, le sumo la circunstancia acreditada en autos que en la fecha que el reclamante denunció como ocurrido el "accidente de trabajo" motivo de su reclamo, estaba con licencia médica que se le había otorgado hasta el día 26 de Noviembre de 2007, lo cual ha sido objeto de un detallado análisis por parte de la Dra. de Villafañe en su voto precedente.

2.5 – <u>La denuncia del accidente a la ART y la pericia médica</u>

Corresponde analizar si el hecho de haberse denunciado el accidente de trabajo a la ART por parte del actor, tuvo el suficiente valor probatorio para eximir al reclamante de probar la existencia y la forma en que ocurriera el hecho dañoso.

En ningún momento se acreditó que la empleadora haya efectuado la denuncia del accidente a la ART. Ello conduce a concluir válidamente que la misma fue realizada directamente por el actor. Por otra parte, de la copia

auténtica de la misma presentada por la ART (fs. 1 de documental reservada) no surge firma alguna del empleador.

Pero debe tenerse presente -conforme lo he dicho en votos anteriores- que aun cuando la empleadora hubiese "denunciado" el accidente de trabajo a su ART, ello no implica que la misma haya reconocido la existencia del mismo y/o su mecánica, ni que quede el dependiente relevado de tener que acreditar en un proceso en base a la normativa "civil" la ocurrencia de tal evento dañoso.

Lo hasta aquí dicho es sin perjuicio de que la ART ha sido terminante en su negativa sobre la mecánica del accidente de trabajo y los hechos expuestos por el actor en su reclamo.

Es imposible pretender que porque la empleadora o el actor "denuncie" a la ART el accidente que habría sufrido, sea ello suficiente para tener por acreditada la ocurrencia y la forma del mismo.

Es sabido que en la "denuncia" se vuelca lo que el dependiente "narra" y no es nada más que eso. Pretender darle otro valor a esta documentación contraría todos los principios generales vigentes y aplicables sobre la carga de la prueba (arts. 381 y concs. CPCC).

Procede analizar ahora el valor que corresponde asignar como medio probatorio a la Pericia Médica practicada en autos.

He dicho antes aquí que el actor no acreditó el "accidente de trabajo" y su mecánica en base al cual promovió la acción indemnizatoria por la vía que admite el Código Civil de Vélez. Afirmo que no corresponde otorgar valor probatorio a la pericial médica tanto para acreditar el daño como para acreditar la relación causal.

Es de advertir que el perito médico examina al actor, quien le hace un "relato" de lo ocurrido (accidente, en este caso). O sea, el experto no puede ni debe-

constatar lo sucedido y mucho menos afirmar en su dictamen que el accidente que el actor le refiere haya realmente ocurrido.

Es evidente que la cuestión es tal como lo acabo de expresar y para ello basta con remitirnos al dictamen (fs. 536/539; 546/547 y 554) donde el perito, hace referencia al actor y al estado físico que presentó en el momento del examen, pero es muy claro que siempre habla el experto del accidente que le fue narrado por el actor y en modo alguno el mismo ha dicho que le consta el hecho del accidente y/o que éste se haya producido de determinada manera. Y es lógico que así sea porque el perito examina al actor mucho tiempo después de producido el supuesto hecho dañoso y en modo alguno le puede constar la ocurrencia del mismo ni la forma en que sucedió. Por lo tanto, este dictamen no es prueba ni de la real existencia del hecho dañoso ni de ninguna relación causal. Reitero: al perito interviniente no le consta ni que el hecho dañoso haya ocurrido, ni que el mismo sucediera del modo en que el actor lo ha relatado.

Similar conclusión se arriba analizando la documentación que instrumentara la ART. Luce a fs. 345, por ejemplo, que en la Descripción del Siniestro dice: *"Refiere que trabajando en la parte de carpintería, levantó un pallet y sintió dolor en hombro derecho"*.

No es necesario profundizar más este análisis para concluir que tampoco con estos elementos consiguió el actor acreditar la existencia y mecánica del accidente base de su reclamo indemnizatorio.

3 – <u>Conclusión</u>

No habiendo acreditado la parte actora los presupuestos básicos, elementales y necesarios para la procedencia de su reclamo, corresponde el rechazo de la acción indemnizatoria interpuesta contra la ART y la

revocación de la decisión dictada en la primera Instancia.

En atención a lo concluido, no corresponde analizar y expedirme sobre los restantes agravios vertidos por la recurrente. Es mi voto.

4 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación de la sentencia recurrida torna procedente realizar la adecuación que manda la norma del art. 282 del ritual.

En consecuencia, las costas de la primera Instancia se imponen a la parte actora que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC).

En estos autos y a pedido de la demandada fue "citada como tercero" la empleadora del actor: P. V. S.A. Corresponde expedirse sobre la imposición de las costas por tal citación al proceso.

Tal como ha dicho esta Alzada reiteradamente, el fundamento de la institución de las costas y su principio esencial, es el hecho objetivo de la derrota en la contienda judicial (SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, pág. 737; DJBA, 102, pág. 113), actuando como un medio de obtener que el derecho controvertido sea reconocido en su integridad y con la finalidad de que el vencedor obtenga el cabal resarcimiento de los gastos que le ocasionó el litigio o, como se ha dicho reiteradamente, que el derecho salga incólume del pleito (conf. Cám.2ª., Sala II, La Plata, DJBA, 71, pág. 86).

En otras palabras, las costas son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (conf. PODETTI, "Tratado de los actos procesales", pág. 111, N° 30), siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor (conf. Cám.2ª., Sala III, La Plata, La Ley 119-231, 11.510-S; Cám.1ª.Mar del Plata, La Ley 117-285). Decimos así que, como norma general, en todo juicio

o incidente las costas deben imponerse siempre al vencido, porque quien hace necesaria la intervención del tribunal por su conducta -acción u omisión-, debe soportar el pago de las costas que la contraparte ha debido realizar en defensa de su derecho (conf. Cám.2ª., Sala I, La Plata, causa A 28.711, reg. sent. 137/75).

En lo que hace específicamente a las costas por la "citación de tercero", tengo en cuenta que la intervención de P. V. S.A. se debió por la exclusiva petición de la ART demandada y no por la actora. Pero también tengo presente que, como regla y según lo expresado al comenzar este punto, el actor debe asumir las costas en la medida en que su pretensión se desestima, pues en dicha proporción reviste el carácter de *vencido*. La regla del *vencimiento* decide y justifica la deuda por costas.

Estamos aquí ante el rechazo de la acción existiendo una citación de un "tercero" al proceso. Entiendo que el actor debe soportar las costas del tercero, en tanto y en cuanto, a pesar del rechazo de la demanda, hubiese existido un efectivo y razonable interés en el llamamiento del tercero por la demandada, lo cual debe decidirse valorando la circunstancias de cada caso. La razonabilidad de dicha citación debe valorarse conforme con los elementos obrantes al momento en que se practicó. No tengo dudas de la razonabilidad que aquí existió en la citación, con sólo tener en cuenta que el actor prestó sus tareas en la empresa que fue "citada como tercero" y de allí que resultara necesaria su participación en el proceso.

Me parece equitativo que el actor asuma todas las consecuencias de las gestiones que ha debido efectuar la demandada en preservación de su derecho de defensa, contra una pretensión que se rechaza. Así pues, aunque el actor no haya sido el agente material de la citación, la ha desencadenado mediatamente con su demanda, que ha colocado a la otra parte en el trance

de resguardar sus intereses (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., “Resarcimiento de Daños”, N° 3 “El Proceso de Daños”, págs. 437/438, Ed. Hammurabi).

En el caso en tratamiento y ante el reclamo del actor fundado en un accidente de trabajo, la demandada solicitó la “citación de tercero” del empleador del reclamante. Ahora bien, la demanda fue rechazada y no me parece justo ni razonable -en atención a los principios que he venido exponiendo supra- que las costas sean impuestas a quien requiriera la citación.

En base a lo expuesto, considero que hay razones para que la totalidad de las costas de la primera Instancia sean impuestas al actor perdidoso en el proceso (art. 69 CPCC), coincidiendo también con los fundamentos expuestos precedentemente sobre el particular por mi colega preopinante.

Con respecto a los honorarios y en virtud de ajustarse los mismos a las pautas que fija la Ley Arancelaria, corresponde sean regulados de la forma y porcentuales propuestos precedentemente por la Sra. Jueza de Villafañe (conf. arts. 5, 7, 8, 9, 39, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.; Ley XIII N° 18, Ac. Plenario 4195/14 STJ), no correspondiendo regular honorarios al Perito Calígrafo Ladislao Acebes Albo en atención a su remoción de fs. 478.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Es procedente imponer las costas de la Alzada a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada Dra. M. C. en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera Instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 7, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA.**

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

De compartir el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. **REVOCAR** la sentencia de 632/ 641.
2. **RECHAZAR** la demanda promovida por J. L. Z. contra QBE ART S.A. .
3. **IMPONER** las costas de la primera instancia incluyendo las generadas por la intervención de la tercera "P. V. S.A.", a la parte actora. (art.69 del CPCC)

   REGULAR los honorarios de los letrados apoderados M. C. y R. D., en el 18 % en conjunto y en proporción de ley; los de los Abs. I. C.P. y N. S. en conjunto y proporción de ley en el 8%, los de P. D. S. y M. D. O. F., en el 8% en conjunto y en proporción de ley; los de los letrados G. C. y P. G. en el 18% en conjunto y proporción de ley; los del perito contador G. O. M. en el 4 %; los del Cuerpo Médico Forense en el 4% a cada uno; y los del perito técnico J. M. M. en el 3%. Los honorarios deberán determinarse sobre el monto reclamado y sus intereses, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si corresponde (arts. 5, 6 bis, 7, 8, 9, 39, 60 y concs. Ley XIII N°4 y su mod; Ley XIII N° 18; Ac. Plenario 4195/14 STJCh). Sin regular honorarios al perito calígrafo L. A. A. en mérito a su remoción a fs. 478.
4. **IMPONER** las costas en la Alzada a la actora (art. 69 del CPCC).

   REGULAR los honorarios de la Ab. M. C. en el 35 % de los que se determinen en la instancia de grado (art. 5 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales, con más el IVA si corresponde

5. DE FORMA.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas 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 septiembre 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 632/ 641.
2. **RECHAZAR** la demanda promovida por J. L. Z. contra QBE ART S.A. .
3. **IMPONER** las costas de la primera instancia incluyendo las generadas por la intervención de la tercera "P. V. S.A.", a la parte actora. (art.69 del CPCC)

   REGULAR los honorarios de los letrados apoderados M. C. y R. D., en el 18 % en conjunto y en proporción de ley; los de los Abs. I. C. P. y N. S. en conjunto y proporción de ley en el 8%, los de P. D. S. y M. D. O. F., en el 8% en conjunto y en proporción de ley; los de los letrados G. C. y P. G. en

el 18% en conjunto y proporción de ley; los del perito contador G. O. M. en el 4 %; los del Cuerpo Médico Forense en el 4% a cada uno; y los del perito técnico J. M. M. en el 3%. Los honorarios deberán determinarse sobre el monto reclamado y sus intereses, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si corresponde (arts. 5, 6 bis, 7, 8, 9, 39, 60 y concs. Ley XIII N°4 y su mod; Ley XIII N° 18; Ac. Plenario 4195/14 STJCh). Sin regular honorarios al perito calígrafo L. A.A. en mérito a su remoción a fs. 478.

4. **IMPONER** las costas en la Alzada a la actora (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de la Ab. Mariana Clément en el 35 % de los que se determinen en la instancia de grado (art. 5 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales, con más el IVA si corresponde
5. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.