En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:

**"M., M. G. c/ P. N. S.A. y otra s/ ACCIDENTE" (Expte. N° 126/2016),** venidos del Juzgado Laboral No.2 (Expte N° 383/10), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 437.

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

**1.**

La sentencia de primera instancia luego de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 39 y 46 ap. "1" de la Ley 24.557, admitió parcialmente la demanda interpuesta por la señora M. G. M. condenando en forma concurrente a P. N. S.A. y P. ART S.A., a abonarle, dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de ciento diez mil pesos ($ 110.000) en un pago único y sin tope, más los intereses desde el 8 de julio de 2008, fecha de la denuncia de la enfermedad profesional conforme los intereses de acuerdo a la tasa que utiliza el Banco del Chubut para sus operaciones generales vencidas hasta su total y efectiva cancelación conforme el art. 768 del CCyC. Impuso las costas procesales a las codemandadas vencidas y reguló los honorarios

profesionales de letrados, perito técnico y CMF. Por sus argumentos no reguló honorarios a la contadora C. L. G., al Dr. V. E. R. ni su letrada apoderada, Dra. A. V. T., al contador R. A. C..

Para así resolver abordó las inconstitucionalidades planteadas de la LRT, admitiendo los planteos con base en los precedentes de la CSJN.

Rechazó el planteo de prescripción interpuesto por la aseguradora demandada.

Ingresó a la responsabilidad civil de la empleadora P. N. S.A. por el daño físico padecido mientras cumplía tareas en esa empresa.

Aludió a los presupuestos de la acción extrasistémica, a la rebeldía declarada a fs. 118 y a la consecuente aplicación de la norma del art. 49 de la Ley XIV Nº 1 y art. 60 y concs del C.P.C.C. y a los efectos de la confesión ficta decretada a fs. 229 (art 24 de la ley XIV N°1).

Analizó la prueba cumplida y sobre la base de la conducta procesal de la parte, el dictamen del perito técnico, la declaración de los testigos M. A. E. D. (fs. 318/319), M. A. S. (fs. 324/325), llega a la convicción respecto del nexo de causalidad necesario y suficiente entre la enfermedad denunciada, la actividad desarrollada por la actora durante un largo período para la empresa demandada, la forma riesgosa y/o peligrosa en que debió llevar a cabo las tareas que efectuó a lo largo de la relación laboral, la falta de cumplimiento en las normas de seguridad e higiene por parte de la empresa y la falta de entrega de elementos de seguridad, así como también la inexistencia de cursos de prevención, y de controles médicos periódicos que le habrían detectado la enfermedad padecida por la trabajadora.

Dijo también que P. N. S.A. no acreditó que hubiese tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el infortunio, aseguró que los movimientos

repetitivos y forzados realizados para efectuar la tarea encomendada, con esfuerzos considerables a lo largo de 6

años y medio de relación laboral para la codemandada, deben ser calificados de evidentemente riesgosos y aptos para provocar la

enfermedad profesional portante de la actora, por lo que entiendo que se constituyen en el elemento idóneo para provocar la lesión y guardan relación de causalidad directa con un factor objetivo de imputabilidad atribuible a la codemandada P. N. S.A.

En definitiva concluye que a la luz de lo establecido por los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial, la empleadora demandada resulta responsable de la reparación de las consecuencias dañosas derivadas del infortunio.

En cuanto a la responsabilidad civil de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, aludió a la imputación de responsabilidad de la ART,

transcribiendo los incumplimientos que se le reprochan y estableciendo que era carga del actor probar un nexo de causalidad adecuada basada en el incumplimiento de un deber legal y que de ello se derive la producción de un daño que se pretende resarcir (arts. 1749 del Código Civil y Comercial), (ex 1074 del CC).

Reitera que quedó demostrada la existencia de la enfermedad denunciada y la consecuente incapacidad parcial y permanente que porta la señora M., como así también los incumplimientos que le fueran endilgados a la aseguradora.

Alude a la pericial médica y sus conclusiones (fs. 299/300) y que la Sra. M. porta un 47,27% T.O. de incapacidad parcial, permanente y definitiva y que de la prueba surge que la actora desarrolló una actividad que le provocó la lesión columnaria denunciada el 8 de julio de 2008, dejando secuelas incapacitantes que debieron haber sido resarcidas por la ART hoy

demandada en el marco de lo establecido por la Ley de Riesgos del Trabajo, como obligada principal.

Refiere al art. 1074 del CC y a la norma del art. 1749 del CCyC., al fallo del CSJN "Torrillo c/Gulf Oil Argentina" y concluye que las omisiones imputadas a la ART constituyen causa eficiente y adecuada a la

enfermedad padecido por la actora.

Luego determina los rubros indemnizatorios y tomando como base el 47,27% de incapacidad parcial permanente y definitiva fijada a fs. 263 por el Perito Médico oficial, como segunda pauta de cuantificación la probable vida útil del reclamante, la que estima en 75 años, atendiendo a la edad de

la víctima al momento del accidente y lo percibido en concepto de remuneración bruta, estimando como justa una reparación material de $95.000 al mes de julio de 2008, debiéndose computar sobre dicho monto intereses liquidados de acuerdo a la tasa que utiliza el Banco del Chubut para sus operaciones generales vencidas desde el 8 de julio de 2008, fecha en que se denuncia la enfermedad profesional y hasta su efectivo pago, conforme el art. 768 del CCyC.

Por su lado desestima el daño psíquico y admite para el daño moral, y en lo que resulta un error de pluma la suma de pesos diez mil ($ 15.000) con más intereses a idéntica tasa y desde la misma fecha que la fijada para el daño material.

La sentencia es apelada por la ART a fs. 409, la expresión de agravios se incorpora a fs. 411/418 y su réplica a fs. 420/426.

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

La recurrente inicia su queja manifestando que en el caso no corresponde la aplicación de las normas del CCyC pues de conformidad con el art. 7 del

mismo, los juicios en trámite por responsabilidad civil se rigen por la ley vigente al momento del hecho constitutivo de la relación jurídica y que la magistrada mezcla articulado sin que ello implique alterar ese concepto.

En el primer agravio señala que el actor debió acreditar la notable desigualdad existente entre la aplicación del régimen de la ART y la probable indemnización que le correspondería por aplicación de la norma

civil, para tornar a ésta viable.

Dice que nada hizo el actor y nada dijo la sentenciante y que luego de demostrar la inconstitucionalidad de la norma para el caso concreto y solo después de obtener la inconstitucionalidad podía tratarse y aplicarse las normas de derecho común.

En el segundo agravio, se queja que en la sentencia de grado se tenga por acreditada la existencia de la enfermedad denunciada y pide se revoque la sentencia o se aligere notablemente la indemnización.

Sostendrá que la sentencia hace mérito de una pericia y explicaciones que carecen de mínimo apoyo científico, los que expuso en la causa con el asesoramiento de profesional en la materia, extendiéndose en el agravio sobre las características de la enfermedad espondilosis lumbar y concluyendo en que es una enfermedad degenerativa. Luego abordó a la exostosis, como enfermedad de carácter genético.

Se agravia en definitiva que en la sentencia no se consideran las múltiples impugnaciones de su parte con rigor y apoyo científico y que determinan que se trata de una enfermedad no cubierta por la LRT sino de una preexistente e inculpable, siendo absurdo e irrelevante en materia civil aseverar que esa preexistencia se vio motivada o agravada por el trabajo.

Alude a la morigeración del resarcimiento en razón de la concausa. En el tercer agravio señala que en la sentencia se atribuyen omisiones a su mandante para lo cual señala que: a) imputado un acto de omisión existe responsabilidad cuando la ley hubiera impuesto el deber de cumplir el hecho omitido, que en la sentencia no se cita ninguna norma concreta transgredida refiriéndose a generalidades como inobservancia de los deberes de seguridad e higiene sin señalar cuáles son los omitidos por la ART; b) que el actor no acreditó ni se demuestra en la sentencia cual es el nexo de causalidad entre la presunta omisión de su representada en sus funciones y el hecho, citando para ello un precedente de esta Cámara; c) asevera que quien debe cumplir con la normativa de seguridad e higiene es el empleador y no la ART, quien no debe enseñar posturas laborales, ni vigilar si carga o no cajones el filetero y mucho menos controlar el peso de los mismos y que no demostró el actor ni se hizo en la sentencia si las omisiones genéricas que se mencionaron en la sentencia pusieron una causa adecuada para el resultado o se trató de una simple condición. Agrega que es totalmente inviable que la higiene y la seguridad hubiera evitado la enfermedad degenerativa que padece la actora.

El cuarto agravio y en subsidio de las quejas expuesta, está dirigido a cuestionar el monto de condena para daño material y moral calculado a la fecha del hecho.

Plantea la dificultad de cuestionar la fundamentación deficiente o inexistente de los fallos de la primera instancia cuando fijan la

cuantificación del daño. Señala que la condena por lesión ocular se traduce a la fecha del agravio al monto de $ 353.960 por una tasa de 221.78 %, sosteniendo que es excesivo teniendo en cuenta las particularidades de la causa refiriéndose especialmente a la patología crónica que portaba el actor.

En el quinto agravio cuestiona la tasa de interés establecida en la sentencia. Señala que en la circunscripción y para las condenas por responsabilidad extracontractual se aplica la tasa activa del Banco del Chubut y que la determinada en la sentencia ocasiona agravio por ser la más gravosa.

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

**3.a.** En este proceso, la actora optó por la vía extrasistémica para obtener la reparación integral del detrimento físico, psíquico y daño moral que- entiende-, le provocó la prestación de tareas para la demandada P. N. S.A. y en los términos del art. 1074 C.C. atribuyó responsabilidad por omisión a la ART codemandada.

La demanda fue iniciada el 11 de noviembre de 2010 y de sus términos surge que el episodio agudo aconteció el día 8 de julio de 2008, fecha en la que lo denunció como accidente de trabajo ante la ART.

A los efectos de determinar el régimen normativo aplicable en la presente demanda de daños y perjuicios, resulta necesario señalar que, tramitando la causa, entró en vigencia el día 1/8/2015 el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) aprobado mediante la Ley Nº 26.994 y su modificatoria Ley Nº 27.077.

En virtud de ello, cabe destacar que tanto la denuncia del accidente como los antecedentes de la patología que se entiende como fuente del daño reclamado, es anterior a la reforma legal aludida. El nacimiento de la relación jurídica a la que se refiere este pleito, por tanto, quedó agotado al momento de producirse aquel hecho y la procedencia de la responsabilidad imputada a los co- demandados no puede ser juzgada con arreglo a la nueva ley sin darle un efecto retroactivo categóricamente prohibido en las disposiciones del artículo 7º del Código Civil y Comercial.

Es que por disposición del art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable es la vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello es así porque es en esa ocasión, en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil, discutidos en esta instancia. *"La ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño. Por eso, la mayoría de las reglas establecidas en los arts. 1078 y siguientes se aplican sólo a los daños producidos después de agosto de 2015. Igual conclusión cabe de otros artículos referidos a la responsabilidad distribuidos en el resto del articulado. De cualquier modo, la mayoría de estas normas* (…) *no deberían causar problemas de derecho transitorio porque solo recogen y ordenan el articulado del c.c. y su doctrina y jurisprudencia interpretativa*" (v. Aída Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 158 ysgts).

Dicho lo anterior, no es posible aplicar al caso concreto las disposiciones del CCyC, dejando a salvo que en la fundamentación de la sentencia se refirió al articulado de éste y entre paréntesis la que corresponde, conforme he señalado, a la norma aplicable al caso. Cuando resulte pertinente haré referencia a la inaplicabilidad del CCyC. .

**3.b)** Ingreso al primer agravio individualizado por la parte señalando que el reclamo extrasistémico a la ART no ha sido previsto en la LRT.

El STJCH en los precedentes "C."(SD N°11/SER/ 2012) "C." (SD N° 28/SER/2013) y "E. H." (SD N°31/SER/2013) dejó establecida su postura en relación a la responsabilidad por omisión de las aseguradoras de riesgos del trabajo en los términos del art. 1074 del CC.

En el primero de ellos señaló *"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". 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."*

De modo tal que no resulta necesario ni que el actor acredite la notable desigualdad existente entre la aplicación del régimen de la ART y la probable indemnización que le correspondería por aplicación de la norma civil, ni tiene que demostrarse la inconstitucionalidad del art. 39 LRT para formular el reclamo extrasistémico que se intentó.

Consecuentemente con ello el agravio en los términos que ha sido formulado, debe desestimarse.

**3.c)** Como ya expuse, en el segundo agravio la queja se sostiene en que se tuvieron acreditadas las patologías denunciadas por el actor.

Memoro que la magistrada de grado para concluir en la existencia de las patologías portantes de la actora, se valió de la prueba pericial médica agregada a fs. 260/267 y sendas contestaciones (v. fs.272/275 y fs.286) a las

impugnaciones que la representación letrada de la ART, formuló oportunamente.

Al tiempo de formular sus agravios, indica que las conclusiones de la pericia carecen del mínimo apoyo científico y procura sostenerlo afirmando que *"ello ha sido demostrado en la causa mediante el asesoramiento de profesional en la materia que es amplio conocedor de su praxis y que con rigor científico y lo más importante sentido común, son demostrativas de las inconsistencias y temeridad de las afirmaciones del perito."* A partir de allí se extiende en consideraciones médicas para concluir que en la sentencia no se han tenido en cuenta las múltiples impugnaciones formuladas que determinarían que se trata de una responsabilidad no cubierta por la ART sino de una preexistente e inculpable.

Daré respuesta al agravio señalando que si bien las normas procesales vigentes no acuerdan al dictamen pericial carácter de prueba legal, no deja de ser cierto que cuando ello comporta la necesidad de la apreciación específica del saber científico del campo del perito -técnicamente ajena al conocimiento jurídico del magistrado- para desacreditar la pericia y consecuente eventual sentencia, es necesario traer elementos de juicio a fin de desvirtuar las conclusiones de la sentenciante, cuando ellas se basan en la opinión vertida por el experto.

En el caso, al dictamen pericial del Dr. B. -quien se desempeña ante el CMF de nuestra circunscripción- le siguió el pedido de explicaciones (fs.270) las que fueron brindadas por el perito oficial y finalmente a fs. 282 la ART impugnó las mismas.

En la primera oportunidad se manifestó que las explicaciones se hacían conforme las indicaciones del médico legista Dr. G. L. y en la impugnación

a las respuestas, se consignaron fundamentos de carácter técnico con profusa bibliografía que estimaré médica, en tanto se indican en idioma extranjero. Finalmente como ya he dicho, en el desarrollo del agravio, se hace referencia al asesoramiento médico recibido.

Lo cierto es que la parte contó con la facultad de designar consultor técnico. De hecho lo hizo a fs.178 proponiendo para esa función al Dr. V. R. quien fue notificado de su designación a fs. 193 y quedó a cargo del oferente la notificación de la fecha fijada para la pericia (v.fs.239). Conforme informa el Dr. B. al iniciar su dictamen, no se presentaron los peritos de parte.

Ahora bien, la función del consultor técnico está bien determinada en nuestro ordenamiento procesal y constituye una figura de carácter auxiliar y facultativo, que obra en interés y defensa de la parte que lo designa (cfr. Palacio, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", T. I, pág. 591, Buenos Aires, 1983). Su actuación, por tanto, está limitada en esencia a: 1) presenciar las operaciones técnicas que realice el perito y formular las observaciones que considere pertinentes (art. 475 CPCC); 2) presentar, por separado, su respectivo informe en base a la pericia practicada, dentro del mismo plazo fijado para el perito y con iguales requisitos (art. 476 CPCC); 3) formular observaciones ante la pericia en referencia a las explicaciones ordenadas por el juez al perito (art. 477 CPCC).

Al no existir en autos informe del consultor técnico de la ART y aun cuando se pretendiera dar entidad científica a la impugnación, lo cierto es que el profesional L. citado y sin menoscabar sus antecedentes, no ha sido designado por la parte consultor técnico.

De modo tal que aún con la vehemencia que se procura descalificar el dictamen del perito oficial, no cuento con elementos de juicio o de un marco

teórico de igual o superior enjundia científica o técnica que permita apartarme de lo dictaminado por el Dr. B..

Es que tratándose de prueba calificada, el dictamen está debidamente fundado y no resulta contrario a alguna máxima de experiencia u hecho notorio, por lo que para desvirtuar su contenido integral hubiera sido imprescindible contar con elementos de juicio que me permitieran concluir, de modo fehaciente, acerca de la existencia de algún error o absurda inferencia desde el punto de vista de los conocimientos técnicos y científicos expuestos en el dictamen.

Dicho lo anterior y calificada la patología portante como enfermedad profesional evidenciada en el episodio agudo del día 8 de julio de 2008, no existe mérito para evaluar la concausalidad que requiere el apelante.

A ello agrego que en momento alguno se justificó en el expediente, la preexistencia de dolencias de la trabajadora que permitan aseverar- aun en el marco de esta acción extrasistémica-, que deban evaluarse como factor concausal para morigerar por esas razones, la indemnización de la actora.

Por mis argumentos, el agravio debe desestimarse.

**3.d)** Para dar respuesta al tercer agravio voy a remitirme a los precedentes del STJCh ya individualizados.

Desde el precedente "C." el Superior Tribunal 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)** Lo ya señalado para el primer agravio en el sentido que las ART, como sujetos de derecho, puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico y que 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 y que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal.

**c)** 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.

**d)** 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.

Sobre esa base corresponderá analizar los términos del agravio cotejados con los argumentos medulares de la sentencia que dio por probados los incumplimientos que se le achacan a la Aseguradora y si estos tienen vinculación causal con las patologías portantes de la actora para endilgarle la responsabilidad atribuida.

La jueza de grado transcribió los incumplimientos reprochados por la actora a la ART *"…la actora ha realizado imputación de responsabilidad de la A.R.T. demandada, encontrándola, por su parte, en una conducta negligente al incumplir con lo ordenado por los arts. 1, 4, 31 inc. 1 de la LRT, el decreto 170/96 y la Resolución 43/97 de la SRT, que obligan a la codemandada a efectuar controles periódicos para indicar a sus asegurados las medidas de seguridad que deben tomar a los fines de prevenir accidentes, llevar registros de siniestralidad, realizar las correspondientes denuncias a la SRT, brindar cursos a los trabajadores con el objeto de prevenir accidentes, realizar exámenes periódicos*.

Sobre tal reproche analizó la prueba producida en el accidente.

Así tuvo por acreditado que la ART conforme las declaraciones de E. D. y M. S. que la Aseguradora no había realizado visitas periódicas a la planta, no

habían adoptado medidas tendientes a evitar lesiones o enfermedades profesionales y que no se habían dado charlas de capacitación.

Por su lado, analizó la prueba pericial médica destacando la reafirmación de una patología de evolución crónica a lo largo de muchos años de tareas forzadas, que de acuerdo a la antigüedad en el puesto de trabajo y a los antecedentes está relacionada con la tarea desempeñada en la empresa; que no obran en el expediente exámenes periódicos y que la actora no podrá aprobar un examen médico preocupacional.

Se aludió en la sentencia al incumplimiento del deber de vigilancia y previsión y que de ello derivó la producción del daño, en tanto no acreditó que hubiese tomado medidas de seguridad necesarias para evitarlo.

Tengo presente que frente a los incumplimientos alegados y reseñados en la sentencia, la ART al contestar demanda negó que hubiera incurrido en violación a normativa alguna en especial a las referidas a la seguridad e higiene, que éstas debe cumplirlas el empleador y que en definitiva las aseguradoras no tienen poder de policía sobre los empleadores.

Salvo aquella negativa particular, nada dice la ART respecto de los incumplimientos achacados a los deberes establecidos en la ley de seguridad e higiene, no indica cuáles han sido las capacitaciones brindadas para el trabajo que cumplía M., nada refirió a los exámenes médicos periódicos, en definitiva en modo alguno argumenta y consecuentemente no prueba, respecto de las obligaciones que la LRT le impone y que fueron alegadas en la demanda.

Conforme el criterio que ha sostenido el STJCh 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) "(STJCh "C.").

Por su lado no alegó y no probó, que haya determinado la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato ni que hayan informado respecto de la normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo, entre ellas la Res. 295/03 del MTESS que describe la ergonomía como herramienta de estudio y mejora de las capacidades laborales.

Las testimoniales valoradas por la magistrada de grado dieron cuenta de las tareas cumplidas por la actora, a lo que puede sumarse la descripción que de ellas hizo el perito técnico en su informe.

Tampoco ha logrado acreditar las capacitaciones brindadas en función de la manda del art. 21 Dec 170/96 "*La capacitación brindada por la aseguradora deberá realizarse en el domicilio del empleador o del establecimiento en su caso, salvo acuerdo en contrario. Las fechas y horarios de capacitación serán acordados con el empleador. Los trabajadores estarán obligados a concurrir a los cursos de capacitación que se dicten dentro de su horario de trabajo, y a firmar las constancias correspondientes.*"

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 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. M. 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."*

Ya me he referido en extenso sobre las conclusiones del informe médico que señalan que la patología de la actora tiene características crónicas de evolución y que determina una incapacidad parcial permanente y definitiva del 47,27% de la TO, que se corrobora con el examen y estudios presentados al tiempo de la evaluación pericial en el mes de abril de 2013; que aquélla guarda causalidad con el episodio agudo del 8 de julio de 2008 y de acuerdo a la antigüedad de la paciente, realizando las mismas tareas y que la causa más frecuente de la patología discal son los microtraumatismos crónicos y permanentes sobre el disco que va "aguantando" las sobreexigencias (típica enfermedad profesional).

Luego de ello, si la trabajadora no fue capacitada en la prevención de riesgos, si no existieron los estudios médicos periódicos para conocer su estado de

salud, si se desconoce cuáles fueron las estrategias de prevención respecto de las afecciones músculo-esqueléticas que puede generar el trabajo de M. que a más de la de filetera debía trasladar "cunitas" con el pescado (v. declaraciones de fs.317/319 y 324/325 )y sin contar con ninguna medida de protección, 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 infortunio de fecha 8 de julio de 2008.

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. M.. *"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).

Por cierto, y dando respuesta a otro aspecto del agravio, en modo alguno se confunden los roles de empleador y ART.

La ley 24.557 impone a las aseguradoras de riesgo del trabajo conductas positivas inherentes a la provisión de capacitación, al control y a la fiscalización de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, con ello está presuponiendo que el cumplimiento efectivo de tales funciones tendrá relación causal con la reducción de la siniestralidad. Luego, a "contrario

sensu", podrá concluirse que la omisión de esa actividad es apta para no detener los procesos causales con desenlaces dañinos.

Sobre el punto, es un dato cierto que las obligaciones impuestas en el art. 31 de la LRT han sido modificadas y reasignadas en los normas reglamentarias como lo es por ejemplo el Dec. 170/96, que transfiere a las Aseguradoras la capacitación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo. Y así lo ha señalado el perito técnico quien indica, que la actora por sus tareas debió haber sido capacitada en riesgos de movimientos repetitivos, descansos ergonómicos, levantamiento de pesos y trabajo en ambientes húmedos y fríos.

Insistiré que nada de ello ha sido alegado por la codemandada y consecuentemente ninguna prueba ha sido dirigida a su acreditación y por su otro lado tampoco aportó la documental requerida a la ART conforme se dispusiera a fs.186.

Acreditado entonces que la ART codemandada no cumplió con las obligaciones de prevención, deberá confirmarse la sentencia que la condena a reparar de manera integral los daños que, como se ha señalado, tienen relación de causalidad con la omisión en el cumplimiento de aquéllas.

**3.e)** El cuarto agravio y en subsidio de las quejas expuestas, está dirigido a cuestionar el monto de condena para daño material y moral calculado a la fecha del hecho.

Ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos que no es suficiente criticar los montos indemnizatorios consignando que los mismos resultan excesivos teniendo en cuenta las particularidades de la causa, y en el caso soslayaré que el agravio refiere a una lesión ocular lo que obviamente es un error de pluma.

Para justipreciar el daño indemnizable, deben tenerse en cuenta las circunstancias fácticas reunidas en las presentes actuaciones y con una comprensión plena del ser humano y su integridad física y psíquica, conforme los lineamientos asentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tal sentido, cabe memorar su doctrina constitucional que -en lo que aquí interesa- tiene dicho y reiterado que "*el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales", ya que no se trata "de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres*" ("Aquino" votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y "D.", voto de la Jueza Argibay, Fallos 329:473, 479/480, y sus citas).

Ampliando tales conceptos, agregó "*el Tribunal también ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados, al igual que los citados anteriormente, con infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del Código Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que, por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de (la) actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable*" no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos: 310:1826, 1828/1829).

De tal suerte, la determinación de la cuantía de este tipo de reparaciones resulta una tarea harto difícil, máxime por cuanto reviste para los magistrados un acto discrecional y prudencial, sustentado en la valoración de los datos que arroja la causa y no una misión objetiva susceptible de ser llevada a cabo a través de la directa aplicación de parámetros o cánones prefijados.

Desde esta perspectiva de enfoque, la señora jueza ha dado cuenta que la utilización de fórmulas actuariales es solo una pauta de orientación, para luego aludir dentro de los parámetros a considerar, la incapacidad parcial y permanente del 47,27 %, la probable vida útil de la reclamante que estima en 75 años, atendiendo a la edad de la víctima al momento del accidente, la remuneración bruta percibida, concluyendo en la suma de $ 95.000 a la fecha de la denuncia del evento agudo, el día 8 de julio de 2008.

Tengo en claro que los expuestos son los datos objetivos que integran normalmente los guarismos propios de una fórmula actuarial que no se enuncia claramente en la sentencia y que hubiera sido propio de expresar, de haber sido congruente con la aplicación al caso en concreto del CCyC en su art.1746.

De modo tal que para juzgar sobre el monto reconocido para la incapacidad física de la actora deberé recurrir a otras variables, no consideradas en la sentencia de grado, como lo son la índole de las lesiones que porta la Sra. M., la actividad laboral que cumplía, los datos del grupo familiar que surgen del informe sicológico agregado en autos (fs. 248/253) y la repercusión que la incapacidad definida tienen en la vida de relación así como los obstáculos que se generan al no poder continuar en la actividad productiva que tenía y la consecuente dificultad para reinsertarse en el mercado laboral que se objetiva en la imposibilidad de la actora para ocupar puestos de trabajo

afines con su entrenamiento profesional, para lo cual he de tener en cuenta que conforme el informe médico, no superará un examen médico preocupacional(fs. 264).

A partir de allí y sin contar con una crítica respecto de los parámetros expuestos en la sentencia de grado, válidos pero insuficientes, considerando precedentes de esta Cámara en situaciones análogas y en el límite del agravio, voy a sostener que la suma de condena para resarcir el daño físico sufrido por la Sra. M. ha sido fijada prudencialmente dentro del margen de valoración amplio que le brinda el art. 167 del CPCC y debe confirmarse.

En cuanto al daño moral, tengo presente que la parte no cuestiona el reconocimiento del daño moral que tiene por objeto reparar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre y que son la tranquilidad espiritual, la libertad individual, la integridad física y que reconocen en su génesis, la enfermedad profesional que porta la Sra. M..

Entiendo que las pautas que ha dado la magistrada no han sido si quiera refutadas por el recurrente y no encuentro mérito para apartarme de la suma otorgada para resarcir este rubro. Tendré en consideración que el monto de condena en la parte dispositiva ($ 110.000) implica reconocer $15.000 para el daño moral.

**3.f)** En el quinto agravio cuestiona la tasa de interés establecida en la sentencia.

Asiste razón al recurrente.

Recurre la magistrada para la determinación de los intereses, al art. 768 del CCy C, normativa que ya he juzgado inaplicable al caso concreto.

Sobre esa base se aparta de la tasa de interés que de manera sostenida viene aplicándose en esta Circunscripción y que sigue el criterio que el STJCh. viene sosteniendo como doctrina legal.

El STJCh ha sentado doctrina legal estableciendo como principio el criterio- aún vigente- que otorga libertad a los sentenciantes inferiores para resolver las cuestiones que son materia de derecho común, en particular la de intereses, regida por el art. 622 CC. *"A mayor abundamiento, se recuerda que: "en cuanto al agravio referido a la tasa de interés aplicable, ha de señalarse lo resuelto por este Cuerpo en Expte. N° 15.502-S-1996, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del C.C. como consecuencia del régimen establecido por la Ley 23928, queda en la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión. Que, además, ha de decirse que este Superior Tribunal de Justicia en los autos: "S., C. c/ L. P. S.A. y/u otro s/ Indemn, por acc de trabajo" (Expte. 15.502-S-1996) sostuvo: "siendo que el art. 622 del C.P.C.C., conduce a la aplicación e interpretación de normas de derecho común ajenas como regla a la vía extraordinaria de la casación, debe entonces este Tribunal encausar la cuestión en este principio, como era propio antes del "leading-case" que motivó el ajuste a la anterior doctrina de la Corte nacional. Ello induce a la solución que, no es sino, la que ahora postula la misma Corte, esto es la irrevisibilidad de lo resuelto en materia*

*de intereses por los jueces de la causa, por quedar ubicado en su margen discrecional autorizado por la norma (conf.: C.S. "Banco Sudameris..." del 17/05/94 (DT 1994-B-1973), "Acopionor..." del 06/09/94, (ED 160/91), "Simonet..." del 04/10794, "Gardella..." 20712/94, por cuanto las normas de la Ley*

*23.928, "no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión"*

*"Frigorífico y Matadero La Foresta...." 04/05/95, "Caja Nacional de Ahorro y Seguro...."06/06/95) el último publicado en los sumarios de LL 14/10/96. Salvo, claro, arbitrariedad demostrada en orden a las constancias de la causa, o excepción atento la situación particular que manifiesten los autos, que no se da en el subexamine" (conf. S.T.J.CH. S.I. N° 40/97). Criterio aún vigente (conf. S.I. N° 22/S.R.E./06) (Fallos 329:5467). ... Este cambio en la doctrina nacional, implicó "devolver" a los jueces de grado, la soberanía hermenéutica de las normas de derecho común y el prudente arbitrio, criterio que no fue soslayado por este Superior Tribunal que modificó la doctrina legal que había impuesto por el reconocimiento de la autoridad de un precedente desechado por la Corte Nacional y estableció como principio el criterio que otorga libertad a los sentenciantes inferiores para resolver las cuestiones que son materia de derecho común, en*
*particular la de los intereses, regida por el art. 622 del C.C., salvo los casos en que resulte demostrado que la aplicación de la tasa elegida sea incompatible con el adecuado servicio de justicia en orden a las constancias de la causa (S.T.J.CH. S.D. N° 08/S.R.E./1997). Criterio que se mantiene (S.I. N° 22/S.R.E./2006)*
*contrariamente a lo afirmado por el casacionista. Además, resulta útil reseñar que en instancia originaria, este Cuerpo y "dada la situación de público y notorio de variación en la economía de la República y abandono de la Ley de*
*Convertibilidad..." viene aplicando la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A. (S.D. Nº 06/S.C.A./02 y 09/S.C.A./2002). (STJCH "C., N. J. y Otros c/ C., M. N. s/ Rendición de Cuentas" (Expte. Nº 21.253-C-2008),Sent. Def. Nº 05/S.R.E./09).*

De lo expuesto quiero significar que más allá de la atribución de los jueces para fijar la tasa de interés, la magistrada de grado modifica la tasa de interés que de manera sostenida reitero, vienen aplicando los tribunales

provinciales y es la que está implícita, a mi criterio, en todo pedimento de parte, por ser la misma la de uso corriente en todas las jurisdicciones.

La mera citación de una norma que sostengo es inaplicable al caso concreto, no resguarda el deber de motivación de la sentencia, máxime cuando se aparta sin fundamento alguno de la doctrina legal establecida, a la fecha de este pronunciamiento por el STJCH.

De modo tal que el monto de condena admitido de $ 110.000 devengará los intereses que para la tasa activa para préstamos personales fija el Banco del Chubut S.A., desde la fecha indicada en la sentencia que llega firme a esta instancia y hasta su efectivo pago.

**4.**

Concluyo el tratamiento de los recursos incoados proponiendo al Acuerdo la revocación parcial de la sentencia de grado, en tanto aplicó las normas del CCyC y en la tasa de interés fijada y confirmándola en todo lo demás que decide.

**5.**

**Costas:**

En cuanto a las costas de la primera instancia, lo resuelto no altera la condición de vencida de la ART (art. 69 del CPCC) y consecuentemente no deberán readecuarse las costas y honorarios de la instancia de grado. (art. 282 del CPCC).

Las costas en esta instancia y en atención al resultado del recurso se imponen a la demandada (art. 69 CPCC). Para ello tengo en cuenta que la

modificación que se propone ha sido materia oficiosamente dispuesta por la magistrada de grado y no medió actuación de la contraria para sostenerlo en esta instancia. Los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede, conforme la actividad profesional cumplida y el resultado obtenido se proponen para el letrado B. M. en el 28% y para los letrados R. L. y J. M. F. C., en conjunto y proporción de ley en el 26 % en ambos casos los porcentajes se determinaran sobre los que resulten en la instancia de grado, 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 **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

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

**1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios**

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que expone la apelante.

**2 – Tratamiento de los agravios**

**2.1 – La normativa aplicable al caso**

Agravia a la recurrente que la sentenciante haya aplicado la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación en el presente proceso.

Estamos aquí ante una demanda en la que se reclama la indemnización por los daños y sufridos por un accidente de trabajo en base a la vía regida por el Código Civil y no por la L.R.T. El proceso fue iniciado el día 11 de Noviembre de 2010 y la denuncia del accidente de trabajo a la ART se concretó el día 8 de Julio de 2008, conforme surge de autos.

La norma del art. 7 del nuevo CCyC -en su parte dispositiva- estipula que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Dispone que las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario y que la retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Por su parte reza que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Ahora bien, con relación al resarcimiento de un daño proveniente de la violación del deber de no dañar, se aplica el Código vigente a la fecha del hecho, salvo que se trate de un hecho complejo o concatenado que ha comenzado a producirse durante la vigencia del Código derogado y culminado una vez que ya se encontraba vigente el nuevo Código Civil y Comercial. Todas las cuestiones vinculadas con el daño en si mismo, se deben juzgar por la ley vigente al momento del hecho, pues el menoscabo no es una consecuencia del hecho, sino que forma parte del mismo, es un elemento constitutivo de la relación jurídica que ha quedado agotado en torno a su constitución en el mismo instante en que se produjo. Sin la existencia del daño no habría obligación alguna de resarcir, porque el daño es la causa fuente de ésta (conf. art. 726 CCyC).

La excepción a esta regla está dada cuando el hecho productor del daño se extiende de manera sistemática y concatenada en el tiempo, no habiéndose

consolidado el daño durante la vigencia de la ley derogada sino una vez sancionada la nueva. En estos casos el daño no se agota instantáneamente porque el hecho tampoco lo hace, ya que se prolonga en el tiempo como asimismo sus consecuencias.

También el modo de cuantificación del daño se rige por la ley al momento del hecho y no a la vigente al tiempo en que ésta se practica, aun cuando se agraven o aumenten con posterioridad las consecuencias de dicha lesión, pues, aun en estos casos, su origen deriva de un hecho ya consumado. De igual manera, cualquier norma del CCyC que imponga una atenuación, agravamiento o modificación de la responsabilidad (vg. Art. 1750 CCyC) no resulta aplicable si el hecho es anterior a la entrada en vigencia de la norma, pues ella no se encontraba vigente al momento del hecho (conf. JALIL, J.E., *"La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial"*, RCyS 2015-XI, 22).

En virtud de lo hasta aquí expuesto, no es posible acompañar a la Sra. Jueza a quo en cuanto ha hecho aplicación de la nueva normativa del CCyC en el presente proceso en virtud de no corresponder tal proceder. Por lo tanto, el caso se rige por las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield.

**2.2 – <u>Necesidad de acreditar notable desigualdad entre el régimen de la LRT y la indemnización por el Código Civil</u>**

Según la queja, la sentencia ha omitido tener en cuenta que el actor debió acreditar la notable desigualdad entre la aplicación del régimen de la LRT y la probable indemnización que le correspondería por aplicación de la normativa civil, para tornar viable la aplicación de esta última. No le asiste razón a la recurrente dado que no es necesario el cumplimiento del recaudo previo que pregona.

Si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho común los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la medida que le sea imputable, al menos, a título de culpa (arts. 512, 902, 1109 y 1074 del Cód. Civil (conf. VAZQUEZ, G.A., *"Responsabilidad Civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Presupuestos"*, Rev. de D. Laboral, Ley de Riesgos del Trabajo – III, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2010, págs.. 168 y 174 y Nota N° 1, con cita de los autos *"Torrillo, A.A. y Otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y Otro"*, CSJN, 31/03/09, Fallos: 332:709; STJCH, 30/07/2013, in re: *"Casas, L. c/ Indupress SRL y Otro s/ Accidente"*, Reg. N° 28/SRE/2013).

La CSJN, por mayoría, en el precedente *"Torrillo"* estableció como doctrina la posibilidad de condenar civilmente a la ART respecto de los daños laborales, siempre que se demuestre que existió un nexo de causalidad

adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o cumplimiento defectuoso por parte de la ART de sus deberes legales. Criterio que fue ratificado posteriormente al dictar sentencia en autos *"Pacheco, A.M. c/ La Holando Sudamericana Compañía de Seguros SA y Otros s/ Accidente Acción Civil"*.

Por lo tanto, para juzgar en un caso concreto si una aseguradora puede ser civilmente responsabilizada por un siniestro laboral, corresponde examinar en la litis si se logró probar el actuar omisivo de la ART y, en su caso, preguntarse si habría ocurrido igual, aunque la ART hubiera cumplido con sus obligaciones (del voto del Dr. Pasutti in re: *"Casas"*, cit.).

Lo expuesto conduce inevitablemente al rechazo de la queja en este punto.

**2.3 – <u>Se tuvo por acreditada la enfermedad denunciada</u>**

Se queja la recurrente por cuanto la sentencia tuvo por acreditada la existencia de la enfermedad denunciada por la actora y para ello se basó en la pericia médica practicada en autos, sin tener en cuenta sus impugnaciones realizadas con rigor científico y legal.

Es menester consignar -conforme lo hace precedentemente en su voto la Sra. Jueza de Villafañe- que si bien la aseguradora propuso un Consultor Técnico médico, que fue oportunamente notificado de su designación, el mismo no se presentó en la oportunidad de llevarse a cabo la pericia de la especialidad ni tuvo intervención en el proceso.

Si bien ante la presentación del dictamen pericial médico, la ART solicitó explicaciones al profesional interviniente y posteriormente impugnó el mismo, ambas presentaciones fueron realizados por los letrados de la parte sin que haya tenido ninguna participación su consultor técnico. Esta apreciación es válida aun cuando en la queja se hace referencia a que no se tuvieron en cuenta las múltiples impugnaciones que realizara la recurrente *"con rigor y apoyatura científica y legal"* y ello se debe a que la parte realizó una serie de consideraciones sobre la referida pericia sin ningún tipo de apoyo y sustento científico. Es más, al requerir explicaciones la recurrente dijo: *"…El pedido se efectúa conforme las indicaciones del médico legista Dr. G. L.…"* (fs. 270 vta.), pero estas expresiones en modo alguno le otorgan rigor y validez científica a la referida presentación dado que el mencionado profesional -que merece la mayor consideración y respeto- no solamente nunca fue designado Consultor Técnico de la parte sino que tampoco es relevante consignar que el mismo dio "indicaciones", ya que esa simple referencia no tiene la capacidad de otorgarle validez y solidez científica a los dichos de la parte.

La quejosa critica a la Magistrada a quo por haberse basado en la pericia médica practicada en autos y no encuentro razonabilidad en su postura. Ante las claras y terminantes conclusiones del experto médico actuante en autos, adelanto mi opinión en cuanto a que no advierto que existan razones fundadas que aconsejen dejar de lado sus conclusiones o apartarse de ellas. Nada se ha demostrado en autos que amerite tal determinación.

Frente a la situación que aquí se ha presentado, he dicho ya ante planteos similares que es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

En definitiva la prueba pericial tiende a legitimar la decisión jurisdiccional y a reforzar la confianza acerca de su certeza, e incluso permite a las partes actuar y contradecir durante el mecanismo de recepción de la prueba, lo que no podría hacerse en el caso del juez-perito. Aunque, la praxis nos impone reconocerlo, la real operatividad, utilidad y valía de la prueba pericial radican en el complemento del conocimiento del magistrado en saberes no jurídicos (conf. QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot, ed. 2011, T. II, pág. 1266).

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC).

Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues -como es sabido- éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de

las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357).

Es así que la CSJN ha señalado que en cuestiones de carácter predominantemente técnico no es admisible que el medio probatorio idóneo (la pericial) sea sustituido válidamente por otro (CSJN, 19/11/91, JA 1992-II-153).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial contable producido en autos está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en su especialidad, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a los puntos en cuestión que él ha vertido en su dictamen, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que no me permitan considerar válido ese dictamen. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el perito haya incurrido en un error o que existan probanzas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases

científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus conclusiones conforme hiciera la a quo (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Por lo expuesto, no corresponde admitir la queja en este punto.

**2.4 – <u>Ausencia de acreditación del nexo causal</u>**

Plantea la queja que el actor no acreditó el nexo de causalidad entre una presunta omisión de su parte y el hecho dañoso. Insiste en que el fallo sostiene que el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene tuvo directa vinculación con la producción del accidente, pero que yerra la a quo porque quien debe cumplir con la normativa de seguridad e higiene es el empleador y no la ART.

**A)** La CSJN dictó un pronunciamiento trascendente en el caso *"Torrillo, A.A. c/ Gulf Oil Argentina SA y Otro s/ D. y Perj."* el 31/03/09. En el mismo plasmó la doctrina por la que las ART deben responder civilmente por los daños que sufra un trabajador a raíz de una enfermedad o accidente laboral, siempre que se demuestre la existencia de un nexo de causalidad entre el daño en la persona y la omisión o deficiencia en el cumplimiento por parte de la ART de sus deberes legales en materia de prevención y seguridad en el trabajo.

Conforme la postura asumida en esa decisión, las ART no son sólo compañías aseguradoras, sino que la LRT las obliga, además, a promover la prevención de los riesgos, a adoptar expresos deberes de contralor con el cumplimiento, por parte de las empleadoras afiliadas a cada ART, de las normas de prevención y seguridad que la propia Ley 24.557, junto con la Ley de Higiene y Seguridad 19.587 y sus decretos reglamentarios dispone y,

en su caso, se encuentran obligadas a denunciar ante la SRT los incumplimientos que verifique en sus aseguradas. Estas también deben brindar capacitación en materia de prevención a los trabajadores. Dichas obligaciones surgen de lo dispuesto por los artículos 4 inc. 1 y 31 de la LRT y del Decreto 170/96.

Ante las distintas posiciones existentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con respecto a la materia en tratamiento, la sentencia de la CSJN dictada en el caso *"Torrillo"* determinó -por mayoría- la adhesión del Máximo Tribunal Nacional a la postura que admite la responsabilidad civil amplia de las ART, en el sentido de que éstas no pueden limitarse a la percepción de las cuotas y al otorgamiento de las prestaciones del sistema, sino que deben desarrollar un auténtico rol preventivo, controlador y supervisor de la higiene y seguridad en los lugares de trabajo, así como también capacitador del personal asegurado.

No se pretende que las ART eviten todo accidente, por ser materialmente imposible, sino que se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación con 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 general establecida en el artículo 1109 del Código Civil. Se la exime de responsabilidad si prueba que cumplió con las obligaciones que le eran exigibles y que hubieran evitado el infortunio (conf. SCHICK, H., *"Aspectos relevantes de la reparación civil de los accidentes de trabajo"*, DT 2010 (marzo), 644).

**B)** Ante un reclamo por la vía civil por las consecuencias de un accidente de trabajo, corresponde analizar concretamente el caso planteado y lo resuelto por la sentencia en crisis a fin de determinar si la conclusión de la

sentenciante con respecto a la responsabilidad imputada a la ART ha sido correcta o no.

Nuestro STJ fijó su postura con claridad en la materia bajo análisis en el caso: *"C. C. A. c/ K. K. S.A. y Otra s/ Accidente"*, al revocar parcialmente la sentencia dictada por este Cuerpo precisamente en los puntos que trataban la responsabilidad civil de la ART ante un accidente de

trabajo.

Conforme lo hasta aquí expuesto, debo analizar la producción probatoria que surge de estos actuados a la luz de la doctrina sentada por la CSJN en el caso *"Torrillo"* y a la que adhiriera nuestro Superior Tribunal de Justicia en el ya referido caso *"Cini"* (sent. del 13/11/2012, Reg. N° 11/SER/12, Expte. N° 22.474-C-2011). Y ello es así porque, aunque el STJ sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas, y de ello emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes del Máximo Tribunal sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Superior. Teniendo en cuenta y respetando esta premisa, analizaré y propondré la solución del caso recurrido de conformidad con las pautas fijadas por el STJ en el caso *"Cini"* que acabo de referir y que se volcaran en el precedente de esta Cámara in re: *"S., L.R. c/ F. P. S. S.A. y Otro s/ Accidente"*, Sent. 09/04/2013, Reg. N° 12/13).

Los incumplimientos en que incurriera la empleadora con respecto a sus obligaciones específicas en el tema en tratamiento, no tiene margen de discusión alguna. Veamos ahora cuál ha sido la postura asumida frente a ellos por la ART codemandada en autos.

Aquí no puedo dejar de tener presente lo resuelto por nuestro STJ in re *"C."* al decir que las ART no asumen responsabilidad de sustitución sistémica del empleador a fin de dar prestaciones una vez consumado el daño. La ley, que en esto ha sido especialmente clara, las emplazó también como efectoras de prevención imponiéndoles una serie de deberes que pueden esquematizarse mediante el uso de cuatro verbos: a) inspecciones; b) asesorar; c) controlar; d) denunciar. La tarea de fiscalización aparece en dos momentos diferentes puesto que entre "a" y "c" media la tarea de asesoramiento que, a la vez, ancla en los resultados de la primera inspección y se proyecta como contenido necesario de los controles ulteriores. Todo ello determina un plazo de posible antijuridicidad en su obrar que franquea el acceso a la responsabilidad por omisión, en los términos requeridos por el art. 1074 del Código Civil.

De este modo, el deber de responder de las ART según el derecho común no encuentra obstáculo en lo preceptuado por el art. 39, inciso 1°, de la Ley 24.557, pues esta norma sólo pretende eximir de responsabilidad civil al empleador (ya en base a un factor subjetivo fundado en la culpa u objetivo) pero no incluye en su texto a las ART. De manera tal, que si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho común los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la medida que le sea imputable, al menos, a título de culpa (arts. 512, 902, 1109 y 1074 del Cód. Civ.) (conf. VAZQUEZ, G.A., "Responsabilidad civil de las aseguradoras de riesgos del trabajo. Presupuestos", Rev. de D. Laboral. Ley de Riesgos del Trabajo, III, Págs. 168 y 174, Rubinzal-Culzoni, 2010; y nota N° 1 con cita de los autos *"Torrillo"*, CSJN, 31/03/09, Fallos: 332:709; del voto del Dr. Pasutti en el caso *"Cini"* cit.).

La parte actora en su presentación inicial ha endilgado a la ART

responsabilidad por omisión en los términos del art. 1074 del Cód. Civil, considerando que se ha incumplido con los deberes de prevención, vigilancia, asesoramiento y de efectuar planes de mejoramiento.

Del relato de los hechos realizado por la reclamante se ha precisado que las secuelas físicas que sufre resultaron a causa del tipo de actividad que desempeñara sin que haya existido el necesario y obligatorio control y prevención no sólo por parte de su empleadora sino de la ART que la tiene como primordial obligación; y que tampoco existió un plan o programa de prevención de accidentes.

La ART ha articulado su queja esgrimiendo que en la demanda no se ha especificado dónde radica el incumplimiento en que incurriera su parte y que ella ha cumplido plenamente con los deberes impuestos por la ley, por lo que resulta improcedente que se le impute alguna responsabilidad en el evento dañoso. Insiste también en que no se alegó cuál era el nexo causal entre la supuesta omisión y el accidente que padeció la actora.

De la producción probatoria que emerge de autos surge que la ART no realizó planes de acción de mejoramiento, cursos de capacitación para el desarrollo de las tareas encomendadas a la actora, visitas al lugar de trabajo, tareas esenciales de "prevención", un plan de acción en materia de seguridad e higiene, capacitación al personal sobre la forma de trabajar mejor y más seguro y tampoco probó haber remitido informes a la SRT

(conf. art. 4, puntos 1 y 2 LRT).

También surge de las actuaciones que no se le brindó a la víctima cursos de capacitación sobre la mejor forma y más segura que debía laborar a diario. Estos extremos resultan también confirmados por la conducta pasiva que ha asumido en autos la ART. En efecto, sólo se limitó a negar su responsabilidad, pero omitió acreditar que haya dado cumplimiento a alguna de las obligaciones que legalmente debe cumplir a fin de conseguir

que no se le impute ningún grado de responsabilidad en el evento que constituye la base del reclamo. No acreditó haber proporcionado un plan de acción a la empresa, tampoco que haya aplicado sanciones a la misma, ni que haya dictado cursos de capacitación en los que hubiese participado la actora, ni acreditó que haya efectuado u ofrecido visitar a la empleadora asegurada.

Resulta claro que, sin perjuicio de la actividad probatoria desplegada por la parte actora para acreditar el incumplimiento de los deberes de la ART, es ésta quien se encuentra en mejores condiciones fácticas y técnicas de aportar las constancias documentales de la actividad preventiva que pudo haber desplegado; y no lo hizo en la causa. Ello, por ser las ART, por calificación legal, entes especializados en materia de enfermedades

profesionales y accidentes de trabajo; debiendo cumplir el rol primordial en la tarea preventiva de acuerdo al espíritu y diseño que presenta la propia LRT; en coherencia con las directrices modernas del derecho de daños

orientado a apuntalar la prevención. Es decir, que el desarrollo de tareas de prevención y de control empresario es materia habitual y necesaria, por lo cual el respaldo documental inherente a su acatamiento no representa un esfuerzo extra o inusual; siendo improcedente o inapropiado - inclusocualquier planteo que pueda encaminarse a una vulneración al principio de igualdad procesal que la pueda afectar como sujeto demandado.

Queda en evidencia que la ART no ha incumplido un deber en particular; sino que el incumplimiento se proyecta, prácticamente, a toda la gama de obligaciones que involucra la tarea de “prevención” (conf. STJCH,

13/11/2012 , in re *“C.”* cit., del voto del Dr. Pasutti).

**C)** Encontrándose acreditado, según he desarrollado hasta aquí, el incumplimiento a la obligación de "prevenir" considerada en toda su dimensión, es necesario analizar ahora si el mismo tuvo incidencia en la causación del siniestro, a la luz del camino marcado por nuestro STJ in re *"Cini"*. O sea, la relación de causalidad adecuada entre la conducta omisiva de la aseguradora y el hecho dañoso padecido por la actora. Ello, independientemente de que la causa activa del daño corresponda a la empleadora co-demandada.

Frente a cada siniestro debe investigarse y estudiar si la omisión en que ha incurrido la ART a sus deberes de controlar, informar y capacitar al personal, ha sido una condición para que el mismo se produzca. En consecuencia, para determinar la causa del daño se debe hacer *ex post facto* un juicio o cálculo de probabilidad: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión de la ART tuvo incidencia en la producción del daño según el curso ordinario de las cosas. Si se responde afirmativamente, de acuerdo a la experiencia diaria de la vida, se declarará que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces objetivamente imputable a la ART, mientras que de lo contrario, faltará la relación causal (ver en igual sentido STJCH, caso *"C."* cit., voto del Dr. Caneo).

Corresponde aclarar que el hecho de atribuirles a las aseguradoras responsabilidad por omisión, en modo alguno implica que las mismas sean solidariamente responsables de todos los accidentes cuya prevención encajase en su competencia. A ello le ha dado respuesta nuestro Superior Tribunal Provincial al decir: *"…no se pretende que la ART tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un comportamiento diligente con sus obligaciones legales…"* (STJCH, caso *"Cini"*, cit., del voto del Dr. Caneo). O sea, es materialmente imposible evitar todos los accidentes, lo que se le exige a las

ART es que sean diligentes en el cumplimiento de sus obligaciones legales; que no actúen de manera culposa. Porque lo que en realidad merece la sanción es el hecho de no dar prioridad a la obligación general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para que el trabajador no resulte dañado (art. 1109 Cód. Civ.). Y será eximida de responder si acredita que dio cumplimiento a las obligaciones que le eran exigibles y que hubieran evitado el evento dañoso. A esta altura del análisis observo que las conductas que ha omitido la ART, que en la mayoría eran deberes a su cargo, han sido suficientes para producir el daño sufrido por la víctima. Y es que el comportamiento diligente que debió y debe observar la ART, no se observa en este caso.

Debe tenerse en cuenta que la aseguradora codemandada no ha logrado demostrar un comportamiento genérico acorde a sus deberes; y menos que haya tenido una conducta diligente frente a cuestiones específicas que la actora le imputó en la demanda.

La prueba ofrecida por la ART en ningún momento estuvo enderezada a acreditar su afirmación de haber cumplido con los deberes a su cargo; tal como lo dijo en la contestación de demanda. Es más, esta conducta indiferente y pasiva también la observo proyectada en la etapa de producción de pruebas. La pericial médica, a la cual me he referido expresamente en el punto anterior, fue clara en la conclusión que hizo el experto con respecto a que las lesiones y secuelas padecidas por la actora: *"…está relacionada con la tarea desempeñada en la empresa…"* (fs. 263).

Sentado ello, y acudiendo al "principio de la evidencia", indefectiblemente, debo concluir que si la ART hubiera cumplido estrictamente con sus obligaciones, muy probablemente, casi en un grado de certeza el accidente no se hubiera producido, o hubiera sido menor. Es decir, que las conductas omitidas pudieron intervenir favorablemente en el curso causal, frustrando

de cualquier modo su efecto dañino o morigerando su gravedad (relación de evitación o nexo de evitabilidad). En síntesis, la actora ha logrado persuadir que la ART omitió varios de los extensos deberes a su cargo y que por esa omisión, apreciada en el terreno de las probabilidades, se le sustrajo la posibilidad suficientemente seria (previsible) de no sufrir el daño (conf. STJCH, caso *"Cini"* cit., del voto del Dr. Pasutti).

En definitiva, la previsión es la base de esta responsabilidad. Si ha existido ilicitud, negligencia y daño previsible, existe un "daño injustamente padecido", que debe ser reparado.

La obligación de prevenir los riesgos laborales constituye una obligación que, si no está cumplida, tiene como consecuencia lógica y legal (art. 1074 del Código Civil) que la ART deba responder plenamente. Si cumple con las obligaciones que le asigna la LRT, verificando en forma efectiva el estado de las instalaciones, de los elementos de labor, y denunciando ante la SRT el déficit e incumplimientos de la empleadora, la aseguradora estará exonerada de responsabilidad.

En una sentencia por la cual revocó el fallo de primera instancia, la SCJBA señaló que en la demanda el accionante peticionó que la aseguradora fuese condenada en los términos de la responsabilidad civil extracontractual por omisión (art. 1074 del Código Civil), en virtud de los incumplimientos en que, a su juicio, incurrió respecto de las obligaciones de seguridad, prevención y control de los riesgos del trabajo que las normas ya referidas ponen en cabeza de las ART. Por este motivo, señala el fallo, mal pudo resolverse -como erróneamente lo hizo el juzgador de grado- *"que ésta carecía de legitimación pasiva en virtud de que, al limitarse su responsabilidad contractual derivada del contrato de afiliación al pago de las prestaciones de la ley especial, cuando lo demandado por el accionante transitaba un camino diferente y autónomo como es el delimitado, entre otras normas, por los arts. 4 y 31 de la ley*

*24.557 y 19 y ss. del decreto 170/1996 obligaciones legales cuyo incumplimiento derivó –a criterio del accionante— en el encuadramiento normativo contenido en el art. 1074 del Código Civil"* (SCJBA, 14/06/2010, *"Brest, R.E. c/ José Mascheroni e Hijos SRL"*, DT 2011 (febrero), 423, La Ley 2011-A, 311).

En otro precedente, el mismo Tribunal (SCJBA, 09/05/07, Causa L. 83.118, *"S.V., J. c/ Incido SR s/ Accidente"*), hizo incapié en las obligaciones legales que tienen las ART, al señalar que *"permanece incontrovertido otro aspecto de la decisión, que le otorga por sí incuestionado sustento, cual es la obligación legal impuesta a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo como sujeto que confluye en el deber de seguridad, a partir de la incorporación plasmada en el artículo 4° de la Ley de Riesgos del Trajo y los deberes que, en materia de asesoramiento y contralor del cumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene, le son impuestos en pareja y concurrente relación con el empleador. Entre ellos, y en lo que resulta de interés destacar en autos, atento a la imputación realizada por el tribunal de grado, puede citarse como relevante la observancia de la normativa sobre el suministro y utilización de los elementos de protección, así como las vinculadas a la capacitación del operario"*.

El fallo referido menciona los incumplimientos de la aseguradora, la omisión de los deberes legales de prevención que la ley pone a cargo del empleador y de la ART, los que constituyeron causa eficiente y adecuada del accidente. Así se señala en el considerando 4° del voto del juez Dr. Hitters, como una *"…realidad fáctica definitoria… al incumplimiento del deber de prevención materializado en el caso por la falta de provisión y consiguiente utilización de elementales instrumentos de protección en obra… y con ello la conclusión de que su observancia hubiera evitado el daño por el que se reclama en autos"*.

Como no se visualiza ningún vínculo negocial entre ART y trabajador, la SCJBA reafirma en este precedente que la responsabilidad de aquélla será

extracontractual y con fundamento legal en el art. 1074 del Cód. Civil, en tanto que la conducta omisiva de la ART hubiera permitido el

incumplimiento por el empleador de las normas de higiene y seguridad del trabajo, cuya supervisión estaba en manos de aquélla. En definitiva, conforme esta sentencia del Superior Tribunal Bonaerense, no se trata de que cualquier accidente determine la responsabilidad civil de la ART, sino que debe existir ese nexo de causalidad adecuado por cual, si se hubiera cumplido con la obligación de contralor, se habría evitado el infortunio. Precisamente, en este caso la SCJBA consideró como un incumplimiento del deber de prevención a la falta de provisión y utilización de los elementos de seguridad cuyo uso hubiera evitado el daño.

En el caso de autos -y conforme lo ha dicho nuestro STJ- es innegable la responsabilidad de la ART al no haber acreditado la realización de visitas al lugar de trabajo, lo que le hubiera permitido inspeccionar las condiciones de seguridad e higiene en las que desarrollaba su labor la actora y asimismo diagnosticar que este tipo de tareas exigía una mejor técnica y/o la utilización de instrumentos adecuados para trabajar y cargar peso e incluso dotar al personal de elementos de seguridad que prevengan los daños físicos provocados por la actividad. O sea, el ejercicio adecuado del deber de control de la ART sobre los incumplimientos del empleador hubiera

evitado eficazmente el accidente que sufrió la actora (STJCH, caso *"Cini"* cit., del voto del Dr. Pasutti).

*"…En otros términos, de haber sido diligente la ART en su obrar, con el nivel de exigencia que contempla el art. 902 Cód. Civ., en cuanto sujeto especializado, era evidente que el siniestro laboral se hubiera evitado o mitigado. Es decir, que pudo y debió brindar un adecuado plan de acción a la empresa empleadora, un control de su cumplimiento; o informar a la SRT del incumplimiento del mismo. Asimismo,*

*debió realizar visitas periódicas al lugar de trabajo que hubieran detectado, las condiciones de las instalaciones y lugar de trabajo…; como la falta de elementos de protección… y de instrumentos idóneos -medios mecánicos- que permitan un traslado seguro de las cargas… y una adecuada capacitación en materia de higiene y seguridad, en particular orientada a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas. A ello añado que el perito médico fue contundente al sostener en su dictamen, que la dolencia que aquejó al actor estaba íntimamente vinculado con la fuerza que empleó para evitar la caída de los cajones… Demás está decir, que con este panorama, amén de las omisiones probadas; es evidente que las normas de seguridad e higiene resultaron incumplidas por ambas codemandadas; por remisión expresa de la norma (conf. art. 4, inc. 1° de LRT y Ley 19587 Higiene y Seguridad del Trabajo)…"* (STJCH, caso *"Cini"* cit., del voto del Dr. Caneo).

En el mismo precedente, nuestro Supremo Tribunal Provincial también plasmó que, aun cuando ante una situación se presentara alguna duda, el conflicto no puede ser resuelto nunca a favor del ente incumplidor sino de la víctima, por ser el obrero, sujeto de preferente tutela constitucional, como lo ha dicho la Corte Suprema en numerosos antecedentes (del voto del Dr. Pasutti).

Considero que lo hasta aquí expuesto da una adecuada respuesta a las quejas de la agraviada en cuanto a que no puede ser condenada sólo por el incumplimiento legal; a que no se acreditó el nexo de causalidad adecuado para condenarla y a que las ART no son quienes deben cumplir con las normas de seguridad e higiene sino que ello corresponde a los empleadores.

Es por ello que mi propuesta al Acuerdo, coincidiendo con lo expuesto precedentemente por la Sra. Jueza de Villafañe, es el rechazo de los agravios en tratamiento, confirmando lo resuelto por la sentencia en crisis en lo que

a la responsabilidad civil de la ART se refiere.

**2.5 – <u>El monto indemnizatorio</u>**

Agravia a la recurrente el monto de la condena comprensivo del daño material y moral. Y dice expresamente: *"…me agravia entonces la sentencia de primera instancia, en cuanto condena por la lesión ocular, a la suma de $ 110.000.- a valor del día del hecho con más intereses…el mismo es excesivo teniendo en cuenta las particularidades de la causa y me estoy refiriendo especialmente a la patología crónica que portaba M.…"* (fs. 417).

En primer lugar, debo decir que el agravio de la recurrente está dirigido a otra actora y a otro daño dado que en estas actuaciones no surge que la reclamante haya sufrido una *"lesión ocular"*. Por lo tanto si, conforme lo expresa, lo agravia la suma de la condena *"por la lesión ocular"*, es a todas luces evidente la inexistencia de agravio ante la también inexistente lesión en la víctima.

Y esta referencia a una lesión inexistente tiene vinculación con lo expresado por la recurrente a fs. 416 vta. al tratar otro punto de sus agravios y decir: *"…no se advierte como la supuesta falta de indicaciones respecto de la sierra, pueda considerarse como causa adecuada para el resultado dañoso sufrido por el actor…"*.

De las constancias de autos no surge que la actora se haya accidentado utilizando una *"sierra"* y de allí que -frente los propios dichos de la quejosa- es evidente que estamos en presencia de un accidente y de un daño distinto del que se ha considerado, evaluado e indemnizado en este proceso. Esta relevante circunstancia le quita solvencia al agravio (arg. art. 268 CPCC).

Adelanto mi opinión en cuanto a que si la quejosa pretendió con su fundamentación demostrar a esta Alzada la improcedencia del monto indemnizatorio -por excesivo- lejos ha estado de lograr su cometido.

Tal como lo expresara ante un planteo similar in re: *"C., J.A. c/ A. S.A. y Otro s/ Accidente"*, Sent. 13/06/2013, Reg. SD N° 46/13), lo que el recurrente debe hacer en esta instancia es demostrarle al Tribunal el error cometido por la Sra. Jueza a quo al fijar el monto indemnizatorio, porqué se equivocó, porqué el monto es excesivo, cuál hubiese sido el monto justo o adecuado y porqué debió ser ése el importe sentenciado y no el fijado por la magistrada del inferior. Es evidente que todos estos parámetros no surgen de la pieza en tratamiento.

Es de toda evidencia que la apelante debió decir con claridad y corrección porqué considera injusto el monto fijado en la sentencia, desde que las normas regulatorias del debido proceso que hacen a la esencia de la institución, comportan la necesidad de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de hacer posible el contralor jurisdiccional atribuible a la segunda instancia, a través de un juicio de ponderación razonable y no la simple contraposición de aserciones, cerrado en sí mismo.

Adviértase que la apelante afirma que *"…existen situaciones como la presente, en la que los montos de condena se fijan arbitrariamente y según el entender del juez, que no siempre las sentencias pronunciadas en el grado de primera instancia, tienen una fundamentación irreprochable. A veces son poco inteligibles o incurren en exceso de dogmatismo o contienen afirmaciones sin explicación alguna como ocurre en este supuesto…"* (fs. 416 vta.). Debió la queja aclarar las razones por las que la decisión recurrida es poco inteligible o incurre en un exceso de dogmatismo o contiene afirmaciones sin explicación alguna y, en definitiva, demostrar que el mismo carece de toda fundamentación.

En su escrito la apelante debió examinar la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene en la fijación del monto indemnizatorio, del cual

derivan sus quejas. Ha de repararse asimismo, que la apuntada carga procesal supone la demostración del agravio, no correspondiendo al juzgador suplir en esa tarea al justiciable por ser un imperativo del propio interés del peticionario en un asunto que es de su exclusiva incumbencia (conf. C.N.Esp.Civ.Com., Sala III, 19/05/75, BCNEC y C. N° 7985). En modo alguno constituye una "excusa" para no cumplir con esta carga, lo afirmado por la recurrente en cuanto a que la decisión recurrida carece de una fundamentación irreprochable.

La carga en cuestión requiere un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia en la cuestión que se impugna; en este caso, en la fijación del monto indemnizatorio.

La conclusión de lo expuesto es que he de proponer al Acuerdo el rechazo del punto del agravio en tratamiento.

**2.6 – <u>La tasa de interés</u>**

Agravia a la apelante la tasa de interés que aplica la a quo sobre el monto de la condena (tasa para las operaciones generales vencidas del Banco del Chubut S.A.). Según su postura, corresponde la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. Le asiste la razón.

En primer término y conforme lo expresara al comenzar este voto, no corresponde aplicar al caso la normativa del CCyC conforme lo ha hecho también la a quo al determinar la tasa de interés a computar sobre el monto de condena. Lo decidido en este punto de la sentencia dictada en la instancia originaria es contrario a la doctrina y criterio vigente vertido por nuestro STJ. En efecto, el Máximo Tribunal Provincial determinó

oportunamente que en instancia originaria y en atención a las públicas y notorias variaciones de la economía Argentina, viene aplicando la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A. (conf. STJCH, in re: *"C., N.J. y Otros c/ C., M.N. s/ Rendición de Cuentas"*, S.D. N° 05/SER/09).

Si bien es cierto que los jueces están facultados para fijar la tasa de interés aplicable al caso, aquí no solamente se ha hecho jugar de manera inadecuada la normativa del CCyC sino que se hace aplicación de una tasa de interés que no es la que viene aplicando de manera uniforme nuestro STJ sin que se haya fundamentado adecuadamente las razones del apartamiento.

En virtud de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo admitir la queja en tratamiento y determinar que la tasa de interés que debe ser aplicada sobre el monto de la condena es la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A., por el período indicado en la sentencia en crisis lo cual no ha sido cuestionado.

**3 – <u>Conclusión</u>**

Los fundamentos precedentemente expuestos me conducen a concluir que, admitiendo el agravio de la recurrente, debe revocarse la sentencia en crisis en cuanto aplicó al caso las normas del CCyC y porque determinó que la tasa de interés a computarse es la que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de queja. Es mi voto.

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

La revocación parcial de la sentencia torna aplicable la normativa del art. 282 del CPCC. He de concordar con mi colega preopinante en que el

resultado del recurso no altera la calidad de vencida que corresponde a la ART en el proceso (art. 69 CPCC) y de allí que no corresponda realizar la adecuación que prevé la norma citada.

**5 – <u>Costas de la Alzada</u>**

En atención al resultado del recurso concedido a la ART y teniendo en cuenta que la cuestión relativa a la tasa de interés aplicable se trata de una cuestión decidida de oficio por la Sra. Magistrada a quo, la que no ha sido defendida por la actora en su contestación de fs. 420/426, procede imponer las costas de la Alzada a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la actora, Dr. B. E. M., en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. M. F. C. y su patrocinante, Dr. R. L. , en conjunto, en el 26% de los que les correspondan por su labor en la instancia
originaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley de Aranceles y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° IV y modificat.).

**<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

**<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>**, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE, dijo:

De compartir el Sr. Juez de Cámara los argumentos de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado, declarando la inaplicabilidad del CCy C al caso y estableciendo que el monto de condena admitido, devengará los intereses que para la tasa activa para préstamos personales fija el Banco del Chubut S.A., desde la fecha indicada en la sentencia y hasta su efectivo pago, **CONFIRMANDOLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

2) **IMPONER** las costas de la segunda instancia a la demandada (art 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab B. M. en el 28% y los de los Abs. R. L. y J. M. F. C., en conjunto y proporción de ley, en el 26 %. En ambos casos, los porcentajes se

determinaran sobre los que resulten en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera. (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

3) **DE FORMA.**

**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 la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17),

pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn,  de agosto  de 2016.

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

**S E N T E N C I A**

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado, declarando la inaplicabilidad del CCy C al caso y estableciendo que el monto de condena admitido, devengará los intereses que para la tasa activa para préstamos personales fija el Banco del Chubut S.A., desde la fecha indicada en la sentencia y hasta su efectivo pago, **CONFIRMANDOLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

2) **IMPONER** las costas de la segunda instancia a la demandada (art 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab B. M. en el 28% y los de los Abs. R. L. y J. M. F. C., en conjunto y proporción de ley, en el 26 %. En ambos casos, los porcentajes se determinaran sobre los que resulten en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera. (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

3) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

**REGISTRADA BAJO EL N°  /16 SDL. CONSTE.**