En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"U., I. V. c/ S. A. I. Y E. D. L. P. (SAIEP) y otra s/ SUMARIO (Accidente de trabajo - Cobro de Pesos e Indem. de ley)", expte. nro. 306/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 516/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1138), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1055/1086? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado:

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. I. V. U. y condenó en forma solidaria a las codemandadas S. A. I. y E. de la P. (SAIEP) y a M. A. ART SA a abonarle la suma de pesos tres millones doscientos noventa y cinco mil quinientos setenta y seis con setenta y dos centavos ($3.295.576,72) con más los intereses estipulados, debiendo descontarse las sumas pagadas por ambas demandadas, imputables primero a intereses y luego a capital. Impuso las costas a las demandadas y reguló los honorarios profesionales.

La decisión se basó en los siguientes hechos: la trabajadora mientras realizaba tareas de *picking* y de

descarga de palé en el primer nivel (altura de 2 m) del depósito de SAIEP cayó en el espacio que quedaba libre a los costados precisando el mismo en 50 cm/1 m aproximadamente. En dicho espacio, al momento del accidente, no existían barandas, ni carteles advirtiendo el riesgo en lugar; el piso presentaba irregularidades. La trabajadora cayó de costado y golpeó la cabeza contra el piso. La caída le produjo traumatismo de cráneo, fractura de peñasco derecho, hipoacusia perceptiva extrema derecha, alteraciones de la memoria y vértigo, habiéndose determinado una incapacidad parcial y definitiva del 43.06%. Se constataron lesiones psíquicas consistentes en un estado depresivo progresivo como respuesta a los problemas de memoria y psíquicos que impiden tener un desenvolvimiento autónomo y satisfactorio de su vida cotidiana.

El monto de condena se integró del siguiente modo:

La indemnización por daño material compresivo del daño a la integridad física, daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance reclamado, en el valor de $2.711.976,72; daño moral en la suma de $550.000 y daño psíquico en el valor de $33.600.

En orden a los intereses sobre la complejidad del tema en situaciones económico financieras como las actuales, sumado a los cambios legislativos -en especial la sanción del Código Civil y Comercial-, decide aplicar “desde que el crédito fue devengado (fecha del accidente 24/12/08) hasta su efectivo pago” la tasa del Banco de la Nación para préstamos personales a sesenta meses.

2. Los recursos:

Las codemandadas interpusieron sendos recursos de Apelación; M. A. ART S.A., a fs. 1088 y S. A. I. y E. de la P. (SAIEP)a fs. 1089; ambos fueron concedidos a fs. 1090; los agravios expresados a fs. 1103/115 y 1096/1102, respectivamente y fueron contestados a fs. 1117/1121 y 1122/1131.

La Aseguradora de Riesgos de Trabajo se agravia en primer término por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo y porque se ha omitido dar tratamiento a la excepción de falta de acción que oportunamente interpuso. En segundo lugar se agravia por la atribución de responsabilidad efectuada en el marco de la legislación civil, criticando específicamente alguno de los presupuestos tales como el factor de atribución y la relación de causalidad. Mediante el tercer agravio critica la condena solidaria a su parte y por último impugna los montos de condena. Hace reserva del caso federal.

La empleadora (SAIEP) critica la valoración de la prueba, sostiene que la actora no probó los presupuestos de la responsabilidad civil, sostiene que no se acreditó ni la mecánica del accidente ni, fundamentalmente, la relación de causalidad.

A renglón seguido impugna cada uno de los montos otorgados por las partidas declaradas procedentes. Luego, se queja por la declaración de nulidad del acuerdo celebrado; por la solidaridad de la condena porque los incumplimientos verificados corresponden a la aseguradora de riesgos de trabajo y consecuentemente es esta quien debe responder. Finalmente, impugna la tasa de interés y hace reserva del caso federal.

La parte actora contesta sendos memoriales sosteniendo los fundamentos del fallo apelado.

3. Tratamiento de los agravios:

3.a. Las codemandadas han sometido a revisión algunas cuestiones específicas y otras que son comunes a ambas; este último extremo habilita el tratamiento conjunto de los recursos. Sentado ello, he de precisar el orden de tratamiento de los fundamentos de los recursos en función de la eventual proyección

que las cuestiones pueden tener en la decisión definitiva.

Con base en lo expuesto, analizaré en primer término el agravio relativo a la nulidad del acuerdo; luego la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT y la excepción de falta de acción contra la aseguradora de riesgos de trabajo; la atribución de responsabilidad; la carga de la prueba a cargo de la actora y la valoración de la prueba; la procedencia de las partidas resarcitorias; la impugnación de los montos y por último la tasa de interés y la fecha de cómputo de los interés.

3.b. El encuadre normativo de las cuestiones sometidas a debate es un aspecto sustancial de la litis que corresponde abordar en forma preliminar.

Repárese que la jueza de grado ha dado los fundamentos normativos de la decisión por aplicación del novel ordenamiento a pesar de que en el caso bajo examen el hecho ilícito se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal. Los recurrentes han observado tal aspecto de la decisión y han efectuado la crítica a la atribución de responsabilidad con sustento en la normativa del Código Civil.

Obviamente, la situación requiere precisiones. Así, en diversos pronunciamientos he sostenido que frente al cambio de las normas de fondo y ante el acaecimiento anterior de los hechos dañosos, era pertinente señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho ilícito (*cf*. Sentencia Definitiva N° 39/2015, CyC del 16/11/15 entre otras).

Ello por cuanto el artículo 7° del nuevo Código, que guarda simetría con el anterior artículo 3° del Código Civil, regula la aplicación inmediata de la ley a las

consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Asimismo, las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato, atento a que, como principio general, las leyes no tienen efecto retroactivo.

Con base en lo expuesto, fácil es colegir que el análisis normativo de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil con base en las previsiones del nuevo ordenamiento no puede ser validado, puesto que la ley que ha fijado las condiciones de la obligación de resarcir es la vigente al momento del hecho ilícito.

Huelga recordar que, como señala la doctrina, no se encuentra discutido que las leyes que gobiernan la constitución de una situación o relación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las ya constituidas (Sáenz, Luis R. J., "La aplicación de la ley con relación al tiempo y el derecho de daños", RCCyC 2015, diciembre , 148; con cita de Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 34; Rivera, Julio C., "Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)", LL del 04/05/2015, p. 1; Lorenzetti, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", LL 2012-C-581).

En consecuencia y sin perjuicio de señalar que no existen diferencias estructurales en la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad civil, el encuadre normativo del caso no está dado por las previsiones de los artículos 1716, 1717, 1737 y 1738 del CCyC, como sostiene la magistrada de la anterior instancia. Las condiciones del deber de resarcir el daño ocasionado, atento a la ocurrencia temporal del hecho ilícito, quedan determinadas

por las reglas de responsabilidad del Código Civil de Vélez Sarsfield, tal como se verá.

- *La nulidad del acuerdo*:

En primer lugar, debo señalar que los argumentos esgrimidos por la empleadora no alcanzan para fundar la solución que se propugna.

Las numerosas citas jurisprudenciales que contiene el memorial recursivo son manifiestamente insuficientes en tal sentido y no pueden ser consideradas como crítica concreta y razonada del decisorio de grado. Ello así por cuanto la recurrente ciñe su discurso a argumentaciones genéricas sin puntual referencia a las circunstancias propias del caso debidamente probadas.

Es más, si bien la magistrada no avanzó en los motivos fundantes de la nulidad declarada; lo cierto es que el estudio de la causa demuestra la existencia de graves motivos que obstan a la tesis que se pregona: esto la existencia de cosa juzgada administrativa respecto a los créditos que tienen su génesis en el accidente de trabajo.

En tal orden de ideas, destaco que el reclamo administrativo de la trabajadora ante la Subsecretaría de Trabajo fue presentado el 16 de diciembre de 2009 –fs. 91/93- y tuvo por único objeto el reclamo de las sumas dinerarias correspondientes a las indemnizaciones por despido indirecto y a salarios. Se practicó liquidación reclamando los salarios correspondientes a los meses de octubre y noviembre 2009; su sueldo anual complementario segundo semestre; indemnización por antigüedad y preaviso; vacaciones no gozadas y sueldo anual complementario sobre los últimos tres conceptos. El monto total de tal liquidación ascendió a $62.489.

Oportunamente se celebró la audiencia de conciliación –1/2/10- y no se llegó a un acuerdo fijándose una nueva para el día 10 del mismo mes y año la que no se llevó a cabo porque ese mismo día la empleadora declinó la vía,

decisión que fue notificada a la letrada patrocinante de la Sra. U. –fs. 112-.

Casi dos meses más tarde, el 6/4/2010 se presentó un escrito de acuerdo y solicitud de homologación que solo lleva la firma de la trabajadora (sin patrocinio letrado) y de la apoderada de la empleadora. En dicho acuerdo, en la cláusula VI se introdujeron subrepticiamente conceptos ajenos al reclamo. El texto es el siguiente: "Que la Trabajadora declara que acepta en este acto la suma convenida, los conceptos que comprenden, imputación efectuada y forma de pago propuesta, sirviendo el presente de formal recibo y carta de pago. Asimismo, la Trabajadora deja constancia que una vez hecho efectivo el mismo no tendrá nada más que reclamar de S. A. I. y E. de la P., sus directores o empleados, por ningún concepto o especie originado en la relación laboral que la vinculó con esta empresa ni por rubros de naturaleza salarial o indemnizatoria que eventualmente pudieran haber existido (incluyendo diferencias salariales, remuneratorias, adicionales impagos, y las indemnizaciones derivadas de la ley de accidentes de trabajo y/o del art. 1072, 1109 y 113 del Código Civil y/o de la Ley de Riesgos del Trabajo, incluido el daño moral, indemnizaciones del art. 212 de la LCT, etc.) conviniendo asimismo las partes que para el supuesto de existir algún rubro pendiente no contemplado en la presente imputación, este quedará absorbido íntegramente de pleno derecho, con la suma que se ofrece abonar en este acto mediante la entrega del cheque nro. 45049907 del Banco Galicia" (fs. 113/vta.).

La reseña efectuada desbarata el argumento nuclear de la recurrente, esto es, la asistencia, asesoramiento y protección por parte de la letrada patrocinante en todo el curso del procedimiento administrativo que impiden la invocación de un estado de necesidad –fs. 1101-.

Las actuaciones administrativas demuestran, por el contrario, la concurrencia de una serie de circunstancias

que no solo no avalan la tesis de la recurrente, sino que aniquilan su postura.

La introducción de un concepto ajeno al reclamo inicial, la falta de patrocinio letrado en el acto, el estado de salud de la trabajadora del que da cuenta el informe de marzo de 2010 del Dr. E. ("Paciente con severos problemas de memoria de fijación y con amnesia parcial anterior y posterior al hecho" que "aun dista de un estado que le permita autonomía absoluta") y la falta de certeza sobre el alcances de las secuelas del accidente demuestran la invalidez sustancial del acuerdo, respecto a los créditos que tienen su origen en el accidente de trabajo porque existen vicios en la voluntad de la trabajadora.

Más aún, la recurrente soslaya que en los considerandos de la resolución homologatoria en ningún momento se hizo referencia alguna al accidente de trabajo. Por el contrario, previo establecer el marco del reclamo del modo siguiente: "Que la trabajadora ingresó a laborar el día 23/10/1997, desempeñándose bajo la categoría de Cajero B del CCT 130/75.

"Que desde la fecha de ingreso y hasta el días 23/10/2009, la relación laboral, se desarrolla en forma continua e ininterrumpida.

"Que el día señalado en la cláusula anterior la trabajadora hizo denuncia del contrato de trabajo, circunstancia que fue debida y oportunamente rechazada, por injustificada e incausada, por S. A. I. y E. de la P." (fs. 116); expresamente se sostuvo: "Que la suma consignada subsume toda tarifa indemnizatoria como así toda diferencia remuneratoria que el trabajador pudiere reclamar, con independencia de la denominación del instituto…".

En definitiva, por las razones dadas propugno el rechazo del agravio de la empleadora (punto VI de la memoria).

- *La inconstitucionalidad del art. 39 de la LCT*:

Los argumentos del recurrente no pueden ser calificados como una crítica seria y fundada a los argumentos dados por el juez de grado para declarar la inconstitucionalidad de la mentada norma.

En efecto, pretender la constitucionalidad de la norma con citas jurisprudenciales anteriores al fallo "Aquino" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (verbigracia, Tribunal de Trabajo N° 1 de San Martín del 24/9/97; CNAT, Sala V del15/5/2002; Tribunal de Trabajo N° 4 de San Isidro, 30/6/98; SCBA, 2372/98 y finalmente CSJN en el caso "Gorosito" del 1/2/2002) demuestra la insuficiencia de la crítica.

Ello por cuanto la interpretación que consagran dichos fallos fue ampliamente superada en el caso citado.

Frente al avance jurisprudencial en la materia, pretende enervar la declaración de inconstitucionalidad con base en que se trata de la última ratio del ordenamiento jurídico y pregonando que "una ley puede ser defectuosa, quizá imprudente, tal vez inadecuada, pero no por ello necesariamente inconstitucional" (párrafo décimo del primer agravio de la
aseguradora de riesgos de trabajo (fs. 1106vta.) es una clara demostración de la insuficiencia argumental del memorial.

Huelga señalar, además, que tales citas no dan respuesta al reproche que la jueza formula a la norma; esto es violación a los derechos constitucionales: igualdad ante la ley (16 C.N.); propiedad (17 C.N.); no dañar a otros (19 C.N.); a la justicia social (75, inc. 19 C.N.); no discriminación por cuestiones económicas (19, C.N. y Pacto de San José de Costa Rica).

La omisión de tratamiento de la excepción de falta de acción solo ha sido enunciada en el título del agravio. Es decir, carece de fundamentos y por lo tanto no puede ser considerada una crítica; sin perjuicio de ello he de señalar que la declaración de inconstitucionalidad de la

norma se proyecta en ese materia e importa un implícito rechazo a la defensa opuesta.

Por las razones expuestas propugno el rechazo del agravio.

- *La atribución de responsabilidad:*

a. La responsabilidad de la aseguradora de riegos de trabajos M. Argentina S.A.

Previo a toda consideración he de señalar que como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en el caso "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A." (sentencia del 31/3/2009) no existe razón alguna para poner a una Aseguradora de Riesgos de Trabajo al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral.

Es pertinente recordar que previo a este fallo, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, el 26/8/2008, en autos: "M, R. J. c/ Cooperativa de Trabajo "El Golfo Ltda." y otros s/ Demanda Laboral (Acc. de Trabajo)", expte. N° 20.975-M-2007, Sentencia Registrada bajo el N° 09/2008/S.R.E., ya se había pronunciado en ese sentido. Es decir, atribuyó responsabilidad a la aseguradora frente a la comprobación de un nexo adecuado de causalidad entre el infortunio y su obrar omisivo, pues entendió que como consecuencia de no haber cumplido los deberes de prevención, capacitación, información y de supervisión que tan intensamente la ley pone a su cargo, se produjo el infortunio.

Esta doctrina fue consolidada en autos "C., C. A. c/ K. K. S.A. y Otra s/ Accidente" (expte. N° 22474-C-2011), fallo del 13/11/2012. En este precedente se agregó: "Si bien la LRT tiene previsto en el art. 39 la responsabilidad civil del empleador, nada contempló este régimen sobre la eventual responsabilidad civil de las ART por los daños que pudieran sufrir los trabajadores de los empleadores asegurados por ellas. 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".

Y también, en fallo del 9/10/2013, en autos: "E.H., J.F. c/ C.SA y otras s/ accidente", expte. N° 22735/12, sentencia registrada bajo el N° 31/SRE/2013, en la que reafirmara los criterios anteriores, y que además remarcó que la Aseguradora, persona jurídica especializada en materia de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, es la que se encuentra en mejor situación de arrimar al proceso los elementos de prueba requeridos en cuanto hacen a la propia tarea legalmente encomendada.

Partiendo de las premisas que han fijado estos fallos señeros no puedo más que señalar que en la instancia de grado, se ha realizado el análisis de la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera.

La constancia acompañada por la propia aseguradora a fs. 259/261, titulada “Constancia de Visita” (folios 01528748 a 50) cuyo motivo, según consta en el mismo instrumento, es la investigación del accidente, es una prueba esencial en orden a la atribución de responsabilidad a la Aseguradora de Riegos de Trabajo; esencial a los efecto de determinar la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

En efecto, el 5 de enero de 2009, el Sr. A. R. V., en su calidad de profesional de M. A. S.A. –Técnico Sup. en Seguridad de Higiene-, relata el accidente del modo siguiente: “La persona se encontraba realizando el desarme de un palet de mercadería textil para su ulterior clasificación, tarea que habitualmente se desarrollaba en cercanía del hueco donde ingresa el palet. Se debe destacar que los espacios donde se realiza la actividad son muy reducidos, donde solo se puede ingresar de costado. En un momento determinado en que la persona se encontraba sobre el borde del hueco cae desde una altura de 2 metros”.

A renglón seguido y previo señalar que no hubo testigos presenciales concluye: “Las causas que fueron necesarias fueron las siguientes: - Encontrarse en cercanía del hueco del entrepiso. – Poco espacio para moverse en el lugar de trabajo. – El hueco existente no posee contención ni señalización que advierta riesgo de caída. – Falta capacitación en riesgo específico a la tarea que desarrolla. – No existen procedimientos de trabajo sobre la actividad en cuestión. – No posee protección contra la caída correspondiente. - Posible existencia de vértigo o de presión arterial que la lleve a perder el equilibrio”.

Por último, el profesional señala sencillas medidas correctivas precisando las fechas de ejecución y de verificación: “Debe moverse el palet con mercancía hacia el interior del entrepiso para evitar trabajos cerca del

hueco (Fecha de ejecución 20/01/09, verificación 26/01/09; colocar dos cadenas una a 1 m. de altura y la otra a 1,5 m, debiendo ser de material resistente y de color llamativo, las que deberán permanecer colocadas en todo momento (ejecución 23/01/09, verificación 30/01/09. Refiere que se debe armar un procedimiento de trabajo que especifique de qué manera se debe realizar la tarea, asociándolo a las medidas de seguridad, correspondientes (ejecución 27/01/09, verificación 30/01/09). Indica además que se deberá realizar exámenes a todas las personas que trabajan en altura para determinar que no sufren problemas de vértigo u otros asociados a la pérdida del equilibrio (ejecución 05/02/09, verificación 09/03/09)" (fs. 260).

Huelga reiterar que la constancia de marras es una prueba esencial, por la proximidad con el hecho dañoso y porque fue llevada a cabo por un profesional en la materia. En definitiva, este sencillo relevamiento realizado por personal calificado de la propia Aseguradora de Riegos de Trabajo demuestra, sin ambages, que esta no cumplió en tiempo propio con los deberes de asesoramiento, capacitación y prevención que le dan sentido a su existencia y que por supuesto la ley pone a su cargo.

En ese orden de ideas es imposible soslayar que las tareas desarrolladas por la trabajadora configuran un claro caso de trabajo en altura con específico riesgo de caída.

Si bien no hay una definición exacta ni única de trabajo en altura, es todo aquel en el que una o más personas realizan cualquier tipo de actividades a un nivel cuya diferencia de cota sea aproximadamente igual o mayor a dos metros (2 m) con respecto del plano horizontal inferior más próximo, con riesgo de caída a distinto nivel" (*cf*. Botta, Néstor Adolfo Ing., "Seguridad en el trabajo en altura", Red Proteger; Rosario, Septiembre 2004).

Obviamente, la existencia de este tipo de trabajo debió ser relevada, en tiempo propio, y estaba a cargo de la Aseguradora de Riego de Trabajo la adopción oportuna de las medidas correctivas, es decir, de las simples medidas que luego del accidente propuso y controló en su ejecución. En este contexto, es indudable la aplicación de las previsiones del artículo 1074 del Código Civil, ya que tanto la actividad de la empleadora como la tarea del trabajador hacían presumibles las caídas de altura riesgo que la aseguradora de ningún modo pudo desconocer y por lo tanto debió extremar los recaudos tendientes a evitarlas.

Es que por expreso imperativo legal las aseguradoras de riesgos de trabajo deben -entre otros deberes- adoptar las medidas necesarias para prevenir eficazmente los riesgos (art. 4.1), incorporar en los contratos un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad (art. 4.2) así como controlar la ejecución de dicho plan y denunciar todo incumplimiento (y de las normas de higiene y seguridad) a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4.4).

Por supuesto la conducta omisiva referenciada imputable con base en un factor subjetivo (culpa -art. 1109 CC-) es jurídicamente relevante en el ámbito del derecho de daños en tanto configura antijuridicidad y además tiene relación de causalidad con el daño causado en la salud de la trabajadora. El cumplimiento eficiente por parte de la ART de sus deberes legales hubiere evitado o mitigado el daño sufrido por la trabajadora.

Insisto, la omisión culposa en el cumplimiento de las obligaciones preventivas impuestas por la LRT, como he dicho, determinó la aplicación del art. 1074 del CC. Esta conclusión no ha sido destruida por la codemandada a lo largo del proceso, por el contrario se encuentra reforzada con las constancias probatorias por ella misma acompañada.

Por supuesto, la aseguradora no especificó concretamente cuáles fueron las diligencias realizadas ni tampoco los actos necesarios y orientados a la prevención de los riesgos laborales propios de la actividad que realizaba la actora porque sencillamente no había realizado ninguna tarea, a pesar que el ordenamiento jurídico le imponía un obrar positivo que hubiere probablemente evitado el resultado.

El pronunciamiento dictado en estos términos, está seriamente fundado con base en las constancias comprobadas de la causa y no merece la crítica que formula la aseguradora, huérfana de fundamento válido alguno que autorice su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Los extensos argumentos dogmáticos del recurrente relativos a la inexistencia de un nexo de causalidad adecuada pierden toda entidad frente a la puntual descripción de las causas del accidente que he transcripto y referenciado y a las medidas de seguridad que se debieron adoptar con anterioridad al evento.

Destaco, además, que la aseguradora de riesgos de trabajo ofreció la prueba pericial técnica en higiene industrial, no la impulsó y finalmente la jueza la tuvo por desistida –fs. 1032-.

Por las razones dadas, propongo el rechazo del agravio y la consecuente confirmación del fallo en orden a la condena a M. SA.

- *b. La responsabilidad de la empleadora*:

La jueza de grado atribuyó responsabilidad a la empleadora con base en el razonamiento que sigue: "… de acuerdo a la prueba rendida concibo que la empleadora incumplió las obligaciones de seguridad y capacitación en riesgos del trabajo establecidas a través de la Ley 19.587, art. 75 de la ley 20.744, ley 24.557, art 1 y 4, decreto 170/96 y las exigencias establecidas por el decreto 1338/96". Tal afirmación se basó en las siguientes

circunstancias probadas de la causa: “No se colocó cartelera en el lugar de trabajo de la dependiente a fin de advertir de los riesgos en la tarea de descarga de palet y acomodar la mercadería en altura, la inexistencia de baranda y que el piso donde acaeció el accidente presentaba irregularidades (inspección ocular). Entiendo que dichos incumplimientos resultaron causa adecuada del infortunio padecido por la trabajadora que le produjo lesiones consistentes en traumatismo de cráneo grave, fractura de peñasco derecho, quedando como secuela una hipoacusia perceptiva extrema del oído derecho y alteraciones de la memoria, cefaleas y vértigo mientras prestaba labores para la demandada. Razones éstas, que me llevan a entender que han quedado configurados los presupuestos para que opere la responsabilidad de la empleadora… En tanto se encuentra acreditada la responsabilidad de la empleadora por los incumplimientos de las obligaciones de seguridad y capacitación en riesgos de trabajo, deviene

insustancial el tratamiento en torno a la responsabilidad derivada del art. 1.113 actual 1.757 CCyC.”.

La empleadora sostiene que en el fallo no se ha establecido la mecánica del accidente con base en especulaciones de los testigos. Para demostrar tal aserto transcribe la síntesis de los dichos de los testigos e intenta realizar una exégesis parcializada de los mismos; propugna la tesis del desmayo como única causa del accidente. Por supuesto el criterio es endeble y poco serio.

La contundencia del documento reseñado precedentemente realizado por un profesional en la materia ha desnudado las serias falencias en el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Y además su fuerza probatoria se ve reforzada por los testimonios colectados.

Las reglas de la sana crítica, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios

generales, son lógica basada en el derecho y auxiliada por la experiencia y la observación, que conduce al juez a discernir lo verdadero de lo falso; en definitiva, tienden a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Una pauta esencial que emana de estas reglas, es la apreciación conjunta de las probanzas de autos con el fin de obtener una convicción acorde con la cuestión controvertida. Es por ello que los testimonios no pueden ser valorados en forma aislada.

Luego, las extensas consideraciones vertidas en el capítulo III titulado "Que debió probar la actora" son meramente dogmáticas y generales; incluso por momentos se refieren expresamente a los casos de responsabilidad objetiva que no ha merecido análisis en el pronunciamiento.

Más aún, en uno de los tramos discursivos expresamente sostiene: "Pues bien, es indudable en el caso de autos que la Sra. U. se encontraba trabajando, realizando tareas de picking en el primer nivel que tenía una altura de dos metros, se cayó en un espacio libre que quedaba en los costados, sin que exista brandas y ello pudo tener incidencia en el daño pero lo que no esta probado es la mecánica del accidente" (sic).

El contenido de esas afirmaciones me exime de mayores comentarios en tanto implican un severo desconocimiento de las más elementales normas de seguridad y por supuesto no solo da por tierra a sus anteriores críticas respecto a la valoración de la prueba testimonial, sino que además implica un reconocimiento de la premisa fundante del fallo.

Repárese que la conducta antijurídica de la empleadora lesionó en forma permanente la integridad física que integra el derecho a la dignidad de las personas; es decir, de un derecho esencial que constituye el eje sobre el cual gira el sistema de los derechos humanos.

Como ha señalado nuestro tribunal cimero: “La dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta "intrínseca" o "inherente" a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo”. Ello, con fundamento en normas preeminentes de nuestro ordenamiento (Preámbulo párr. 12; PIDESC., Preámbulo, párr. 1°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.1 y Convención Americana sobre Derechos Humanos Preámbulo, párr. 2° y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional) que son “a la par, fuente de los mentados derechos pues, según lo expresa el PIDESC., los derechos en él “Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales”).

Por las razones expuestas se rechaza el agravio por cuanto no constituye crítica concreta y razonada al fallo.

- La solidaridad:

Ambos codemandados cuestionan la decisión de condenarlos en forma solidaria. La queja carece de asidero.

Las previsiones de los artículos 935, 942, 1081, 1109, 1661 y concordantes del Código Civil determinan que todos los autores, consejeros o cómplices de un daño ocasionado en razón de un delito o cuasidelito, son solidariamente responsables frente a la víctima por la reparación del perjuicio ocasionado.

La solidaridad, en el caso que nos ocupa, nace de la ley que la ha impuesto a fin de proteger con el máximo rigor posible la situación del acreedor en orden al cobro de su crédito.

Por estos elementales motivos, propicio el rechazo el agravio.

- La cuantificación de los daños:

Ambas recurrentes cuestionan la cuantificación de las partidas reconocidas por la jueza de grado; en el caso de la empleadora realiza una puntual referencia a cada

partida; por su parte la aseguradora realiza consideraciones de orden general y se detiene luego en el monto concedido por daño moral.

Estos agravios, relativos a la cuantificación de los daños, sí nos ubican en el ámbito de aplicación del nuevo ordenamiento.

Tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que las reglas establecidas por el artículo 1746 del Código Civil y Comercial resultan inmediatamente aplicables, toda vez que no se refieren a la constitución de la relación jurídica, sino solo a sus consecuencias (art. 7 del ordenamiento citado). Asimismo, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación (*cf*. Sáenz, Luis R. J., "La aplicación de la ley con relación al tiempo y el derecho de daños", RCCyC 2015, diciembre 148 con cita del fallo de la Cam. Nac. Civ., sala A, 01/09/2015, "A. M., C. c. América TV y otros s/ daños y perjuicios", expte. 51.782/07, voto del Dr. Sebastián Picasso).

Sentado ello, de tratar un argumento común a más de uno de los rubros impugnados en su cuantía, que el otorgamiento de una suma mayor a la solicitada. En tal orden de ideas, debo señalar que no hay reproche válido, dado que el monto de resarcimiento se sujetó a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse – capítulo II, Objeto, del escrito de inicio, fs. 131 y vta.-. Luego, debe decirse que la naturaleza del proceso –daños y perjuicios- más la ontología de los perjuicios son circunstancias que tornan razonable la utilización de la mentada fórmula.

Este criterio tiene sustento en la doctrina que dimana de los precedentes de esta Sala que adhiere a la postura mayoritaria fijada entre otros por la Suprema Corte de Buenos Aires, sentando que no se violenta el principio de congruencia si se

ha fijado una suma mayor a la pedida cuando media aquella reserva (SCBA Ac. 38658 entre otros).

Es que si bien los importes estimados por el actor constituyen una pauta relevante, se ha admitido que el uso de la fórmula transcripta u otras análogas autoriza a la magistratura a establecer el resarcimiento en un monto superior al que resulte de la estimación inicial, siempre con sustento en las pruebas rendidas. Huelga remarcar que la superación de dichas pautas se limita exclusivamente a los rubros específicamente reclamados, sin que sea posible pretender abarcar perjuicios no invocados.

La cuantificación del daño material es impugnada bajo el argumento de que la fórmula utilizada (Voutto) obsta al reconocimiento de daños tales como los gastos asistenciales (médicos, traslado y asistencia personal). Por supuesto, la queja carece de asidero puesto que el reconocimiento de tales perjuicios resulta de la propia entidad de las lesiones y se vincula sin dudas con la severa lesión a la salud que ha sufrido la trabajadora con afectación de su autonomía personal conforme resulta de la pericial médica –fs.908/909-.

Luego, la queja respecto al salario adoptado para el cálculo bajo el argumento de que incluye rubros no remuneratorios tampoco puede prosperar. La tesis que se propone no se condice con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia respecto al salario (“Pérez c/ Disco S.A y Díaz c/ Cervecería Quilmes”, entre otros en la específica materia salarial) y fundamentalmente conspira contra el principio de la reparación integral consagrado por las normas superiores de nuestro ordenamiento y receptado expresamente en nuestro actual derecho privado (art. 1740 del CCyC).

Respecto a la partida correspondiente a la indemnización por asistencia personal, el cuestionamiento basado en la falta de prueba no puede prosperar.

Las conclusiones de la médica forense son categóricas e ilustran sobre la imposibilidad de la Sra. U. de desempeñarse en forma autónoma en la vida diaria (fs. 908); corrobra tal circunstancia el informe socioambiental de fs. 900.

El informe socioambiental producido en autos también determina la necesidad de asistencia personal en función de la gravedad de las secuelas que imposibilitan la realización de los quehaceres domésticos y de serias dificultades hasta para el aseo personal –fs. 898/900-

La necesidad de asistencia personal ha sido probada de modo tal que la procedencia de la partida es indubitable; repárese que a casi cinco años del accidente la trabajadora no solo continuaba medicada, sino que además ni la afectación a su memoria ni el vértigo habían cesado –pericial médica, fs. 908/909, y pericial psicológica, fs. 927/928-.

Por lo demás, es razonable la proyección temporal prevista puesto que el deterioro de la salud psicofísica en función de la mayor edad es una variable que necesariamente debe ponderarse en orden a la asistencia requerida. Incluso es también razonable la previsión de una ayuda con jornada limitada como ha valorado en el fallo.

Por las razones expuestas, propicio el rechazo del agravio.

La queja respecto de los gastos médicos y de transportes tampoco puede prosperar porque los extremos reseñados precedentemente dan sustento fáctico a su procedencia, amen de no haberse

producido prueba en contrario.

Por lo demás, su cuantificación es razonable en función de las circunstancias probadas de la causa (arg. art. 1746 CCyC).

La empleadora ha impugnado también la cuantificación de la partida que se ha denominada “daño psicológico”.

Respecto a la misma, es dable precisar que el contenido del reclamo inicial se ha circunscripto a los gastos que ha de desembolsar la actora para recibir asistencia sicológica en función de su estado de salud. Tal es el alcance que la jueza ha otorgado al rubro más allá del nombre dado a la partida, lo que puede inducir a error.

Por ello, no cabe más que confirmar la procedencia del rubro con los alcances que resultan de la prueba pericial que no fue objetada por las codemandadas y que dan cuenta de la necesidad de tratamiento psicológico por las consecuencias del accidente sufrido y estima la extensión del tratamiento en función de la entidad de las secuelas. A ello se suma la referencia a la prueba de informes del Colegio de Psicólogos local, que da cuenta del valor aproximado de una consulta en la zona.

Por lo expuesto, debe confirmarse la obligación de indemnizar a la actora por los gastos futuros que irrogue el tratamiento psicológico por el monto determinado en la instancia de grado ($33.600), en tanto se ajusta a las circunstancias probadas de la causa.

El examen de la cuestión requiere previamente determinar con precisión la fuente de la obligación de resarcir en un todo de acuerdo con la ley vigente al momento.

En ese orden de ideas, es dable señalar que las previsiones de los artículos 1068 y 1109 del Código Civil permitían concluir que la obligación del deber de no dañar a otro es causa generadora de la obligación de reparar todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otra persona tanto en su esfera patrimonial o a sus derechos o facultades de ocurrencia del ilícito.

Obviamente, el daño moral encuadra en la última parte de tal marco general en tanto ha sido definido como “una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o

sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (*cf*. Pizarro, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

Ergo la procedencia de la partida, en el caso es indiscutible porque están acreditadas las intensas repercusiones que generó el hecho dañoso en la integridad corporal de la actora, en su plan existencial vital y en su intimidad.

La entidad de las lesiones y las circunstancias personales dan contenido al daño. En ese orden de ideas, destaco que la actora aún gozaba de la licencia especial por lactancia cuando acaeció el hecho, que su maternaje indudablemente se vio truncado porque no solo permaneció internada en un período extenso, sino también por los dolores extremos que generó la fractura de los huesos craneales y los mareos, vértigo y pérdida de la memoria. A ello se suma que fue obligada a atenderse en centros de salud sitos en Mar del Plata (a más de 1.500 km) y no ser especializados, sino por mera conveniencia de la aseguradora de riegos.

Por lo demás, el informe socioambiental muestra una novel pareja de personas trabajadoras que comenzaron la convivencia con proyectos de vida que pudieron ir concretando, tales como amueblar la casa, viajar en vacaciones, tener hijos, y cómo esos planes vitales fueron gravemente perturbados por las conductas antijurídicas de las demandadas a partir del acaecimiento del hecho dañoso.

En definitiva, en orden a la cuantificación del daño moral las demandadas tan solo han demostrado su disconformidad con el monto y no la exorbitancia que pregonan. Ergo, la suma debe ser confirmada.

A mayor abundamiento señalo que no estamos en presencia de daños morales mínimos, sino de una intensidad tal que autorizan cuantificación en el modo efectuado.

d- Los intereses:

La empleadora ha impugnado la tasa de interés aplicada quejándose por los cambios de criterio que la propia magistrada reconoce en el fallo; luego propugna la aplicación de la tasa pasiva y subsidiariamente invoca la doctrina del Superior Tribunal en la materia.

Previo a toda consideración he de señalar que la variación reseñada en el período de un año calendario exige una reflexión y la adopción de un criterio previsible sin perjuicio del reconocimiento de las dificultades que generan los avatares de la economía argentina. Tan cambiante escenario siempre nos desafía pero también nos obliga a no potenciar la incertidumbre.

Ahora bien, en el caso concreto, la actora no estimó en el escrito inicial cuál era la tasa de interés que consideraba se debía aplicar a su acreencia. En efecto, limitó su pretensión a los intereses legales y en tal contexto la jueza de grado en el uso de las facultades que le son propias, luego de discurrir acerca de las dificultades de la economía y con base en los argumentos de una cita jurisprudencial decidió aplicar la tasa "más alta" que estima es la del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales aplicando, analógicamente, la previsión del artículo 552 del CCyC.

En primer lugar, debo señalar que la tasa pasiva cuya aplicación ha propugnado la empleadora al contestar la demanda –fs. 534/535vta.–, y que es invocada en el memorial, debe ser descartada de plano en tanto se trata de un debate absolutamente superado.

Este tribunal, en sus dos integraciones desde hace más de una década utilizó la tasa activa para el cálculo de los intereses originados en la mora de todo deudor. A su vez, dentro del elenco de tasas activas vigentes optó

por la correspondiente a descuento de documentos a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Debo decir además que la hipótesis a la que se alude en el memorial; esto es que "la actora hubiere contado con su crédito" no se ajusta al principio de realidad. Lo cierto es que la actora no contó con su crédito en tiempo oportuno y se generó un daño adicional por la mora.

La empleadora opugna, también la elección que dentro del elenco de tasas activas ha efectuado la jueza de grado sosteniendo que desborda los criterios jurisprudenciales vigentes en nuestra provincia e invoca la doctrina que dimana de un reciente fallo del Superior Tribunal de Justicia de la provincia (Sentencia Definitiva Registrada bajo el N° 19/SCA/2015 del 30/6/2015).

Concretamente, nuestro máximo tribunal ha sostenido: "A partir del 1° de octubre del año 2002 -*in re* "Gómez Lozano" (S.D. N°6/SCA/02)- se modificó la doctrina legal del cuerpo en materia de intereses no estipulados ni establecidos, y estimó que cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue por ante esta jurisdicción, cabía imponer la más adecuada a las circunstancias económicas, estimándose tal la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA. Ello, considerando la naturaleza de la relación -que lo era de empleo público- y en causas de esta naturaleza, la mencionada ha sido ininterrumpidamente aplicada (S.D. N° 4/SCA/11)".

Es decir, nuestro máximo tribunal ha considerado que la tasa más adecuada a las circunstancias económicas del colectivo de trabajadoras y trabajadores de nuestra provincia cuando reclaman su acreencias sin especificar cuál es la tasa a aplicar es la correspondiente a préstamos personales del Banco del Chubut SA; por lo tanto, he de estar a tal doctrina.

El criterio propugnado por el más alto tribunal provincial es el que corresponde adoptar por la fuerza vinculante de sus fallos, repárese –además- que la mentada doctrina fue ratificada con posterioridad a la reforma del Código Civil.

Por las razones expuestas es que propongo la modificación y la aplicación de la mentada tasa.

En orden al cómputo de los intereses es claro también que las partidas correspondientes a gastos futuros por una razón de estricta lógica no pueden devengar intereses desde la fecha del evento dañoso, sino desde la sentencia condenatoria. Ello tal como lo ha fijado la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12/4/2011, en autos, "B., Silvia c/ Buenos Aires Provincia de" (elDial.com - AA6B08) y en función de las expresa previsión del artículo 1798 del CCyC.

Por lo expuesto propicio el parcial acogimiento del recurso, fijando la tasa de interés individualizada con más los intereses desde la fecha de la sentencia para los rubros precedentemente identificados.

6. Costas y honorarios:

La modificación que propongo de la sentencia de primera instancia carece de entidad para modificar la imposición de las costas, en tanto se mantienen la calidad de vencidas de las condenadas. A la misma conclusión arribo en orden a los honorarios, a tal razón aduno que estos fueron determinados en porcentuales.

Las costas de esta instancia se imponen a las demandadas vencidas por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley XIII, nro.4 y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto, se regulan los correspondientes al Dr. M. R. C. en el 30% de los que le

correspondan en la instancia; los del Dr. J. M. R. en el 25% de los fijados por su labor en primera instancia y los de

la Dra. C. S., en el 27% calculado sobre los determinados en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por M. A. ART S.A.

2) Hacer lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la empleadora.

3) Revocar, parcialmente, el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 1055/1086, únicamente en cuanto a la tasa de interés y fecha de cómputo de las partidas correspondientes a gastos futuros, conforme lo señalado en el considerando respectivo.

4) Costas de esta instancia a las codemandadas.

5) Regular los honorarios en la forma propuesta.

6) Tener presente el mantenimiento del caso federal efectuado, a fs. 1115, por M. A. ART SA y a fs. 1102/vta. por la S. A. I. y E. de la P. (SAIEP).

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 1055/1086 es apelada por las vencidas; M. A. ART SA a fs. 1088, conforme presentación de fs. 1103/1115vta. que le es replicada por su oponente fs. 11222/1131 y S. A. I. Y E. de la P. (SAIEP) a fs. 1089, conforme informe de fs. 1091/1102 contestado por la actora a fs. 1117/1121.

Que la colega que abre el acuerdo ha afrontado la procedencia formal de los recursos interpuestos y al formular su propuesta implica que han superado el examen de admisibilidad formal a lo que adhiero. Pero, además, ha sabido reseñar con justeza el contenido de los agravios y atender las oposiciones de la contraria, lo que evita su mera reiteración.

Seguiré el orden de tratamiento de cada cuestión conforme el voto anterior por responder a un criterio lógico de revisión.

En cuanto a la objeción que formula la ART respecto a un presunto apartamiento a las directivas impuestas por el art. 7 del CCyC en el presente caso, atento a que la fecha del hecho base de la presente acción es anterior a la vigencia de la reforma del CCiv., vale recordar que ya hemos tenido oportunidad, en casos análogos, de dejar a salvo que cuando se trata de juzgar sobre la responsabilidad civil, conforme lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil y Comercial, la cuestión debe juzgarse conforme la normativa vigente a la fecha en que nació y se consumó la relación jurídica que se discute, conforme el criterio de consumo jurídico y el principio de irretroactividad de la nueva ley. La noción de consumo, que subyace en el art. 7 CCCN, fue tomada por Borda de la obra de Roubier, quien distingue entre leyes que gobiernan la constitución y la extinción de una situación jurídica, y leyes que gobiernan el contenido y las consecuencias (*cf*. Roubier, Paul, "Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)", 2° ed., París, ed. Dalloz et Sirey, 1960, n° 42, pág. 198 y n° 68 pág. 334, citado por Kemelmajer de Carlucci, "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LA LEY 22/04/2015, 22/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 114, cita Online: AR/DOC/1330/2015).

Y es que cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa; el consumo o el agotamiento deben analizarse según cada una de esas etapas en concreto.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso, pero las discrepancias surgen en torno a la determinación de qué son elementos constitutivos y qué debe entenderse por

consecuencias de ese ilícito, pues la nueva ley rige las consecuencias que no están consumadas al momento de la entrada en vigencia (*cf*. Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal Culzoni, 2015, p. 100 y sgtes.).

El daño no es una consecuencia, sino un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad, de modo que rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior. En otras palabras, todos los elementos constitutivos de la responsabilidad: la antijuridicidad, el factor de atribución, la existencia de daño y su nexo causal se rigen por la ley vigente a la fecha de los hechos generadores de daño, a los fines de decidir sobre la procedencia de la pretensión de reparación. Sin embargo, la cuantificación del daño constituye una consecuencia que, como tal, debe regirse y decidirse conforme lo dispuesto por la nueva ley (*cf*. arts. 1740 a 1748 CCC).

Probado el daño se cuestiona la mecánica del hecho a los efectos de su atribución total o parcial a la luz de las pautas ahora recogidas de la doctrina anterior y jurisprudencia mayoritaria que se resumen en el actual art. 1719 y 1729 CCyC, permitiendo a los imputados formular su eximente debiendo probar que tal situación fue provocado por un hecho exclusivamente atribuido a la víctima (ver Rivera-Medina en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, ed. LL 2014, t. IV, pág. 1023, p. 5, en relación al art. 1111 del CCiv.).

Aclarada tal cuestión y vistas la peculiaridades características del pleito que nos ocupa y la trama en el que este se halla enmarcado, adelanto que no atenderé todos los planteos recursivos de la recurrente, sino únicamente aquellos que revistan la condición de esenciales y decisivos para fallar en la causa (ver, *v. gr.*, Fallos 221:37; 272:225; 310:1162 entre muchos).

Exime de mayores consideraciones el planteo que se formula en la demanda a fs. 147vta. p. 4, al manifestar que dada la insuficiencia de la indemnización tarifada del la Ley 24557, vedando el acceso, de forma discriminatoria, a una reparación integral, plantea la inconstitucionalidad del inc. 1 de la Ley 39 a efectos de los beneficios que otorga el régimen de responsabilidad del derecho común y así lo decide la *iudex a quo* a fs. 1076vta., p.3., sin que la queja actual tenga entidad suficiente en el caso como para enervar tal pronunciamiento, máxime teniendo en cuenta la normativa de rango constitucional sobre las que se funda.

Se ha omitido toda crítica en cuanto a la presunta omisión denunciada en el

Título del agravio (fs. 138vta., p. II.9, por lo que tal insuficiencia impide toda revisión en cuanto al tema (arts. 268 y concs. CPr/Dj).

Que el hecho principal que motiva la presente causa a partir de fs. 131, el accidente de trabajo que describe, que sufriera el 24/12/2008 y que le trajera como consecuencia hipoacusia unilateral derecha y desorden mental postraumático correspondiendo a la tablas de evaluaciones a una incapacidad laboral, permanente, parcial y definitiva en un porcentual del 42% de la t.o. (fs. 122). Logrado el alta y ante la reiterada negativa de reubicación acorde a su estado actual, comunica su despido indirecto el 22/10/2009, siendo rechazado por la empleadora, siguen las intimaciones y rechazos hasta que finalmente la Secretaria de Trabajo de la provincia del Chubut, sec. local, convoca a las partes a conciliación (04/01/2010) y tras declinar la empleadora esta vía con fecha 10/02/2010 comparece el 06/04/2010 la representante legal de aquella y la hoy accionante sin asesor legal a dicha Secretaría formulando el acuerdo que obra a fs. 113/113vta., homologado en dicha sede conforme Resolución n° 0799/10 D.R.C.R. de fs. 25.

Que a fs. 135, p.7, la accionante plantea la nulidad de tal convenio en razón que el mismo le fue impuesto aprovechado una situación de debilidad e inseguridad personal y laboral. Habla de cláusulas predispuestas.

Tanto la empleadora a fs. 529, p.X, como la ART a fs. 305 p. V, alegando cosa juzgada administrativa desestiman tal planteo tendiente a la nulificación y alegando su incidencia en la causa.

Que ha fs. 1002 p. 8) y ss. de los considerandos se desarrollan los argumentos que justifican la declaración de nulidad del acuerdo homologado de fs. 113/113vta., no obstante conspirando las sumas percibidas por tal acto a cuenta de lo que pudiera corresponder por el monto indemnizatorio a considerar.

De conformidad con los antecedentes obrantes en la causa y que corresponden a las actuaciones administrativas (fs. 91/116) con fecha 16/12/2009, I. V. U. formula el reclamo indemnizatoria correspondiente a la suma que pretende de su empleadora por despido incausado con más el resto de las intimaciones relacionadas con tal circunstancia, refiriendo al accidente de trabajo como motivo determinante de la ruptura del vínculo, pero sin que incluir ninguna reparación por tal causa, la liquidación que se practica al efecto, es demostrativa de tal aserto. Comparece la empleadora (fs. 104), cumplimenta la carga del art. 80 LCT y disiente de la liquidación y se hace reserva del dinero ofrecido como a cuenta de mayor valor y se pasa a cuarto intermedio para intentar conciliar. El 10/02/2010 vuelve a presentarse la empresa y declina la vía administrativa. Y el 06/04/2010, comparecen acompañando un acuerdo a los efectos de su homologación, objeto que se logra el mismo día (fs. 116).

Así, llama la atención que habiéndose limitado la intervención de la Secretaría a verificar la indemnización por despido y tras la frustrada conciliación y la declinación de la vía por parte de la empresa, luego se

presente un acuerdo en el que con términos poco claros y evitando discriminar rubros, se pretenda liberar de responsabilidad, que recién se definirá por la vía del derecho común, mediante manifestaciones genéricas obviando principios rectores en la materia y más aun cuando quien formula la denuncia ha demostrado acabadamente la situación de inferioridad en la que se encontraba tanto en lo que respecta a su situación laboral, como de salud a la época del convenio y no obstante carecer de asesor letrado en tal oportunidad la autoridad celebrante y de control olvidó que el principio de irrenunciabilidad está contemplado no solo en el art. 12 LCT, sino también en los arts. 7, 13, 15 y 58 del mismo cuerpo legal. Tomando en consideración la liquidación que se formula al inicio y el monto convenido, no se ha dejado constancia de la revisión rubro por rubro, ya que la renuncia puede ser definida como "el abandono voluntario de un derecho mediante un acto jurídico unilateral". Ya que el derecho del trabajo considera que cuando el trabajador renuncia a un derecho, lo hace por falta de capacidad de negociación o por ignorancia, forzado por la desigualdad jurídico-económica existente con el empleador. La LCT procura evitar esas renuncias y por eso, basándose en los principios propios del derecho del trabajo, y en su carácter protectorio (tutelar) declara que lo pactado por debajo de las normas imperativas no tiene validez, es inoponible al trabajador e ineficaz jurídicamente.

Es sabido que el requisito de resolución fundada estatuido como condición para la conciliación laboral (art. 15 L.C.T.), implica la necesidad de que el acuerdo sea aprobado por la autoridad que intervenga, previa investigación de los motivos que lo fundamentan, con el propósito de impedir que bajo su apariencia se encubra una simple renuncia, máxime cuando se admiten, tras un lenguaje ambiguo, obligaciones que no fueron motivo de

conciliación y que en lugar de lograr el fin pretendido por la ley dentro del régimen tutelar, beneficiar a la parte dominante.

Los argumentos que se brindan en los recursos no tienen entidad suficiente para enervar la clara argumentación de la *iudex a quo* ni salvar el fundamento doctrinario y jurisprudencial que avala tal decisorio. De allí y por todo lo dicho propongo desestimar tales quejas.

La empresa insiste en su postura inicial (fs. 525vta., p. VIII), atribuyendo al accidente a un presunto desvanecimiento de su exempleada por razones que desconoce y de ningún modo considera probada por la actora el nexo causal, cuestionando la valoración de la testimonial, tal como obra en los considerandos. Desestimada tal alegación de conformidad con la mecánica del hecho de conformidad a la prueba valorada en la sentencia se tacha de apreciación de errónea y arbitraria, pero lo que parece olvidar el recurrente es que tal actividad judicial y cargas de parte deben responder al régimen legal que ha subsumido tales hechos a partir de la opción del reclamante. De allí que, invariablemente en la materia se impone el criterio avalado por la CSJN: "Cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (ver, *v. gr.*, Fallos 329:2667, 333:2420, considerando 4°; "InsaU.lde, Hilario c/ Aceros Bragado MB S.A. y Otros sobre Accidente – Acción Civil" – 10/12/2013).

Así, mal puede ante sus dudas iniciales pretender la recurrente volcarlas en su favor o fraccionar selectivamente los dichos de los testigos cuando de la documental obrante en autos existe

prueba cierta en acuanto a la falta de medidas efectivas de seguridad del lugar tal como luce, sin debida impugnación de parte, el informe de la vista al lugar del representante de la ART. Circunstancia que compromete también la responsabilidad que le corresponde a ésta en los hechos.

La revisión de la prueba testimonial a la luz de los considerandos que van de fs. 1162vta. a fs. 1168 no merecen el mínimo reproche; se la ha evaluado independientemente y luego confrontada tal como surgen de las actas en las que constan y dadas las características del lugar los testigos presenciales de la caída no pueden informar respecto de las causas, los demás son referenciales lo único cierto es que no hubo algún elemento de contención que evitara o al menos que suavizara la caída para evitar el daño cierto ocasionado. De allí que confrontando toda la prueba del hecho la recurrente no pudo aportar dato alguno que permitiera demostrar la culpa de la victima o de un tercero por el que no debe responder ("La culpa de la víctima como eximente en el accidente laboral", Héctor H. Karpiuk - 17/12/2014, en www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=153&texto=).

El tema de la extensión de responsabilidad de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo generó oportunamente un gran debate respecto a si dichas aseguradoras podrían ser condenadas por encima de la cobertura legal por la que fue contratada es decir, que las mismas no queden al margen del régimen previsto por el Código Civil.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio respuesta al mismo, en la causa "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro", donde procedió a resolver: "... Tratándose de los daños a la persona de un trabajador, derivados de un accidente o enfermedad laboral, no existe razón alguna para poner a una Aseguradora de Riegos del Trabajo al margen del

régimen de responsabilidad previsto por el Cód. Civil, en el caso en que se demuestren los presupuestos exigibles, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado —excluyente o no— entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales..." (Podemos ver el mismo en DT 2009, abril, 468) (ver "La extensión de responsabilidad de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo", por Gabet, Alejandro, publicado en: DT 2015 (octubre), 2247 comentando el fallo de la CNTrab., sala VIII, 20/03/2015 –"Giménez, Miguel Ángel c. Sistemas Temporarios S.A. y otros s/ despido"- cita *on line*: AR/DOC/3301/2015).

En cuanto al supuesto cumplimiento de todas las obligaciones contraídas, conforme lo afirma a fs. 1109, 3er. párr., se desluce ante prueba cierta adquirida en la causa y espontáneamente afirmada por quien representó a la recurrente con motivo de la investigación del hecho por la cual se le ha atribuido responsabilidad. Basta, al efecto, la detenida lectura y valoración de la "Constancia de Visita" N° 1528749 y 1528750, de fecha 05/01/2009 (fs. 259/261). A no olvidar que no solo el empleador es la responsable por la seguridad de sus empleados, la aseguradora también tiene que asumir dicha obligación, mediante el diagnóstico, prevención e implementación de condiciones de trabajo de mayor seguridad, procurando la indemnidad de los dependientes, lo que no sucedió en el caso (ver, *v. gr.*, CS, 31-3-2009, D.T. 2009-abril, 468; CNAT, sala II, 27-3-2008, L.L. *on line*; sala IV, 22-2-2010, IMP 2010-7-295; sala X, 30-62010, D.T. 2010-noviembre, 3056); CApel. Civ. y Com. Rafaela, 01/09/2015, "Vidal Stella Maris c/ Sucesores de Gariglio Emir D. y M. Argentina A.R.T S.A." - cita: MJ-JU-M-96376-AR - MJJ96376). Por ello debe responder en forma solidaria (ver, *v. gr.*, "CNTrab., sala IV, 28/02/2013 – "Jaime, Amilcar Emanuel c. Cotecsud S.A.S.E.

y otros s/ accidente - acción civil”- publicado en La Ley *on line*, cita online: AR/JUR/4702/2013).

En cuanto a la queja común por la cuantificación del resarcimiento cabe recordar que Marcelo Sebastián Midón en su trabajo “La congruencia recursiva. El adagio “Tantum devolutum quantum appellatum”. Principios y excepciones” publicado en “Principios Procesales” obra dirigida por Jorge W. Peyrano de, ed. Rubinzal Culzoni 2011, t. I, pág. 295 y ss. dice: “En la jurisprudencia de la CSJN sigue teniendo vigencia la tesis en cuya virtud “la condena judicial no quebranta los términos de la litis, ni decide *ultra petita* aun cuando exceda el importe indicado en la demanda, si los actores estimaron determinada suma al demandar, pero supeditándola ‘a lo que en más o en menos resulte de la prueba’, pues los jueces pueden válidamente acordar una cantidad mayor con fundamentos –precisamente- en la prueba rendida” (CS 17/11/94 LL 1995-D, 971, doctrina que se originó en la causa “Pribluda de Hurevich, Beatriz c/ Hernández, Martín G.”, Fallos 266:233 de 30/11/66). Tal reserva que facultó a la *iudex a quo* a quedar liberada de la estimación provisoria que se lee a fs. 131 p. II de la demanda.

En segundo lugar, los recurrente deben recordar que tratándose de cálculos estimativos de conformidad a pautas ciertas, quien intente recurrirlas con éxito debe, ineludiblemente, demostrar precisamente cuál es el error en que se incurrió y como debió ser el cálculo correcto para patentizar cuál es el concreto perjuicio que le causa al recurrente, que no puede ser otro que la falta de ajuste al decisorio en que se basa el cálculo o la comisión de error matemático (ver, *v. gr.*, Juris. Agrup. en Rev. La Ley del 19/4/2000, pág.15, fallo 14.970). La insuficiencia de las quejas en tal aspecto es notoria, máxime cuando de conformidad a la legislación aplicable por el art. 7 CCyC en cuanto al punto exige tomar en consideración lo dispuesto por el art. 1746 que no es mas que la aplicación

de la doctrina que venía imponiéndose en doctrina y jurisprudencia superando las primeras dudas que planteo la CSJN en cuanto a la utilización de formulas matemáticas o financieras, de allí que al habérsela formulado sobre datos ciertos que emergen claramente y sin discusión de la causa no merece reproche alguno. Menos aún con la estimación del daño moral en la medida que tan solo se manifiesta la mera discrepancia con lo estimado.

Es criterio sólido e inmodificable en la materia la aplicación de la tasa de interés activa para préstamos personales, en el caso y de conformidad con las pautas que nos marca nuestro máximo tribunal provincial, tal como bien se señala en el voto anterior, y la legislación vigente, del Bco. del Chubut SA, dejando en claro que el resarcimiento por gastos para tratamiento psiquiátrico no devengará intereses, sino desde la fecha del fallo.

Las costas de ambas instancias se imponen a las vencidas y se difiere la regulación de honorarios de ambas instancias (art. 282 CPr/DJ) al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15. Se tienen en cuenta las reservas formuladas del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por M. Argentina ART S.A.

2) Hacer lugar, parcialmente, al recurso de apelación interpuesto por la empleadora.

3) Revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 1055/1086, únicamente en cuanto a la tasa de interés y fecha de cómputo de las partidas correspondientes a gastos futuros, conforme lo señalado en los considerandos respectivos.

4) Costas de esta instancia a las codemandadas.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. M. R. C. en el treinta por ciento (30%), al Dr. J. M. R. en el veinticinco por ciento (25%) y a la Dra. C. S. en el veintisiete por ciento (27%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Tener presente el mantenimiento del caso federal efectuado, a fs. 1115, por M. Argentina ART SA y a fs. 1102/vta. por la S. A. I. y E. de la P. (SAIEP).

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara