En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C. V., M. c/ P. A. S.A. Y OTRA s/ Accidente de trabajo (acción civil)" (Expte. Nº 202 Año 2016)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 50/11), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA**; ¿Son justos los honorarios regulados al Cuerpo Médico Forense, al Perito Contador, al Perito Técnico y al letrado apoderado de la parte actora? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 839.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 de la Circunscripción local dictó sentencia a fs. 758/772 de los presentes actuados, la cual fue oportunamente apelada a fs. 775 por la empresa empleadora, a fs. 778 por la ART y ésta también apeló a fs. 779 los honorarios regulados al Cuerpo Médico Forense, al Perito Contador, al Perito Técnico y al letrado apoderado de la parte actora, por considerarlos "altos". Todos los recursos fueron concedidos a fs. 776 y 780. Expresó agravios la ART a fs. 781/789 vta., haciéndolo la empleadora a fs. 790/804 vta. Los traslados conferidos de ambos fundamentos fueron contestados por la parte actora a fs. 808/815 y 816/822 vta. respectivamente.

2 – <u>Sentencia</u>

La sentencia dictada en la instancia originaria declaró la inconstitucionalidad de los arts. 39 1° y 2° párrafos, 14 inc. 2° b), 21, 22, 46 y concs. de la LRT e hizo lugar a la demanda condenando a P. A. S.A. y en forma concurrente a M. A. ART S.A. a abonar a M. C. V., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 400.000.- más intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales a partir de la primera manifestación invalidante (12/05/09) hasta el efectivo pago; impuso las costas a la empleadora demandada y a la ART en forma concurrente y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

En lo que toca esencialmente a la inconstitucionalidad declarada del Art. 39 de la LRT, tuvo en cuenta la a quo -además de la reiterada jurisprudencia coincidente sobre el tema- que dicha norma viola los derechos protegidos por los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la C.N. así como disposiciones de diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional, en tanto impide a los trabajadores obtener una reparación civil basada en la culpa y/o en el vicio o riesgo de la cosa. Ha dicho que ese desigual tratamiento vulnera el orden constitucional y es claro que el trabajador queda en una situación más desfavorable que cualquier otro afectado.

Conforme su reiterada y uniforme postura sobre la cuestión y la jurisprudencia también vigente sobre el tema, declaró las restantes inconstitucionalidades.

Luego trató las excepciones de “incompetencia”, “falta de legitimación pasiva” y “cosa juzgada” interpuestas por P. A. S.A., rechazándolas y dictó igual resolución con relación a la excepción de “falta de acción” interpuesta por la ART codemandada, teniendo en cuenta fundamentalmente el caso *“Torrillo”* sentenciado por la CSJN.

En lo que hace al reclamo del actor y a la responsabilidad de la empleadora, tuvo en cuenta que el mismo se basa en una enfermedad profesional relacionada con la repetición continua de tareas de esfuerzo y destacó que el actor afirmó que sus tareas, que le produjeron la lesión, consistieron en alzar cajones con materia prima cuyo peso aproximado ronda los 25 kg. cada uno para luego depositarlos en una balanza situada a unos 80 cm. del suelo.

Valoró la prueba testimonial producida en autos, la pericia técnica que le proporcionó -según dice en su decisión- datos relevantes, la prueba pericial médica y lo dispuesto por la Tabla N° 3 de la Res. N° 295/03 que establece el límite máximo para peso para levantamientos en 14 kg. con tareas de más de dos horas al día (en el caso, el actor trabajaba 8 horas por día).

Conforme los informes técnico y médico, con más los testimonios, formó convicción la sentenciante respecto de la relación de causalidad entre la enfermedad profesional padecida por el actor y el accionar irresponsable de la empresa que obligaba a los trabajadores a trabajar con cajones cuyo peso superaba el máximo legal permitido y en posiciones forzadas. El procedimiento descripto -dice la sentencia- debe ser calificado de riesgoso y apto para provocar el daño sufrido por el trabajador, por lo que entendió que la enfermedad profesional del actor guarda relación de causalidad directa con un factor objetivo de imputabilidad atribuible a P. A. S.A. en su doble carácter de empleadora y generadora por

omisión del riesgo dada la falta de control de las condiciones de seguridad en que se prestaban las tareas dentro de su predio y, además por resultar beneficiaria de la actividad que lo generó.

En lo que hace a la responsabilidad de la ART, tuvo esencialmente en cuenta lo resuelto oportunamente por la CSJN en el caso *"Torrillo"* y por el STJCH en los casos *"C."* y *"Casas"*. Destacó que la defensa de la ART se basó en que el deber de seguridad e higiene es carga del empleador y que el deber de la ART es una obligación de medios y no de resultados pues carece de poder de policía; evaluó que la ART recién en el año 2009 le exigió a la empresa que presente un estudio ergonómico de movimientos de cargas y solamente se limitó a señalar "incumplido" sin haber

demostrado que haya cumplimentado su obligación legal de dar a viso a la S.R.T.; que las ART son especialistas en seguridad; que deben prevenir los incumplimientos; que no acreditó que el actor hubiese sido interiorizado y/o menos aun capacitado por la ART sobre los riesgos de las tareas ni que la ART haya realizado recomendaciones de seguridad a la empleadora sobre las tareas y que esos incumplimientos tuvieron directa vinculación con la enfermedad profesional sufrida por el actor. Por todo ello, tuvo como responsable concurrente a la ART (conf. art. 1074 C.Civil).

En cuanto a la valuación de los daños, fijó la indemnización por daño material y lucro cesante en la suma de $ 330.000.- y por el daño moral en $ 70.000.-

3 – <u>Agravios de M. A. ART S.A</u>.

3.1) Agravia a la ART la declaración de inconstitucionalidad del Art. 39 primer párrafo de la LRT. Expresa que teniendo en cuenta la fecha del accidente objeto de autos, resulta de aplicación el régimen de la

Ley 24.557 y que el reclamo debió resolverse a la luz de dicha normativa. Sostiene que la declaración de inconstitucionalidad es la *última ratio* del ordenamiento jurídico y que una ley puede ser defectuosa, imprudente, inadecuada o

torpe, pero no por ello ser inconstitucional. Insiste en que de las constancias de autos no surgen elementos de prueba que habiliten concluir que, en el caso concreto, se vulneren derecho del actor que ameriten la declaración de inconstitucionalidad y refiere que el actor se sometió en forma libre y

voluntaria a los organismos administrativos de la LRT y prestó

conformidad con sus resultados, pero luego recurre al sistema judicial buscando una reparación integral, lo cual resulta contradictorio con su conducta anterior.

3.2) El segundo agravio plantea la imposibilidad de responsabilizar a la ART por las normas del Código Civil, más allá de las normas de la LRT y

que ello no ha sido analizado por la sentencia en crisis. Esgrime que es obligación exclusiva del empleador observar las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo y que su parte jamás puede ser responsabilizada en exceso de las prestaciones previstas por la Ley 24.557 y ello es así aun en el caso que el siniestro se haya producido por incumplimiento del empleador o de su parte. Reitera que M. ha cumplido con las prestaciones a las que se encuentra obligada conforme la ley vigente y que el incumplimiento del empleador jamás podría generar responsabilidad en cabeza de la aseguradora que no tiene a su cargo el cumplimiento de la normativa ni tiene el poder de policía para obligar a su cumplimiento.

Dice que su parte ha efectuado abundantes visitas, recomendaciones y capacitaciones, que no existe fundamento para condenarla civilmente dado

que ha cumplido con las obligaciones legales y que quien quiera responsabilizarla extracontractualmente deberá probar que actuó con dolo y su parte no actuó dolosamente dado que -reitera- cumplió con las obligaciones legales a su cargo.

Sostiene que la alegada omisión no tiene relevancia causal para imputarle responsabilidad a su parte, que las ART no tienen a su cargo un deber de seguridad y que es el empleador quien debe cumplir con las normas de seguridad e higiene.

Plantea que no hay relación causal entre la omisión imputada y el accidente sufrido por el actor y que la sentencia no ha profundizado en forma suficiente la relación de causalidad entre el incumplimiento legal y el daño sufrido. Sostiene que la relación de causalidad es inexistente.

3.3) Agravia a la ART el monto indemnizatorio fijado en la sentencia en crisis y considera al mismo como excesivo e irrazonable. Esgrime que el importe fijado configura un enriquecimiento contrario a derecho. Dice que la a quo ni siquiera detalla el cálculo por el cual arriba a la exorbitante condena recaída en autos y que no da una sola pauta para poder valorar su decisión. Reitera que la indemnización otorgada al damnificado no puede constituirse en un enriquecimiento sin causa para el mismo y que el fallo ha incurrido en un absurdo.

3.4) Se agravia la recurrente por la imposición de intereses. Plantea que no corresponde tal condena en razón de haber cumplido su parte con las obligaciones legales a su cargo y de allí que no exista mora. Culmina haciendo el planteo del Caso Federal.

4 – Tratamiento de los agravios de la ART

4.1 – Inconstitucionalidad del Art. 39.1 LRT

En relación con el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24.557, ya se ha dicho de manera reiterada que dicha disposición vulnera los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como disposiciones de diversos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), pues veda a los trabajadores el acceso a una reparación integral, lo cual obviamente implica una lesión a la garantía de la propiedad e impide ejercer el derecho de defensa en juicio y el de peticionar ante la justicia, derecho que asiste a los restantes ciudadanos, vale decir que por el solo hecho de poner su fuerza de trabajo a disposición de otro, el trabajador está impedido de reclamar ante los tribunales el resarcimiento que entiende justo cuando precisamente es con motivo o en ocasión del trabajo que ha sufrido daños en su salud física o psíquica. Este disímil tratamiento resulta contrario al orden constitucional, dado que la Carta Magna consagró el principio de igualdad de trato y enfáticamente dispuso que el trabajo debe gozar de la protección de las leyes, vale decir, que la legislación debe dar al trabajador un amparo por lo menos igual que el reconocido al común de los habitantes y en el caso, es claro, que por ser trabajador la víctima de un accidente, queda en una situación más desfavorable respecto de cualquier otro afectado, pues este último podrá peticionar ante la justicia la reparación integral de quien fue responsable del daño, ya sea por su culpa, dolo o bien por su responsabilidad objetiva, mientras que aquél está constreñido a percibir las prestaciones establecidas por la ley impugnada, que son a todas luces insuficientes, pues no tienen ninguna relación con el fin reparatorio, ni cubren tampoco todas la hipótesis de daños posibles y para más, exime a los empleadores de toda

responsabilidad civil -salvo el supuesto de que hubiere existido dolo de parte de éstos- y, de existir alguna diferencia, deberá seguir los trámites instituidos por la Ley 24.557 que culmina con la intervención de las comisiones médicas que son organismos administrativos. Por otra parte, no puede soslayarse que dicha ley, por la insuficiencia de las prestaciones que establece, también colisiona con el mandato constitucional que dispone que la seguridad social debe tener carácter integral (conf. art. 14 bis.) (conf. CNTrab., Sala III, 26/05/2010, LL Online: AR/JUR/24181/2010; ídem, 10/10/01, SD N° 82.786; ídem, SD N° 87.133, 26/09/05; ídem, SD N° 89.239, 19/11/07; ídem, SD N° 89.181, 31/10/07; ídem, SD N° 90.316, 31/10/08; entre muchas otras).

Este criterio ha sido ratificado por la Corte Suprema de la Nación, al decidir los autos: "Aquino, I. c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", del 21/09/04 (publicado en el Suplemento Especial del diario La Ley del 27/09/04).

De los agravios vertidos en este punto por la impugnante, ninguno de ellos logran conmover los reiterados y uniformes postulados sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión que han declarado los tribunales de las distintas jurisdicciones del país siguiendo la línea claramente marcada por nuestro Máximo Tribunal, según lo he señalado supra.

En consecuencia, propicio que en este caso se ratifique la declaración de inconstitucionalidad que contiene la sentencia en crisis, rechazándose el agravio en análisis.

4.2 – Responsabilidad de la ART conforme el C.Civil

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se habían distinguido tres posturas muy claras con respecto a si entablada la acción civil por un accidente de trabajo, la ART debía responder también civilmente y, en su caso, en qué términos. Las resumo: a) una postura, admitía la responsabilidad civil extracontractual subjetiva de las ART frente al trabajador en virtud de lo dispuesto por el art. 1074 del Código Civil, en tanto y en cuanto existiera un nexo de causalidad entre las omisiones o incumplimientos de las ART y los daños sufridos por la víctima; b) otra posición, limitaba los alcances de la responsabilidad de la ART a lo establecido en el contrato de afiliación; y c) la tercera, negaba la posible existencia de supuestos que permitieran responsabilizar por la vía civil a la ART, en una acción por daños y perjuicios iniciada por el dañado.

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). Esta postura ha sido también la que sostiene nuestro STJCH a partir del caso *"C."* (Sent. 13/11/12, Reg. N° 11/SER/2012).

En razón de lo expuesto, el agravio no es admisible.

4.3 – <u>Responsabilidad de la ART conforme Art. 1074 C.Civil – La relación de causalidad</u>

A) La queja esgrime que su parte ha efectuado abundantes visitas, recomendaciones y capacitaciones y de allí que haya cumplido con las obligaciones a su cargo. En modo alguno estas afirmaciones logran desvirtuar las conclusiones de la a quo sobre la responsabilidad que le ha atribuido a la ART en el caso. Tampoco demuestra la quejosa la relevancia e importancia que han tenido tales visitas, recomendaciones y capacitaciones en tránsito a evitar o, al menos, tratar de evitar el infortunio base del reclamo y de allí la insuficiencia del planteo.

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 *"C."* (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 *"C."* 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), entre otros.

B) Los incumplimientos en que incurriera la empleadora con respecto a sus obligaciones específicas en el tema en tratamiento han sido destacadas por la a quo en su decisión. Veamos ahora cuál ha sido la postura asumida frente a ellos por la ART codemandada en autos.

La sentencia ha dicho claramente que *"…La defensa de la ART en el presente caso, más allá de la falta de legitimación con base en el art. 39 LRT-el cual ut supra he declarado inconstitucional-, tiene su base en que el deber de seguridad e higiene es carga del empleador y que el deber de la ART es una obligación de medios y no de resultados pues carece de poder de policía. Lo cierto es que la ART se limitó a esbozar las reseñadas defensas y a negar los hechos afirmados en la demanda, pero, en relación a la materia, recién en el año 2009 le exige a la empresa que presente un estudio ergonómico de movimientos de cargas (vide fs. 37 y 38 de la documental reservada a fs. 337) y sólo se limita a señalar "incumplido" sin haber acercado documentación que demuestre que haya cumplimentado con su obligación legal de dar aviso a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo…"* (fs. 769/y vta.). 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 *"C."* 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 el 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 *"C."*. 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 *"C."*, 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 fue clara al responder el punto de pericia "iv)" de la empleadora con respecto a los orígenes de la lesión padecida por el actor y si puede considerarse que las lesiones son consecuencia de la actividad que realizaba el mismo. El experto dicho que *"…su origen puede ser por microtraumatismos permanentes, lo cual configuraría una enfermedad profesional no listada…, teniendo como factor causal directo, súbito y violento, el traumatismo descripto en el momento del accidente…"* (fs. 668).

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 *"C."* 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 el actor (STJCH, caso *"C."* 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 *"C."* 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 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.

4.4 – <u>El monto de la indemnización</u>

Adelanto mi opinión en cuanto a que si la quejosa pretendió con su fundamentación demostrar a esta Alzada la improcedencia del monto indemnizatorio fijado en la sentencia por *"excesivo e irrazonable"* -como afirma en su queja- lejos ha estado de lograr su cometido.

Tal como lo expresara al votar 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 o *"absurdo"*, 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.

Estamos sólo ante una clara disconformidad con el importe sentenciado pero no ante un agravio concreto y preciso con cabal demostración del error cometido por la sentenciante al fijar la indemnización por reparación del daño material y moral. La improcedencia del planteo es manifiesta. Es de toda evidencia que el 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. Debe repararse que la segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción. Es, como norma, dependiente de lo actuado en la instancia inicial, y es revisión de su sentencia, síntesis o conclusión, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo: la crítica de los agravios que de la misma resulten. De allí que, si -tal como aquí ocurre- faltan esas argumentaciones, carece el tribunal de alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos de la a quo con los que, de contrario, aduce la parte que se considere afectada y ello, precisamente, constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional.

Adviértase que la apelante afirma que la sentenciante *"…no da una sola pauta que pueda valorar mi mandante… lo cual afecta el derecho constitucional de mi mandante de defensa en juicio…"* (fs. 788). Debió aclarar qué debe interpretarse o qué sería una *"pauta"* para que su parte valorara y, además, debió precisar la razón que lo conduce a afirmar que se afectó su derecho constitucional de defensa en juicio. No lo ha hecho. Por lo tanto, lo que se encuentra en estos fundamentos es sólo "discrepancia".

Insisto en que debió demostrar el agravio porqué razón la suma condenada es excesiva y en modo alguno constituye una "demostración" de ello los términos empleados en su presentación bajo análisis.

En su escrito el apelante debió examinar los fundamentos de 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).

Es que los agravios expuestos por todo recurrente deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica. Tal suficiencia se relaciona a su vez con una necesidad de articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores de la sentencia en la cuestión específica que estoy aquí considerando, no pudiendo considerarse agravios en los términos que las normas específicas exigen, las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, el mero descuerdo con lo resuelto o simples consideraciones subjetivas y disgresiones inconducentes o que carezcan del debido sustento jurídico.

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.

Es evidente el déficit de la cuestión en análisis que ha planteado la recurrente como agravio dado que en la presentación sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas y disconformismo con el monto acordado, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por la juzgadora (conf. CNCiv., Sala A, 08/08/75, LL 1976-D, 668, sum. 2260).

He dicho también ante casos similares que no cabe confundir sustancia crítica -que constituye el dato intelectual computado por el art. 268 del ritual,

para aceptar como idóneo un escrito- con *extensión* -que constituye un dato cuantitativo y extrínseco- y que suele desviar el cometido de la expresión de agravios, desde que no es la extensión desmedida del escrito de expresión de agravios lo que demuestra el acierto de la posición jurídica asumida por el apelante (conf. CNCom., Sala D, 24/04/84, La Ley 1985-A, 309; DJ 1984, 4, pág. 117; CNCiv., Sala C, 06/05/75, ED 67-206; La Ley 1976A, 507, sum. 1671). Consecuentemente, para considerar bastante al escrito en cuestión, no debe tomarse en cuenta su latitud o extensión, sino verificar si cumple con el cometido de criticar el fallo en forma concreta y razonada. De nada vale que sea extensa si en ella campean la imprecisión y la vaguedad (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala VI, 10/08/76, BCNECyC, 626 N°
8676).

La conclusión de lo expuesto es que he de proponer al Acuerdo se declare "desierto" el punto del agravio en tratamiento (conf. arts. 268, 269 CPCC).

4.5 – <u>La condena al pago de intereses</u>

Teniendo en cuenta las razones invocadas en la queja por las cuales no debería la recurrente pagar intereses conforme ha sido condenada y lo propuesto al tratar los puntos anteriores de sus fundamentos recursivos, el tratamiento de esta queja ha devenido abstracta.

5 – <u>Conclusión</u>

Teniendo en cuenta que los agravios constituyen el alcance y medida del recurso concedido a la ART codemandada en autos y que los vertidos no logran hacer mella en la decisión de primera instancia, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia del recurso interpuesto.

Es mi voto.

6 – <u>Agravios de P. A. S.A.</u>

6.1) Agravia a la recurrente la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24.557 y aduce que la sentencia no muestra una fundamentación correcta para tal declaración. Esgrime que la contraria aceptó todas las prestaciones otorgadas por la ART y consintió la vía recursiva prevista en la misma ley contra las resoluciones de la C.M.Central. Expresa que la sentencia carece de fundamentación y que la CSJN ha dicho reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser
considerada como la última *ratio* del orden jurídico. Expresa que no está de acuerdo con la a quo al considerar injusto o desfavorable el sistema de la LRT y que la supuesta "situación más desfavorable" no es más que una presunción sin fundamentos de la magistrada, ya que es evidente que el sistema de la LRT está direccionado en privilegiar a los trabajadores con un régimen diferente que implica otro tipo de protección. Menciona el caso *"Gorosito"* sentenciado por la CSJN y refiere que ésta ha sostenido la constitucionalidad del art. 39 LRT.

Plantea que la LRT no puede ser declarada inconstitucional en abstracto y que para que el Juzgador pueda apartarse de ella tiene que demostrar en el caso concreto que sus prestaciones e indemnizaciones son insuficientes y causan menoscabo a los derechos constitucionales del trabajador y ello es lo que ha omitido en el caso de autos la sentencia en crisis. Reitera que se debe demostrar en cada caso concreto que las prestaciones establecidas en la ART son insuficientes para reparar los daños ocasionados y ello no fue acreditado en autos.

6.2) Agravia a la recurrente la responsabilidad que le ha imputado la resolución de grado en el accidente sufrido por el actor. Refiere que el

fundamento de su responsabilidad se ha encontrado tanto en su -supuesta- falta de controles en la realización de las tareas de procesamiento y traslado del pescado como en el beneficio económico derivado de dicha actividad. Y continúa diciendo: *"…Disiente mi mandante con tal conclusión…"* (conf. fs. 797

vta.).

Dentro de este punto hace referencia a la "enfermedad profesional" y dice que la pericia médica no puede ser el único fundamento para la magistrado sostener de manera concluyente que es una enfermedad profesional

causada por la relación laboral cuando de toda la documentación aportada y la prueba informativa realizada surge lo contrario.

Luego hace referencia a la prueba "testimonial" producida en autos a la valoración de la misma por la a quo y a la valoración que ha hecho del resto de las probanzas del proceso. Considera, por ejemplo, inconducente que la sentencia se haya apoyado en las declaraciones de los testigos y en la pericia técnica. En el caso de esta última probanza esgrime que no puede tomarse como una prueba fehaciente y concluyente una pericia en la cual el perito no constató el funcionamiento de la planta y que es imposible que el perito haya realizado un detalle y análisis objetivo de la operatoria y las normas de seguridad requeridas en el proceso de producción. Insiste en que este dictamen pericial no tomó en cuenta la cantidad de operarios que trabajaban en el sector donde lo hacía el actor.

Expresa que su parte dictó cursos y capacitaciones a sus trabajadores en variados temas con fecha 29 y 30 de Septiembre de 2008 con asistencia del actor conforme lo acreditara con la documental acompañada.

Plantea que no ha existido una relación causal adecuada y reitera que el actor firmó la asistencia a un curso especialmente destinado a prevenir el accidente objeto de los presentes autos.

Luego apunta la queja a la conducta del actor y dice que la sentencia no ha ponderado la responsabilidad que el mismo tuvo en el accidente en razón de haber trabajado de manera incorrecta y lesiva a su propio cuerpo. Concretamente invoca la "culpa de la víctima" como eximente de la responsabilidad de su parte.

6.3) La queja plantea que la sentencia no respetó al principio de congruencia. Remarca que el actor ponderó una incapacidad del 37,1% de la T.O. y justipreció la indemnización en $ 130.876,92.- por daño físico y $ 26.000.- por daño moral; agregando en su libelo inicial la fórmula "…o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos". A su vez, sigue diciendo, la sentencia determinó una indemnización de $ 330.000.- por daño material con una incapacidad del 18,5% y $ 70.000.- por daño moral. Expresa que la sentencia ha justipreciado los daños reclamados con parámetros mayores a los ponderados y cuantificados por la misma actora. Es por ello que -según la queja- la sentencia ha condenado a su parte *"extra petita"* porque con una incapacidad menor ha fijado un monto indemnizatorio superior al reclamado.

6.4) Se agravia también por la incapacidad médica determinada sobre el actor (18,5%), en tanto la sentencia no ha considerado las impugnaciones y/u objeciones que su parte presentó oportunamente. Realiza una especie de impugnación sobre algunos puntos del dictamen pericial médico y que la a quo se basó en dicho dictamen ignorando otros medios de prueba existentes en autos y no tuvo en cuenta las expresiones dubitativas del perito médico, que concluyen en falta de claridad y veracidad de la prueba producida. En

general lo agravia que la sentencia en crisis le haya otorgado valor probatorio a la pericia médica practicada en autos.

6.5) Agravia a la recurrente que la sentencia no haya resuelto descontar en la etapa de ejecución de sentencia las sumas que el actor haya percibido a raíz del sistema de riesgos del trabajo. Pide se evoque la sentencia dando oportunidad a la ART en la etapa oportuna, se le abone al actor el monto de condena menos las prestaciones dinerarias que haya percibido de parte de la aseguradora.

6.6) Se agravia porque la sentencia no condenó a la ART a abonar en forma exclusiva y previa a la liquidación de la sentencia, la diferencia entre el monto abonado al actor como consecuencia de la determinación de las Comisiones Médicas intervinientes y el que corresponda de acuerdo a la incapacidad determinada. Pide se revoque la sentencia y se condene a la aseguradora en forma exclusiva a abonar al actor de acuerdo a los parámetros de la LRT la diferencia en cuestión.

6.7) Se agravia porque la sentencia no ha considerado lo solicitado en cuanto a la aplicación de la Ley 24.432. Sostiene que se debe aplicar la referida ley, que modificara el art. 505 del anterior Cód. Civil, sea prorrateando los honorarios que se regulen a los abogados de la contraparte y peritos actuantes, se adecuándolos directamente en el momento del acto regulatorio al tope máximo legal. Expresa que la sentenciante al regular los honorarios ha superado el tope máximo del 25% sobre el monto de la sentencia por lo que se debe revocar la misma y regular conforme a derecho.

7 – <u>Tratamiento de los agravios de P. A. S.A</u>.

7.1 - <u>Inconstitucionalidad Art. 39 LRT – Necesidad de demostrar</u>

insuficiencia de las prestaciones

A) En razón de su extensión y las innumerables reiteraciones, resulta necesario -para su tratamiento- dividir la queja en dos cuestiones: **a)** la inconstitucionalidad y **b)** la necesidad de demostrar en cada caso que las prestaciones establecidas en la LRT son insuficientes para reparar los daños ocasionados.

Sobre la inconstitucionalidad del Art. 39 LRT me he expedido precedentemente en el punto **"4.1"** de este voto, lo cual da la debida respuesta aquí a la queja en razón de tratarse del mismo agravio que esgrimiera la ART codemandada en autos. Por lo tanto, por elementales razones de brevedad y de evitar reiteraciones innecesarias, corresponde remitirme a lo allí expresado, lo cual constituye el fundamento que da sustento al rechazo de la parte de la queja aquí considerada.

B) Cabe referirme ahora al otro punto de la pretensión de la agraviada. 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. Conforme expusiera al votar ante un planteo similar, no le asiste razón a la recurrente dado que no es necesario el cumplimiento del recaudo previo que pregona.

Si la ART o la empleadora 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, itis.. 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: *"C., L. c/ I. SRL y Otro s/ Accidente"*, Reg. N° 28/SRE/2013).

Sin dudas existe la posibilidad de condenar civilmente al empleador respecto de los daños laborales, siempre que se demuestre que existió un nexo de causalidad adecuado entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento defectuoso de su parte a sus deberes legales. Por lo tanto, para juzgar en un caso concreto si un empleador puede ser civilmente responsabilizado por un siniestro laboral, corresponde examinar en la litis si se logró probar el actuar omisivo del mismo y, en su caso, preguntarse si habría ocurrido igual, aunque hubiese cumplido con sus obligaciones. Lo expuesto conduce inevitablemente al rechazo de la queja también en este punto.

7.2 – <u>La responsabilidad atribuida en la sentencia</u>

A) He transcripto supra una expresión esencial que contiene la queja al agraviarse por la responsabilidad que le ha atribuido la sentencia en crisis, me refiero a cuando dice: *"…Disiente mi mandante con tal conclusión…"* (fs. 797 vta.). Estas simples palabras hacen caer toda la estructura de la queja y ello se debe a que "disentir" no es "agraviarse". Sabido es que exhibir o expresar una postura personal distinta de la conclusión de la a quo en modo alguno constituye un agravio digno de análisis (arg. art. 268 CPCC), como tampoco lo es la exteriorización de disconformidad con el fallo dictado por la sentenciante y/o discrepar con lo resuelto. Esto es lo que surge de la queja en esta primera parte y de allí su insuficiencia como fundamentación

recursiva apta para torcer la solución final que ha sido plasmada en la sentencia recurrida.

B) La queja vierte también un ataque a la valoración de la prueba realizada por la a quo y, en especial, a la valoración de los testimonios producidos en autos. Anticipo que ello no alcanza para descalificar el sustento de la

sentencia de la Inferior.

De la valoración que ha hecho la Magistrada a quo sobre las pruebas de autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

Ha dicho este Cuerpo reiteradamente que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de

seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

Con respecto a la prueba "Testimonial", expresamente referida en la queja, es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios-—entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor

rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Analizando las declaraciones testimoniales referidas expresamente por la a quo en su decisión, surge que las mismas han sido coincidentes y relevantes a los fines de los hechos a acreditar en el proceso y en modo alguno se advierte que surja de ellas falsedad o animosidad en perjudicar a la demandada. Sus respuestas han sido fundamentadas y referidas a hechos de los que tuvieron conocimiento directo.

Ahora bien, luego de lo analizado, tengo en cuenta que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de estos testigos por la vía pertinente. O sea, no advierto que con relación a la producción de los referidos testimonios se haya desplegado de parte de la apelante alguna actividad encaminada a disminuir los efectos del valor probatorio de los mismos sobre los hechos que declararan en el proceso. En efecto, el art. 34 de la ley del fuero admite la "tacha" de los testigos por motivos fundados en inhabilidad y/o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, inclusive la norma del art. 460 del ritual también permite que las partes aleguen y prueban acerca de la idoneidad de los testigos. A través de la norma procesal en análisis las partes se hallan autorizadas para "alegar y probar" dentro del plazo de prueba, acerca de la idoneidad de los testigos, esto es, a impugnar en forma directa o inmediata el testimonio, a atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado, mediante la cual se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria que constituye en realidad una censura y tiene el significado de no referirse a los requisitos, sino a los efectos del testimonio. Debe acudirse a tal procedimiento para destruir la presunción

de verdad que por vía de principio goza el testimonio (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. A-38.283, reg. sent. 223/84).

Deviene así en el interés del propio justiciable, a la par que satisface la observancia de colaboración con el órgano jurisdiccional, utilizar el instrumental técnico que brinda el artículo 460 del ordenamiento procesal y el art. 34 de la ley del fuero.

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio que -conforme lo vengo diciendo aquí- es el juzgador quien se encuentra facultado para tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia. En definitiva, al juez corresponde en ocasión de pronunciar la sentencia de mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Y, en el caso en tratamiento, no advierto fundamentos sólidos que conduzcan a desvirtuar los testimonios que han arrimado probanzas relativas a la naturaleza de la relación

existente entre la actora y la empresa demandada.

C) Critica también la recurrente los términos y conclusiones que surgen de la prueba "Pericial" producida en autos (en especial la Médica y Técnica) e intenta impugnar las mismas por vía de sus agravios.

Teniendo en cuenta que la sentencia se basó en las conclusiones de la prueba pericial Médica y Técnica y que éstas no fueron objeto de observación alguna por parte de la recurrente en la estación procesal pertinente, deviene claramente improcedente esgrimir una queja al respecto recién al expresar agravios mostrando su disconformidad con el contenido y resultado de las mismas.

Por lo demás, es muy claro que cuando el fundamento de la queja constituye una crítica contra la resolución que está basada en lo

dictaminado por la pericia practicada en autos que el agraviado no observó ni impugnó y que, por lo tanto, consintió, no hay agravio contra la sentencia susceptible de ser estimado (conf. CNFed.Civ.Com., Sala III, 16/06/81, ED, 95-300; esta Cámara in re *"Rodríguez Zeballos A. c/ Meibar SRL s/ Cobro de Pesos"*, 21/05/2013, Reg. SD 31/13, entre otras).

En este sentido, las decisiones jurisprudenciales son uniformes al decidir que si agregada la pericia a las actuaciones no merece impugnación de las partes ni pedido de explicación como el rito concede (art. 473 CPC Pcia. Bs.As. – 477 CPCC Chubut), resulta improcedente y extemporánea la discrepancia en sede de agravios, ya que aquella oportunidad no es recuperable, pues implicaría una tardía verificación probatoria en etapa ya clausurada, instalando una peculiar situación en la que ya no se podría oír al experto (conf. C.C.C.1a.Quilmes, 12796, RSD-12-11, S 09/03/2011; ídem, 12607, RSD-90-10, S 23/12/2010; ídem, 11469, RSD-56-9, S 07/07/2009; ídem, 10883, RSD-41-8, S 22/07/2008; ídem, 9441, RSD-23-7, S 18/04/2007; ídem, 9387, RSD-96-6, S 30/11/2006; ídem, 9068, RSD-78-6, S 26/10/2006; ídem, 8203, RSD-108-5, S 03/11/2005; ídem, 7458, RSD-118-4, S 04/11/2004; ídem, 6213, RSI-130-3 I, 06/06/2003; ídem, 4990, RSD-36-2 ,S 19/06/2002; ídem,

4238, RSD-74-1, S 17/08/2001; ídem, 2815, RSD-13-00, S 16/02/2000; ídem, 2303, RSD-20-99, S 05/04/1999; ídem, 1327, RSD-4-98, S 05/03/1998; JUBA B2900595; Cám 1a.Civ.Com.San Nicolás, 05/10/2010, Reg. 129-10; ídem, 16/04/09, Reg. 32-9; JUBA B858434).

En el caso, tanto la pericia Médica como la Técnica fueron oportunamente incorporadas a estas actuaciones sin que las mismas fueran objeto de pedido de explicaciones a los expertos o de impugnación por parte de la recurrente (art. 477 C.P.C.C.), es por ello que han devenido claramente improcedentes

los cuestionamientos planteados a su respecto por ella en la sede de agravios. Y ello es así porque pasó la oportunidad procesal de realizarlo, siendo imposible volver atrás, no se puede remontar "in extremis", toda vez que implicaría una tardía verificación probatoria en una etapa precluida, generando argumentos a esta altura novedosos al no haber sido considerados en la anterior instancia por el juzgador (art. 280 CPCC).

Es que la ausencia de una oportuna protesta ante el dictamen pericial producido en autos -tal lo que aquí ha ocurrido- permite sentar que si la pericia no fue objeto de observación ni de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales que se vuelquen por el apelante en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 477 del ritual, a las conclusiones que llegó el experto, si no juegan elementos eficaces de convicción que autoricen a apartarse de ellas, lo cual aquí no se ha demostrado.

La apelante no formuló objeciones a las conclusiones de los expertos cuando tuvo la oportunidad procesal para hacerlo, dejándolas consentir. Por lo tanto, los agravios que ahora expresa, son meras afirmaciones dogmáticas sin fundamento fáctico ni jurídico. Sus meras impugnaciones a lo que surge de las pericias y a sus conclusiones, resultan extemporáneas.

D) También se objeta en la presentación que la a quo le haya otorgado validez a los referidos dictámenes periciales.

Ante las claras y terminantes conclusiones de los expertos, no advierto que existan razones fundadas que aconsejen dejarlas de lado o apartarse de ellas. Nada se ha demostrado en autos que amerite tal determinación. Ante la problemática que aquí se ha presentado 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.

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. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir solamente a sus

conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, T. II, pág. 1357, Ed. Abeledo Perrot).

En razón de los fundamentos expuestos, las quejas sobre este punto tampoco resultan admisibles.

E) Tampoco tiene peso en favor de la quejosa la invocación de haberse dictado en la empresa cursos y capacitaciones los días 29 y 30/09/08 de la que participara el actor conforme lo acreditara con prueba documental que ni siquiera individualiza. A mayor abundamiento, aun cuando así hubiese ocurrido, en modo alguno ello implica una causal para eximir de responsabilidad a la empleadora dado que en ningún momento acreditó

que ellos constituyeron medidas aptas y suficientes para prevenir y/o evitar la producción de accidentes o enfermedades laborales. Advierto que se trataron de dos cursos de una hora cada uno, según informa el dictamen pericial contable. Por otra parte, de la referida pericia solamente surge el dictado de dos cursos *"a sus dependientes"*, no encontrándose probada la concurrencia del actor a los mismos.

F) Finalmente, la queja intenta responsabilizar al actor por las consecuencias dañosas que sufriera y ello lo basa en la existencia de "culpa de la víctima"; o sea, esgrime que fue el actor quien causó su propio daño y de allí que no haya responsabilidad del empleador. Esta cuestión no fue sometida al tratamiento y consideración de la a quo dado que no fue esgrimido como defensa en la contestación de la demanda. Por lo tanto, no

corresponde que esta Alzada lo trate (arg. art. 280 CPCC).

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

La queja tilda de incongruente a la sentencia en el punto relativo al monto de la condena dado que fijó un importe superior al reclamado en la demanda. Se esgrime que el actor ponderó una incapacidad, justipreciando una suma indemnizatoria y agregando otro importe por daño moral, agregando: *"…o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos…"*. No admitiré la queja.

No se controvierte que, sin infracción al principio de congruencia, puede condenarse al pago de un monto mayor que el peticionado, cuando la valuación suministrada por el actor fue interina o supeditada a las resultas de la prueba (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Resarcimiento de Daños", N° 3, pág. 265, Ed. Hammurabi).

En tal sentido se ha pronunciado pacíficamente nuestra jurisprudencia: *"En los juicios derivados de hechos ilícitos, es pertinente la elevación de la condena a un monto que sobrepase el solicitado en la demanda, si en ella se dejó librado el pedido a lo que en más o menos resulte de la prueba a rendirse. La salvedad formulada en la demanda deja en claro que el actor no limitó sus pretensiones a la suma indicada en ese escrito, y su planteo es procesalmente correcto"* (CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 09/11/81, JA, 1983-I-69, 31.836-S).

"Si el actor reclamó en su demanda por daños y perjuicios una suma de dinero, haciendo la salvedad de la mayor cantidad que resultase de la prueba o de la desvalorización monetaria, no es lesiva de garantías constitucionales la sentencia que sobre la base de esa reserva acuerda una suma mayor que la pedida en el momento de iniciarse la acción" (CSJN, 30/11/66, LL, 125-91).

No asistiendo razón a la quejosa, corresponde el rechazo del agravio.

7.4 – <u>Impugnaciones a la pericia médica y valor probatorio de la misma</u>

No surge de autos que la recurrente haya impugnado la pericia médica presentada en autos. Por lo tanto, nada cabe de considerar al respecto.

Con respecto al intento de impugnar dicho dictamen en la etapa de la fundamentación recursiva y al hecho de haber la a quo otorgado valor probatorio al mismo, me remito a lo expuesto precedentemente sobre estas cuestiones en el punto **"7.2."** del presente.

7.5 – <u>Descuento de las sumas percibidas por el actor</u>

Lo que la recurrente expresa en su agravio como peticionado en la contestación de la demanda y no considerado por la sentencia, no es aceptable. Y no lo es porque lo que la empleadora ha dicho al contestar la demanda y con relación a la ART es lo siguiente: *"…solicito su citación en garantía a los fines que se le haga extensiva en forma solidaria la eventual sentencia condenatoria a recaer en autos o, subsidiariamente, que abone en virtud del régimen de riesgos de trabajo las sumas existentes como saldo entre lo que haya abonado por el dictamen emitido por la Comisión Médica N° 19 y los montos que surjan como consecuencia del baremo de incapacidad que otorgue la pericia médica a producir en autos…"* (fs. 116 vta.). Es claro que realizó una petición "en subsidio" para el caso de que la ART no fuera condenada solidariamente al pago del monto condenado. En autos, la sentencia condenó a la empleadora *"…y en forma concurrente a M. A. ART S.A. a abonar…"* (conf. fs. 771 vta.) el total del monto condenado más intereses. Por lo tanto, la petición "subsidiaria" que hiciera la recurrente al contestar la demanda perdió vigencia y carece de interés para la peticionante dado que la ART ha sido condenada en forma concurrente con la empleadora al pago total de la indemnización más intereses. En consecuencia, mal puede agraviarse alegando que la sentencia

no ha considerado su petición "subsidiaria". A todo evento, se trataría de una cuestión que sería de interés para la ART, pero que en modo alguno puede causar agravio a la aquí recurrente. La ausencia de agravio conduce a declarar desierto este punto del recurso (arts. 268, 269 CPCC).

7.6 – <u>Ausencia de condena a la ART al pago de la diferencia entre lo abonado y lo que corresponda</u>

En esta queja -tan vinculada con la anterior que se puede afirmar que es la misma- se incurre en el mismo error que dejara sentado en el tratamiento que he realizado en el punto anterior. En efecto, al contestar la demanda y dentro del mismo punto relativo a la "citación en garantía" la recurrente dijo: *"…Subsidiariamente, en el hipotético caso que V.S. no condene en forma solidaria a la ART por la demanda impetrada, debe condenarse a la misma, en el caso que la pericia médica arroje una incapacidad mayor a la determinada por la Comisión Médica N° 19, a abonar la diferencia entre dichos valores de acuerdo al sistema de riesgos de trabajo. Esta solicitud se funda en la necesidad de responsabilizar a la ART por lo menos en el marco del contrato de afiliación, es decir, hasta el alcance de las prestaciones tarifadas…"* (conf. fs. 117 vta.).

Si tenemos en cuenta que la petición fue "subsidiaria", que la ART ha sido condenada en forma concurrente con la empleadora al pago íntegro de la indemnización más intereses y que lo ha sido bajo la normativa del Código Civil conforme reclamara la parte actora, es a todas luces evidente la absoluta inexistencia del agravio que invoca la quejosa. Obsérvese que en el agravio también se solicita que se dicte una condena totalmente distinta a la que dictara la Magistrada a quo y con otro fundamento legal, lo cual es claramente improcedente.

Ante la inexistencia de agravio, este punto del recurso deviene desierto (arts. 268, 269 CPCC).

7.7 – <u>Aplicación de la Ley 24.432</u>

Plantea el recurrente que la a quo no tuvo en cuenta la manda del art. 505 del Cód. Civil en la limitación de las costas al 25% del monto del juicio.

Es pertinente dejar sentado, conforme lo ha dicho reiteradamente esta Cámara, que las disposiciones del art. 505 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, reformado por la ley 24.432, deben interpretarse en el sentido de que no existe imposibilidad de regular honorarios conforme a las leyes arancelarias locales -en el caso, en un juicio en el que se indemnizó un infortunio laboral con sustento en la ley común-, sino que la responsabilidad del deudor por las costas estará acotada a parámetros coherentes con su carácter accesorio (del voto del doctor de Lázzari in re *"Zuccoli, M. c/ Sum S.A. s/ Daños y Perj."*, SCBA, L. 77914, 02/10/2002).

En el mismo precedente el Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires plasmó que la reforma establecida por la ley 24.432 al art. 505 del Cód. Civil es una norma de derecho común porque delimita la

responsabilidad del deudor por el pago de las costas, lo cual implica que las provincias no necesitan ni pueden adherir a ella (del voto del doctor Roncoroni) y que la ley 24.432, en cuanto modifica normas sustanciales como son los arts. 505 del Cód. Civil y 277 de la ley de contrato de trabajo, tiene operatividad en todo el país porque el Poder Legislativo actuó

conforme a las facultades que emanan del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, lo que implica que la adhesión de las provincias prevista en su art. 16 se refiere sólo a los dispositivos que han modificado institutos procesales nacionales (del voto del doctor Hitters).

Por lo tanto, en el supuesto que los honorarios regulados en autos a los profesionales intervinientes superen el porcentaje fijado en el art. 505 del Cód. Civil, deberá la a quo proceder a prorratear los importes entre los beneficiarios conforme la normativa bajo análisis y de allí que el agravio no tenga sustento.

8 – Conclusión

Ninguno de los agravios analizados tienen la solidez que se requiere para conmover las bases en las que se asienta la sentencia recurrida, por lo que cabe concluir que corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Es mi voto.

9 – Costas de la Alzada

Corresponde imponer las costas de la Alzada de la siguiente manera: **a) por el recurso concedido a M. A. ART S.A.:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del apoderado de la recurrente, Dr. G. L. C. y su patrocinante, Dra. A. V. G., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b) por el recurso concedido a P. A. S.A.:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del apoderado de la recurrente, Dr. D. G. L. y su patrocinante, Dr. J. I., en conjunto, en el

25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

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

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

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada, en el mismo orden que propone el Dr. Fiordelisi. Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2. Tratamiento de los agravios de M.

2.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. A. S.A. y en los términos del art. 1074 C.C., atribuyó responsabilidad por omisión a la ART codemandada.

2.b) Ingreso al primer y segundo 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) "Casas" (SD N° 28/SER/2013) y "El Hossen" (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 los agravios en los términos que ha sido formulado, deben desestimarse.

2.c) 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 del actor para endilgarle la responsabilidad atribuida.

La parte actora reprochó a la ART el incumplimiento de 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.

La magistrada de grado indicó, previa valoración de la prueba rendida, "*En concreto, no habiéndose acreditado en autos, dadas las características de las tareas realizadas por el actor, que hubiera sido siquiera interiorizado y mucho menos capacitado por la ART sobre los riesgos que implicaban las tareas de movilización de cargas que realizaba en condiciones inseguras; ni que la ART haya realizado recomendaciones de seguridad a la empleadora sobre levantamiento de cargas; incumplimientos éstos que tuvieron directa vinculación con la enfermedad profesional sufrida por el actor, por lo que en virtud de la doctrina de la C.S.J.N. ya referida, debe tenerse como responsable concurrente a la aseguradora de riesgos del trabajo, en virtud de las previsiones del art. 1074 del Código Civil*."

Se aludió así 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, la ART al contestar demanda negó genéricamente 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, en modo alguno argumenta y consecuentemente no prueba, respecto de las obligaciones que la LRT le impone y que fueron alegadas en la demanda. Tal como le señala la

magistrada en su sentencia *"Lo cierto es que la ART se limitó a esbozar las reseñadas defensas y a negar los hechos afirmados en la demanda, pero, en relación a la materia, recién en el año 2009 le exige a la empresa que presente un estudio ergonómico de movimiento de cargas (vide fs. 37 y 38 de la documental reservada a fs. 337) y sólo se limita a señalar "incumplido" sin haber acercado documentación que demuestre que haya cumplimentado con su obligación legal de dar aviso a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo*."

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 el aporte documental, desconocido, no permite justificarlo.

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 oportunamente 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 el actor, a lo que puede sumarse la descripción que de ellas hizo el perito técnico en su informe, no impugnado por la parte al tiempo que fue agregado.

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 el Sr. C. y en consonancia con lo resuelto en los fallos referenciados "se recurre a lo que la doctrina más autorizada en la materia ha dado en llamar "cálculo de probabilidad" o "análisis ex post facto". Es decir, prescindiendo de la realidad del hecho sucedido, habrá que preguntarse si la omisión de la ART era apta para que se produjera el daño, según el curso natural y ordinario de las cosas. Si la respuesta es afirmativa de acuerdo a la experiencia diaria de la vida; es pertinente declarar que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces, objetivamente, imputable a la ART. Si se contesta en forma negativa, faltará la relación causal. Recuerdo, que no se pretende que la ART tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un compartimiento diligente con sus obligaciones legales."("C.")

Las conclusiones del informe médico de fs.666/669 señalan que la patología del actor tiene características crónicas de evolución y que determina una incapacidad parcial permanente y definitiva del 18,5 % de la TO, que se corrobora con el examen y estudios presentados al tiempo de la evaluación

pericial en el mes de septiembre de 2013; que tiene como factor causal directo, súbito y violento el traumatismo descripto en el momento del accidente y de acuerdo a la antigüedad del paciente, realizando las mismas tareas y que la causa más frecuente de la patología discal son los microtraumatismos crónicos y permanentes, típica enfermedad profesional "latente" y generalmente asintomática, "despertada" por el hecho violento.

Luego de ello, si el trabajador no fue capacitado en la prevención de riesgos, si se desconoce cuáles fueron las estrategias de prevención respecto de las afecciones músculo-esqueléticas que puede generar el trabajo de C., si se consideran las condiciones en que cumplía su débito laboral 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 12 de mayo de 2009.

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 al Sr. C.. *"La aseguradora no especificó concretamente acerca de cuáles fueron las diligencias realizadas, ni ilustró los actos orientados a la prevención de los riesgos laborales propios de la actividad que realizaba la actora, a pesar de que el ordenamiento jurídico les imponía un obrar positivo, mandato legal que es explícito (artículo 4 ° de la ley 24.557, ley 19.857 de Higiene y Seguridad en el Trabajo – artículos 5°, 7 ° y conc. y su reglamentación: decreto 351/1979, con sus modificatorios), circunstancia que excluye, a mi juicio, vacilaciones anudadas en torno de la relación causal"* (SD 38660 – Expte. 37.143/2009 – "Sandoval, Gabriela Alicia c/ INC S.A. y otro s/ Accidente – Ley Especial" – CNTRAB – SALA VIII – 03/02/2012. Base el dial AA74C6).

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 las 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.

La ART no aportó prueba eficiente para justificar el cumplimiento de sus obligaciones de prevención que le impone la LRT y consecuentemente con ello, 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.

2.d) En el cuarto agravio cuestiona el monto de condena para daño material y moral.

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.

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 "Díaz", 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 18,5%, la edad de la víctima al momento del accidente, la remuneración promedio percibida y su categoría profesional.

A partir de allí, el apelante debió dirigir su crítica a los parámetros expuestos en la sentencia y no lo hace.

La crítica que formula a la indemnización reconocida en la sentencia de grado, podría -por sus argumentos- aplicar a cualquier caso pues solo trasunta una disconformidad y no aporta ningún elemento que autorice a ingresar a su valoración en tanto y en cuanto, señalar que el monto es excesivo y que violenta su defensa en juicio, no refiere una crítica concreta y razonada del fallo dictado. (art. 268 y 269 del CPCC).

2.e) En el último agravio cuestiona la aplicación de los intereses desde la fecha del accidente señalando que su parte cumplió con todas las obligaciones a su cargo.

En los términos en que se ha planteado la queja y considerando que, conforme mi voto, he de propiciar se confirme la condena a la ART en los términos del art. 1074, el agravio respecto de los intereses es abstracto.

2.f) Concluyo el tratamiento de los agravios de la codemandada M. ART S.A., desestimando la apelación impetrada por la parte.

3. <u>Tratamiento de los agravios de P. A. S.A.</u>

3.a) En el primer agravio cuestiona la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24.557, que la misma no puede ser declarada en abstracto y que para que el Juzgador pueda apartarse de ella tiene que demostrar que en el caso concreto, las prestaciones de la LRT son
insuficientes y causan un menoscabo a los derechos del trabajador.

La primera reflexión que me genera la lectura del agravio es que "Cuando el juez de cámara debe repetir argumentaciones del juez de primera instancia para cerrar la última instancia ordinaria, se está juzgando mal en esta última, porque se debió declarar desierto el recurso (CNCiv., Sala B, Mayo 15 1979, Cufré, Héctor N. y Otro c. Bravo, Julio J.).

Sin perjuicio de ello y para dar respuesta al apelante ingresaré al agravio, solo para sostener que el art. 39 inc. 1 de la Ley 24557, en cuanto exime a los empleadores, en virtud de las prestaciones de dicha ley, de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del CC, viola la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 CN) y el derecho de propiedad (art. 17 CN) dado que impide que una persona, o sus derechohabientes, por su condición de persona trabajadora, que sufra un daño por culpa de otra o por la cosa riesgosa o peligrosa de propiedad del empleador, acceda a una reparación plena en circunstancias que cualquier otra persona podría obtenerla sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1113 y 1109 CC.

De modo tal que la limitación impuesta por el art. 39.1 de la LRT resulta violatoria de principios amparados por la Constitución, limita la reparación

de los daños a las prestaciones establecidas en la Ley 24557 y elimina el deber de tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores.
Por lo que en consonancia con lo dispuesto por la CSJN en "Aquino" y reiterado en innumerables pronunciamientos que la parte parece desconocer, voy a sostener que la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 ap 1 de la LRT, devino ajustada a derecho.
Para el otro aspecto de la queja diré que las prestaciones que brinda la LRT resultan insuficientes, desde que ésta no admite indemnización por otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancia del trabajador. No contempla el resarcimiento por daño moral y, por lo tanto, no cumple la función de indemnizar, que consiste, precisamente, en eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida. Ello demuestra por sí solo su insuficiencia, porque lo priva, sin fundamento, de la posibilidad de reclamar en procura de un resarcimiento integral, que involucre los aspectos que han sido omitidos en la mentada norma.
El agravio debe desestimarse.

3.b) En el segundo agravio cuestiona la responsabilidad que se le imputa para lo cual disiente con los fundamentos de la sentencia señalando que olvida diversos eximentes de responsabilidad que se encuentran participando en el suceso y extiende la misma en exceso atento las constancias del expediente.
Vale recordar que la expresión de agravios es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia en lo que concierne a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de las normas

jurídicas.

Tal como reiteramos al unísono desde la conformación de esta Cámara, sin requerir fórmulas sacramentales ni alongados escritos es suficiente que para cumplir con la carga procesal que le impone al apelante tanto el art. 60 de la Ley N° XIV N° 1 y art. 268 del CPCC que el recurrente critique concreta y razonadamente la línea de razonamiento de la jueza de grado precisando punto por punto la defectuosa aplicación de la ley o la equivocación en el proceso mental y lógico del pensamiento de juez, indicando con argumentos y pruebas donde se encuentra el error de juicio del juez, y expresando cuál es la solución que se pretende del tribunal de alzada.

Desde esa perspectiva, prescinde en su queja de las conclusiones de la pericial médica (no impugnada oportunamente) y que dan cuenta del sustento fáctico para determinar la incapacidad portante del acto, sosteniendo para la crítica las opiniones divergentes en el ámbito administrativo y forzando una interpretación descontextualizada de las conclusiones del perito médico que intervino en la causa, para que se ajuste a su pretensión de eximirse de responsabilidad civil.

Tampoco alcanza a descalificar la valoración que sobre la prueba testimonial hace la señora jueza.

La elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente a tal efecto que haga referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1991, T. V-A, págs. 255/256, y cita de fallos)

Luego de ello no se advierte en la apreciación de la prueba testimonial rendida ni inconsistencia ni arbitrariedad ni clara intención desmedida de presuponer circunstancias.

Para el caso, si como indica, los testigos L. y G.

confundieron la pregunta respecto del peso de los cajones, presente en la audiencia la parte y conforme las reglas de buena fe y cooperación pudo y no lo hizo, advertirlo.

En cuanto al resto de las quejas en valoración, resulta de interés destacar que el estudio ergonométrico al que refiere data del año 2011 y que los términos de la pericia técnica (no impugnada oportunamente) en cuanto a la mecánica de las tareas cumplidas en la planta, el perito ha dado cuenta de su conocimiento previo el que no se contrapone con las declaraciones de los testigos que también las han descripto.

Diré también que debe desestimarse los agravios respecto a las medidas de prevención que dice cumplidas. La documental aportada en copia simple fue desconocida por la parte actora y se desconocieron las firmas y/o rúbricas que se pretenda atribuir al actor (fs. 130 vta.) y no se procuró prueba para validarla.

Por lo que la prestación de dos cursos de capacitación de cuidado de las manos, levantamiento de peso y cuidado de la espalda, dictados el 29/9/08 y 30/9/08 con la firma de asistencia del actor, no resulta prueba idónea para justificar la capacitación que se dice cumplida.

En este punto, lo consignado en la pericial contable a fs. 349 solo predica de la realización de 2 cursos de capacitación entre mayo de 2007 y mayo de 2009, sin que pueda inferirse de ello y por lo expuesto en el punto anterior, que C. asistió a los mismos.

Finalmente en otro aspecto de la queja, señala que fue imprevisible para su mandante la conducta imprudente de C. y que en la sentencia no se ha ponderado la responsabilidad del actor en el accidente.

Al tiempo de contestar la demanda, el empleador no alegó el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad.

Conforme el art.280 del CPCC el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio. *"El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cám 2° CCy M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

Luego de todo lo expuesto el segundo agravio de la recurrente debe desestimarse.

3.c) En otro aspecto de su apelación señala que la sentencia es incongruente en tanto ha desatendido las pautas cuantitativas dadas por la parte actora en la demanda.

Para dar respuesta al agravio, tendré en cuenta que cuando se reclama un monto indemnizatorio sujeto a prueba, lo que se procura es estimarlo en un mínimo pues en definitiva y aunque la parte no lo indique, es la magistrada quien se encuentra habilitada para fijarlo en orden a los parámetros que tuvo en consideración y ello puede ser en más o en menos de lo tasado por

la parte.
El importe indemnizatorio y conforme el criterio que sostiene hasta la fecha este Tribunal es ajeno a todo cálculo matemático, por lo que el reclamado en la demanda es estimativo y por propia postulación del actor era provisorio, por lo que no ha fallado la jueza ultra petita, sino en el contexto probatorio que ha dado cuenta y en sumas determinadas a la fecha del accidente. *"Si el actor pidió en su demanda una suma determinada como resarcimiento, pero dejó librado el monto definitivo a lo que en más o en menos resulte de la prueba de autos, ello permite al Juez establecer, según su juicio, una suma superior a la estimada en la demanda, sin incurrir, de esa forma, en demasía decisoria, pues el actor exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo al monto peticionado (doc. art. 163 inc. 6° del C.P.C.C.; SCBA, Ac. 48.970 del 20/4/93)*."(CCiv. y Com. San Isidro, Sala 1, 8/10/98, "Zamora, Eduardo c/Ortiz, Agustín y/o s/daños y Perjuicios).

3.d) En el punto 5 de su expresión de agravios señala el recurrente, que lo agravia la incapacidad determinada sobre el actor, en tanto la sentencia no ha considerado ninguna de las severas impugnaciones y/u objeciones que su mandante presentó oportunamente.
La magistrada no pudo considerarlas porque no existieron. Agregadas las conclusiones del perito médico a fs.666/669, se ordenó el traslado a las partes, sin que la empleadora codemandada formulara observaciones, pidiera aclaraciones o en definitiva impugnara las conclusiones.
Tampoco se valió de la oportunidad procesal que le brinda el art. 477 del CPCC porque no presentó alegato sobre la prueba producida.
De allí que la eficacia probatoria que le dio la magistrada de grado, no puede ser objetada en esta instancia.

3.e) La queja que expone en el sexto punto de su memorial no tiene sustento fáctico ni jurídico.

En el marco de la acción extrasistémica incoada, la condena a la empleadora y la ART es concurrente, de allí que la cuestión que introduce en esta instancia no puede admitirse como agravio, en tanto en el caso debió ser requerido por la ART si hubiera alegado el pago de prestaciones dinerarias.

3.f) La queja respecto de la ausencia de condena a la ART al pago de diferencia entre lo abonado y lo que corresponde, no puede admitirse.

En primer lugar la ART fue demandada por el actor en los términos del art. 1074 y la citación en garantía a la que refiere fue tenida presente por la magistrada.

Aun así, no hay condena solidaria con la ART y alude a circunstancias fácticas que nada tienen que ver con este proceso, pretendiendo una condena exclusiva de la ART en los términos de la LRT, lo que es a todas luces improcedente.

La ART fue condenada en forma concurrente a abonar las sumas derivadas de la responsabilidad civil que le fue achacada, por lo que el agravio para la empleadora, en los términos que fue fundado no es tal y debe ser declarado desierto. (art 269 del CPCC).

3.g) Cuestiona la recurrente que no se aplicó en la sentencia la ley 24.432.

Según surge del texto expreso de las normas de marras, (art. 505 Código Civil y art. 277 Ley 20744) la responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados, no excederá del 25% del monto de sentencia, laudo o transacción. En cuanto a

las regulaciones de honorarios se realizarán conforme a las leyes arancelarias locales, por lo que no existe

desplazamiento del régimen provincial en detrimento de otro especial. Por otra parte, la facultad de establecer normas procesales no puede considerarse en manera alguna, privativa de las provincias, puesto que en numerosos casos el Congreso Nacional se ve precisado a dictarlas con el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar. (CSJN Fallos 137:307; 138:154 y 157; 141:254; 162:376; 247:524; 265:30; 299:45).

De modo tal que el límite a la responsabilidad es por el pago de los honorarios más no a su regulación y tiene por objeto asegurar el acceso a la justicia de todos los sectores de la población que con frecuencia ven dificultado el ejercicio de sus derechos, debido a la onerosidad de los honorarios profesionales y demás gastos del proceso.

De modo tal que será en la etapa de ejecución de sentencia y si correspondiera, prorratearse los honorarios conforme las normas citadas.

3.h) Concluyo el tratamiento de los agravios de la codemandada P. S.A., desestimando la apelación impetrada por la parte.

4. <u>Las costas</u>

Las costas en esta instancia deben desdoblar de la siguiente manera: **a) <u>por el recurso de M. A. ART S.A.</u>:** se imponen a la

recurrente vencida en el recurso (art. 69 CPCC).Los honorarios estipulados por el Dr. Fiordelisi para los letrados que intervinieron en esta sede, se ajustan a la actividad profesional cumplida conforme mérito y resultado

obtenido (arts. 5, 7,13 de la ley arancelaria) y **b) por el recurso de P. A. S.A.:** se le imponen a la recurrente vencida en el recurso (art. 69 CPCC). Los honorarios estipulados por el Dr. Fiordelisi para los letrados que intervinieron en esta sede, se ajustan a la actividad profesional cumplida conforme mérito y resultado obtenido (arts. 5, 7,13 de la ley arancelaria). Los porcentajes indicados aplican sobre los que resulten determinados en la sentencia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

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

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

La ART codemandada en autos ha interpuesto recurso de apelación por considerar elevados los honorarios regulados en autos a los integrantes del Cuerpo Médico Forense, al letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., al Perito Contador R. A. C. y al Perito Ing. Químico J. M. M..

Teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el resultado obtenido y el mérito de la labor desarrollada por cada uno de los profesionales en cuanto a su calidad, eficacia y extensión, soy de la opinión que las regulaciones practicadas en la primera instancia deben ser confirmadas en razón de ajustarse a las pautas aplicables en cada caso de las Leyes XIII N° 4 y XIII N° 18. Es mi voto.

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

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe, dijo:

La ART codemandada apeló los honorarios regulados al Cuerpo Médico Forense, al letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., al Perito Contador R. A. C. y al Perito Ing. Químico J.

M. M., por considerarlos altos.

La ley arancelaria prevé un conjunto de pautas que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo, la incidencia de los informes periciales en el proceso entre otros aspectos, a más de las pautas propias que establece la Ley XIII N° 18 no considerada por la señora jueza al tiempo de regular los honorarios del perito contador.

Por ello, considerando las mismas y reexaminada la actividad profesional cumplida por letrados y peritos soy el criterio que los porcentajes establecidos por la magistrada de a su favor en la sentencia de grado deben confirmarse.

Voto a la cuestión por la **AFIRMATIVA.**

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

De ser compartido por mi colega de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a)** **por el recurso concedido a M. A. ART S.A.:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del apoderado de la recurrente, Dr. G. L. C. y su patrocinante, Dra. A. V. G., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b)** **por el recurso concedido a P. A. S.A.:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del apoderado de la recurrente, Dr. D. G. L. y su patrocinante, Dr. J. I., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

3) CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia al Cuerpo Médico Forense, al Dr. B. E. M., al Perito Contador R. A. C. y al Perito Ing. Químico J. M. M..

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

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

Conforme los argumentos de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de marzo de 2017.

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

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a)** **por el recurso concedido a M. A. ART S.A.:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del apoderado de la recurrente, Dr. G. L. C. y su patrocinante, Dra. A. V. G., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b)** **por el recurso concedido a P. A. S.A.:** se le imponen a la recurrente en su condición de vencida en el recurso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del letrado apoderado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 30% de los que les

correspondan por su labor en la instancia originaria y los del apoderado de la recurrente, Dr. D. G. L. y su patrocinante, Dr. J. I., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder.

3) CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia al Cuerpo Médico Forense, al Dr. B. E. M., al Perito Contador R. A. C. y al Perito Ing. Químico J. M. M..

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDL. CONSTE.