En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. María Fernanda Zanatta y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., G. L. c/ S. SA y otros s/ SUMARIO - Accidente de Trabajo (Acción Civil)", expte. nro. 4/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 101/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 833), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 733/756 y su aclaratoria de fs. 764/765? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

La Sentencia Definitiva fs. 733/756 y su aclaratoria de fs. 764/765 hicieron lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. G. L. M. y condenó en forma solidaria a las codemandadas S. S.A; Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia (SAIEP) y a Q. ART a abonar la suma de $169.736,64 con más los intereses estipulados, debiendo descontarse la sumas abonadas por la aseguradora. Condenó también a la codemandada Q. ART a brindar prestaciones médicas y psicológicas y a la empleadora S. S.A. a abonar la suma de $4.654,43 por diferencia de indemnización por despido injustificado. Impuso las costas y reguló honorarios.

Los fundamentos del fallo fueron los siguientes: desestimó el tratamiento de la inconstitucionalidad del

art. 39 inc. 1 de la Ley 24557 por entender aplicable al caso la Ley 26773, así como el nuevo Código Civil y Comercial de acuerdo a lo normado por el art 7. La damnificada sufrió un accidente el día 10/6/2009 cuando se encontraba prestando tareas de repositora para S. en la sucursal Nro. 21 de SAPIEP. La responsabilidad de la empleadora S. se fundamentó en el incumplimiento de sus deberes de brindar capacitación y medidas de seguridad (Ley 19587; art. 75 LCT, Ley 24557, art. 1 y 2 Dec. 170/96 y Dec. 1338/96). La responsabilidad de la aseguradora se determinó por la omisión de ofrecer asistencia técnica a la empleadora para efectuar capacitación a los operarios en materia de prevención; la elaboración de un plan de mejoramiento en los lugares de trabajo, su verificación y denuncia a la SRT de incumplimientos. La Responsabilidad solidaria de SAIEP fue determinada por ser la dueña y guardiana de la cosa que reponía la reclamante y obtener provecho económico de la misma.

Se determinó que la trabajadora padece una enfermedad profesional -tendinitis crónica, con compresión del nervio radial y Síndrome de Dolor Regional Complejo- que no se resolvió en su totalidad, presentando una limitación funcional que le provoca una Incapacidad Parcial Permanente del 14,85%. Además de un 10% de incapacidad por haber sufrido una reacción vivencial neurótica con manifestación depresiva de grado II, no pudiendo trabajar más en la tarea habitual, con mínimas posibilidades de conseguir trabajo y limitación en la realización de las labores cotidianas.

El monto de condena se integró con la indemnización del daño material comprensivo del daño a la integridad física, daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance en el valor de $139.736,64; daño moral en la suma de $30.000. También se condenó a la aseguradora a brindar tratamiento psicológico por un periodo no inferior a 2 años.

Por último condenó a la empleadora a abonar diferencias por indemnización por despido incausado por la suma de $4.654,43.

En relación a los intereses, determinó la procedencia de la tasa activa más alta en función del art. 552 del CCyC, estableciendo la del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales con destino libre a 60 meses desde la fecha en que cada crédito fue devengado hasta su efectiva cancelación.

La decisión fue recurrida por la actora (fs. 758) y las codemandadas: S. S.A. (fs. 759), Q. Argentina ART (fs. 760) y SAIEP (fs. 761).

Concedidas las apelaciones a fs. 774, las recurrentes expresaron agravios, a fs. 775/776 SAIEP, a fs. 777/796 la aseguradora, a fs. 797/803 la empleadora y a fs. 804/807 la actora. Son contestados a fs. 809/810 por SAIEP; a fs. 811/813 por la empleadora; a fs. 815/816 por Q. Argentina ART ya fs. 817/822 por la actora.

Agravios de La Anónima:

La Anónima Sociedad exportadora e importadora se alza contra la tasa de interés impuesta, destaca que no ha sido solicitada por la actora y peticiona su adecuación a la tasa activa del Banco Chubut, que, entiende, es la establecida en la circunscripción. También cuestiona la aplicación de intereses en forma retroactiva en rubros estimados al momento de la sentencia.

Agravios de Q. ART:

La aseguradora, se agravia en primer término de la habilitación de la vía judicial y por acción civil. Cuestiona la falta de tratamiento de la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24557 y la aplicación retroactiva de la Ley 26773. Denuncia la inconsistencia que significa no declarar la inconstitucionalidad y por aplicación de la Ley 26773 admitir la demanda por reparación plena, cobradas ya la prestaciones sistémicas.

En segundo lugar se agravia por el incremento de la ILP y su ponderación por recalificación. Afirma que

se operó la consolidación jurídica del daño y la prestación fue cumplida en tiempo y forma sin que quepa adicionar mayor porcentaje sobre el cálculo de incapacidad.

Critica en tercer término la imputación de responsabilidad civil contra su parte, específicamente por la falta de determinación

del hecho que implicó la violación del deber jurídico de conducta, destaca la vaguedad de la imputación y la falta de adecuación causal.

Impugna la cuantificación del daño, la tasa de interés, la solidaridad en la condena y la indiscriminada imposición de costas.

Agravios de la empleadora:

La empleadora S. S.A., esboza como primer agravio la condena solidaria de las codemandadas. Señala que corresponde se determine que la responsabilidad es concurrente y que la condena debe recaer en distinto grado y en mayor medida sobre la aseguradora. Entiende que debe distribuirse en 15% para su parte, 15% para SAIEP y el 70% restante a la aseguradora. Mediante su segundo agravio estima desproporcionado el monto condenado por daño moral. Como tercer agravio cuestiona la condena por diferencias en la indemnización derivada del despido y en último término se alza contra la tasa de interés impuesta por desproporcionada y desajustada a los parámetros laborales.

Agravios de la actora:

La queja gira en torno al bajo monto del daño moral, la omisión de cuantificar el daño psicológico, la subsunción del daño psíquico en el daño moral y el rechazo de indemnización por asistencia hogareña

En forma previa al tratamiento de los agravios creo oportuno efectuar aclaraciones sobre el encuadre normativo que corresponde asumir en el caso.

La Sra. jueza, consideró aplicable el nuevo CCyC y fundó la atribución de responsabilidad de las demandadas

en las normas contenidas en los arts. 1717; 1721; 1724, 1726 y 1758 del nuevo cuerpo legal.

Si bien nada dijeron los recurrentes al respecto, es pertinente señalar que el hecho que da origen a los presentes acaeció el día 10 de junio de 2009, y que a la fecha del dictado de la sentencia, había entrado ya en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial.

El art. 7 del nuevo cuerpo legal, regula la aplicación temporal de la ley y –al igual que su anterior art. 3- dispone la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. Las discrepancias surgen sobre qué son elementos constitutivos y qué son las consecuencias de ese ilícito, porque la Ley rige esas consecuencias que no están consumadas al momento de la entrada en vigencia (*cf*. Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", ed. Rubinzal Culzoni, 2015 p. 100).

A los fines de fijar cuáles son las consecuencias, debe tenerse en cuenta que en la construcción de la sentencia de daños existen dos segmentos diferenciados: el primero, relativo a la determinación de quienes son los responsables del deber de resarcir y que se relaciona con los presupuestos de la responsabilidad –daño, antijuridicidad, nexo causal adecuado y factor de atribución-. El segundo segmento, es el referido a las consecuencias derivadas del accidente y abarca la valoración y cuantificación del daño (Galdos, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LL 2015-F, 567 AR/DOC/3711/2015).

Fácil es colegir que en el caso y de acuerdo a la regla establecida por el art. 7 CCyC, la atribución de responsabilidad debe analizarse con base en la normativa del Código anterior, por ser Ley vigente al momento de acaecimiento del hecho.

También debo decir, que la aplicación de tales normas (art. 1113 y ccdtes. del CC) no variará la solución del caso, pues no existen diferencias estructurales en la aplicación de uno u otro régimen de responsabilidad civil, mas el encuadre normativo necesariamente debe ser otro.

Dicho lo anterior, abordare el tratamiento de los agravios. En primer lugar trataré los que son exclusivos de la aseguradora –viabilidad de la acción en su contra, incremento de la ILP e imputación del daño-. Pues tanto SAIEP como S. S.A. han consentido la responsabilidad que le atribuyó la sentencia aun cuando la segunda discrepe respecto del carácter solidario o recurrente.

Luego trataré la solidaridad de la responsabilidad que cuestionan aseguradora y empleadora S. S.A.

En tercer lugar asumiré el tratamiento de la cuantificación de los daños que merecen reproche por parte de la aseguradora, S. S.A. y actora.

Posteriormente decidiré respecto de aquellos agravios individuales de S. –condena a diferencia de indemnización-, a la actora –rechazo de indemnización por asistencia hogareña-.

Asumiendo en último término los agravios de la aseguradora, S. S.A. y SAIEP relativos a la tasa de interés fijada en la sentencia.

1. Entonces, se agravia la aseguradora por la habilitación de la vía judicial y la acción civil. Considera que es improcedente la acción porque se cursó todo el trámite sistémico con declaración de incapacidad y fue la propia trabajadora quien consintió la resolución y percibió sin reservas.

Tales aseveraciones carecen de entidad para pretender la inviabilidad de la acción civil y vía judicial.

En cambio, sí es cierto que la sentencia contiene un error a mi juicio, y que la recurrente bien señala. La sentenciante consideró aplicable la Ley 26773 sin ningún fundamento válido y siendo ello así la percepción de las prestaciones sistémicas debió excluir la

posibilidad de accionar civilmente por la reparación integral.

Nótese que el 10 de junio de 2011 la actora interpuso demanda contra S. S.A, SAIEP y Q. ART S.A. a fin que se las condene solidariamente por todas las consecuencias derivadas del accidente laboral sufrido el 10 de junio de 2009 en el local de SAIEP de Calle 13 de diciembre y Uruguay de esta ciudad.

Relató que cuando se encontraba acomodando y cargando varias cajas de galletitas, sintió un dolor en la mano derecha al abrir una de ellas para acomodar su contenido en la góndola. Luego se extendió al brazo llegando hasta su hombro "dolor que padece y sufre aun en la actualidad".

A tal fin planteó la inconstitucionalidad del inc. 1 del art. 39 de la Ley 24557, la insuficiencia de la indemnización tarifada percibida de $5.750,11.

La Sra. jueza, consideró que la cuestión devino abstracta porque el art. 17 de la Ley 26773 derogó el art. 39.1 de la LRT.

Lo cierto es que al momento de la promoción de la demanda (10/6/2011) se encontraba regido por las disposiciones de la Ley 24557, de allí el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 para posibilitar el el reclamo con base en el derecho común.

Si bien es cierto que el art. 17 de la Ley 26773 derogó el art. 39 inc.1 de la Ley 24557, el planteo había sido formulado por el actor durante la vigencia de dicha normativa que vedaba ese tipo de demanda dentro del régimen ordinario. Además la Ley 26773 crea un sistema distinto al previsto con anterioridad a la sanción de la Ley 24557 con lo cual no resulta aceptable aplicar una parte de este régimen (la derogación del art. 39 inc. 1) omitiendo el resto esta nueva normativa que establece para el futuro un sistema de opción con particulares características (CNTrab, sala V, 18/04/2013. "Virgilli, Darío Ernesto c. Federación Patronal Seguros S.A y otros", del 26-

6-13 y Ramírez, Luis E, "Riesgos del trabajo: se reglamentó la Ley 26773" en DJ 11/06/2014, 95).

De seguir ese criterio se modificaría el objeto principal de la demanda respecto de la actora, quien tampoco manifestó acogerse a los supuestos beneficios de este nuevo precepto o mantenerse eventualmente dentro del sistema de responsabilidad civil (CNTrab, sala II, "Barroso, Juan Armando c. José Ernesto Kondratzky y otros s- accidente" del 7.5.15, DJ 2015 (octubre), 2257).

Tampoco resulta posible tener por derogada retroactivamente a la Ley 24557, pues la Ley 26773 rige para el futuro en los términos del art. 3 del Código Civil. De esta manera si se trata de un accidente ocurrido con anterioridad a la vigencia de la Ley 26773, se debería obtener un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24557, conforme la doctrina del fallo "Aquino", aunque la demanda se interponga con posterioridad. Y por lo tanto, un trabajador accidentado antes de la vigencia de la Ley 26773 no podría interponer una acción fundada en el derecho civil partiendo de la premisa de que se derogó el art. 39 ya señalado (CNTrab, sala I, "Flores Ángel Maciel c. Dada y otro s/ accidente - acción civil" del 29-10-14, DT 2015 (mayo), 1084 e íd. "Bonfanti, Melina c. Grupo Concesionario del Oeste S.A. y otros s/ accidente - acción civil" del 24-5-13, La Ley Online AR/JUR/35925/2013, cit. en "P., O. M. y Otros c. Isicon Construcciones SRL y Otros s/ Daños y Perjuicios, CNCiv. Sala E, expediente Nro. 35.378/05 del 3-6-2016).

También el punto, aunque específicamente referido a las modificaciones de las pautas indemnizatorias establecidas por la Ley 26773, ha sido dirimido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia estableciendo doctrina legal sobre el punto, mediante el mecanismo de unificación interpretativa de la casación en la provincia del Chubut, sosteniendo que no

es posible que “aquellos que dirimen sus conflictos ante los Tribunales

encuentren soluciones distintas, según sea el organismo que se expida” (S.D. Nro. 7/2016 del 7/11/2016).

En la resolución citada siguió los lineamientos de la Suprema Corte en el caso “Espósito” y decidió que no existe razón para que a un hecho ocurrido con anterioridad a la vigencia de la Ley 26773, le sea esta sin más aplicable. Máximo si como en el caso queda en evidencia la contradicción de solución del caso como expone la recurrente.

Por ello es que a fin de admitir la viabilidad de la acción como lo hizo, debió tratar y hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del inc. 1 del art. 39 de la Ley 24557 de conformidad con los peticionado y el avance jurisprudencial en la materia.

En consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley 24557

b) Incremento de la Incapacidad definitiva:

La aseguradora se opone al mayor grado de incapacidad reconocido por la sentencia en base a las pericias médicas rendidas. Entiende que se había operado el reconocimiento de la IPL en sede administrativa y que ha sido desconocida por la juez. Refiere que tampoco surge que la pericia haya detectado un error en el diagnóstico ni en la determinación de incapacidad efectuada por la Comisión Médica, ni puede considerarse lesivo a los intereses y derechos fundamentales porque le reconoció a la actora su minoración en función de la limitación funcional existente al momento. Afirma se operó la consolidación jurídica del daño.

La sentencia consideró que correspondía discernir las secuelas que la empleada dice padecer cuya magnitud es negada por las codemandadas.

Coincido con la sentenciante en tal conclusión. La actora accionó en busca de una reparación integral por el accidente sufrido en junio de 2009 porque aun cuando percibió las prestaciones previstas por el sistema en base a una incapacidad de 7,13%, continua padeciendo

dolor, sin recobrar la movilidad del brazo derecho. Relató que fue dada de alta por la ART sin variación de su estado de salud y por haber transcurrido un año y los dolores se habían incrementado.

Afirma Rubinstein que no existe ninguna disposición que prohíba demostrar el incremento de la incapacidad dada anteriormente en sede judicial o administrativa (DT 1997-A-1073).

En el caso, la actora logró demostrar a través de las pericias médicas que el grado de incapacidad determinada en sede administrativa no correspondía a la realidad de su dolencia.

Dice Juan J. Fomaro que se trata de un principio general que no puede ser aplicado a los infortunios del trabajo en desmedro del derecho del trabajador. Funda su posición en lo dispuesto por los arts. 12 y 58, LCT, y 919 del CC. Dice que la pretendida imposición de una presunción que torna renunciable lo que la Ley consagra como irrenunciable se constituye en una abierta violación del derecho a peticionar justicia que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional. Sostiene que es lícito volver contra los actos propios cuando las partes no se encuentran en situación de igualdad negocial, o cuando aquéllos tienen origen en normas que repugnan abiertamente la Constitución. También lo es cuando se debaten aspectos vinculados a los derechos personalísimos o se trata de derechos indispensables (Formaro, Juan J., "Juicio por accidentes y enfermedades del trabajo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, 2ª edición ampliada, pág. 135 y ssgts.).

Por ello, a la fecha del accidente la actora se encontraba habilitad para accionar incluso luego de haber percibido el resarcimiento previsto por la Ley de Riesgos del Trabajo.

En mi opinión, el agravio debe rechazarse.

c) Imputación de responsabilidad civil a la Aseguradora:

Con fundamento en los deberes impuestos por los arts. 4 inc. 1 y 31 de la LRT, art. 19 del Decreto 176/90,

1074 del CC., citas de doctrina y jurisprudencia la sentencia detectó la responsabilidad agravada de la ART codemandada por la omisión de las obligaciones que la legislación vigente le imponía, tales como adoptar medidas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, proveer elementos de protección o prevención y brindar entrenamiento sobe seguridad en el trabajo.

La recurrente se pregunta cuál fue el hecho que implicó la violación de su deber jurídico de conducta con relevancia para provocar la tendinitis de la actora.

La sentenciante detectó el incumplimiento de la finalidad de la ley referida a la prevención y disminución de la siniestralidad a través de planes y programas exigidos por la empresa, de adopción de medidas de higiene y seguridad, capacitación a los trabajadores. Mal pudo haber cumplido la recurrente con tales obligaciones si reconoció que el establecimiento nunca fue denunciado por la empleadora y sus visitas siempre fueron efectuadas en el domicilio de la empleadora asegurada S. en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sin constancia alguna de capacitación brindada a los repositores y ello, sin siquiera pretender que hubiera constatado las condiciones de seguridad. Mucho menos ha brindado elementos de seguridad tales como por caso muñequeras o fajas, pues en el caso, nótese que la dolencia en la mano derecha repercutió hasta el hombro con síndrome de dolor regional complejo lumbalgia post esfuerzo.

Es que si nunca efectuó visitas al lugar de trabajo, no pudo inspeccionar las condiciones de seguridad e higiene y diagnostica el tipo de trabajo realizado, la necesidad de dotar de elementos de seguridad. Es decir, no ejerció adecuadamente el deber de control de los incumplimientos del empleador para evitar eficazmente el accidente.

En definitiva, no solo la aseguradora no acreditó haber evaluado las tareas ni el asesoramiento respecto de las acciones a implementar para evitar tales

infortunios, sino que quedó demostrado el incumplimiento.

Tales omisiones son relevantes a los fines de establecer la relación causal que impugna, pues conforme el curso natural y ordinario de las cosas, el cumplimiento eficiente por parte de la ART de sus deberes legales hubiere evitado el daño sufrido (*cf.* crit. STJCH SD 11/SRE/2012). Ello resulta suficiente para rechazar el agravio.

2. La condena solidaria a la ART y S. es motivo de agravios por estas dos demandadas.

Ya se puntualizó que la sentenciante analizó la responsabilidad de cada una de las codemandadas concluyendo en la atribución de responsabilidad de cada una de ellas de manera diferenciada: la empleadora por haber incumplido las obligaciones de seguridad y capacitación en riesgos de trabajo establecidas en la Ley 19.587, art. 75 LCT, arts. 1 y 4 LRT y Dec. 170/96; la aseguradora por haber omitido el cumplimiento de sus obligaciones legales impuestas por los arts. 4 y 31 LRT, y art. 19 del Dec. 170/96 y la de La Anónima aplicación del art. 1113 del C.C.

El agravio de Q. ART radica en que las restantes codemandadas no pueden verse beneficiadas por las prestaciones pagadas por su parte ($5.750,11) que debería descontarse exclusivamente de su participación en la condena, mientras que S. solicita que se resuelva la eventual existencia de culpa concurrente y propone una proporcionalidad en el orden del 70% en cabeza de la aseguradora y el 15% a cada una de las restantes demandadas.

Lo dice autorizada doctrina, que la responsabilidad que cabe a la ART, es concurrente con la de la empleadora, porque ambos son deudoras en forma yuxtapuesta en funciones de responsabilidad y de garantía, el autor del daño y quien debió controlarla. Pero se trata de obligaciones distintas que tienen disímil daño y causa fuente. Se ha sostenido que se trata de una responsabilidad colectiva generadora de

obligaciones que pese a no ser típicamente solidarias de todas formas significa para la víctima la posibilidad de reclamar la totalidad de la reparación de cualquiera de los deudores(Schick, Horacio, "Responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo", LL, 09/03/2005, 8, con cita de Alterini, Atilio - Ameal, Oscar José y López Cabana, "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", p. 51 y 536).

Estas obligaciones concurrentes tienen identidad de acreedor, identidad de objeto debido, diversidad de deudores, diversidad de causas del deber que son distintas e independientes entre sí y generan deudas distintas (*cf*. Alterini, Atilio, Amael y López Cabana, Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales pág. 51 y 536).

Así lo ha sostenido el Superior Tribunal de la provincia en autos "E. H., J. F. c/ C. SA y otra s/ Accidente" (expte. N° 22735-E-2012)" al afirmar que la responsabilidad que cabe a la ART es concurrente con la de la empleadora, ya que ambos son deudores en forma yuxtapuesta en funciones de responsabilidad y de garantía, el autor del daño y quien debió controlarla, pero son obligaciones distintas que tienen disímil causa fuente. Sobre el punto puede también leerse: Alberto J. Bueres y Elena I. Highton, "Código Civil...", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t.2ª, p. 656 y ssgts. y Horacio Schick, "Riesgos del Trabajo. Temas fundamentales", David Grinberg Libros Jurídicos, Buenos Aires, 2009, p. 193 (cit. por el STJCh SD 31/SRE/2013 del 11/10/2013)".

La responsabilidad civil de la ART es distinta y diferenciada de la empleadora. En este último caso, la sentencia da cuenta de ello, la de S. proviene de haber incumplido con la normativa de seguridad e higiene conforme se dijo y su deber de seguridad respecto del trabajador (art. 75 LCT) o bien de lo normado en el artículo 1109 del Código. En el caso de la ART su responsabilidad proviene de las omisiones legales que

incurre que son las productoras del daño que sufre la víctima, trabajador.

Y tal fue análisis que efectuó la sentenciante, aunque dispuso la condena solidaria al pago de la indemnización.

Y si bien soy del criterio que debe modificarse la sentencia de grado e imponer la condena a S. y Q. ART en forma concurrente, advierto que el agravio de las recurrentes por el que pretenden la determinación del porcentual de su participación es inatendible en esta instancia, pues no fue materia de debate en la instancia anterior, constituyendo así puntos no sometidos a la decisión del juez de primera instancia y por lo tanto comprendidos en la limitación que pesa sobre esta alzada de pronunciarse (art. 272 CPr.).

Entiendo entonces que el agravio debe admitirse parcialmente, declarando que la responsabilidad de las codemandadas recurrentes es concurrente, toda vez que al así decidir no modifica la situación de la actora quien, podrá exigir el pago total a cualquiera de los deudores.

Sin perjuicio de ello, la pretensión de la queja que va dirigida a la determinación de la proporcionalidad de la participación en la responsabilidad, de cada una de las codemandadas queda firme a su respecto y ninguna limitación cabe asignar a las quejosas.

En definitiva, más allá de considerar que el decisorio debió condenar en forma concurrente a ambas co-demandadas, ello no significa que los importes de condena han de ser distintos a los consignados en el pronunciamiento.

3. Cuantificación de los daños:

a) La queja de la aseguradora se centra en que en la fórmula financiera adoptada por la sentenciante, tuvo en cuenta la expectativa de vida (75 años) y no el lapso de vida laboral activa restante, queda incluida la reparación de la incapacidad laboral, la pérdida de chance y el lucro cesante, por lo que pierde

razonabilidad que incremente la reparación teniendo en cuenta “los dolores que padece …..y la limitación que condiciona la realización de actividades” y que vuelva a ponderar la tales cuestiones para mensurar la condena por daño moral.

b) La empleadora S. entiende que la condena a abonar $30.000 por daño moral es desproporcionada en relación a la entidad del daño acreditada en la causa. Cita jurisprudencia ajena a la cuestión ventilada en cuanto refiere al daño moral por despido.

c) Por su parte, la actora cuestiona la cuantificación de daño moral por considerarlo exiguo.

Las recurrentes disienten con los montos acordados por la Dra. Pacheco, mas no asumen las consideraciones específicas y elementos que tuvo en cuenta para componer la determinación de la indemnización.

La magistrada ponderó las variables propias del caso para cada partida, utilizando para el daño material una fórmula

matemática que se ajusta a las previsiones de la norma aplicable (art. 1746 CCyC) y que conduce a un resultado que no implica vulneración al principio superior de la reparación plena que rige en la materia, pues toma indiciariamente la fórmula matemática considerando la edad promedio de vida estimado por la OMS, la remuneración al momento del evento aplicando un interés puro del 4% y adicionando luego la repercusión de la incapacidad en el desarrollo de la vida social.

Es decir, se ajustó a los parámetros señalados por la CSJN al cuestionar los fallos que para calcular la indemnización civil acuden por similitud a la propia Ley de Riesgos del Trabajo (caso Aquino; Díaz – conforme la doctrina de los autos “Arostegui, Pablo M. c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal”), que solo atiende a la persona humana en la faz exclusivamente laboral, por ser un criterio reduccionista que se olvida que el ser humano cuando se discapacita, es tanto para la realización de actividades

productivas como para el desarrollo normal de su vida social.

Es que nuestro sistema está guiado por el contenido de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos (Ver Alferillo, Pascual glosa al art. 1476 en "Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético", Dir. por Jorge Horacio Alterini, Ed. La Ley, Bs. As. 2015, T. VIII, p.282) y todo criterio de raíz materialista es opuesto a la doctrina constitucional de la reparación plena.

Con relación a la cuantificación del daño moral, caben idénticas consideraciones. La tarea de medir la dimensión del dolor es tarea ímproba. El dolor como tal no es objetivo; más bien reviste el tenor de las lesiones intangibles. Pero se busca compensarlo mediante su costo de reversión, por una suma de dinero que represente la posibilidad de procurar goce que aunque no lo dispensen, al menos procuren en alguna medida paliarlo (art. 1741 CCyC).

La estimación del sufrimiento espiritual efectuada, no resulta absurda ni arbitraria, mucho menos desproporcionada teniendo en cuenta la edad de la actora a la fecha del evento (40 años), la gravedad de las lesiones: tendinitis crónica con compresión de nervio radial y síndrome de dolor regional complejo y las consecuencias motrices resultantes: limitación en las tareas cotidianas como sostener objetos, y en la posibilidad de conseguir un nuevo empleo (fs. 583/584). Los sufrimientos y dolor padecido durante su tratamiento "me enyesaron, me infiltraron, me hicieron una pequeña operación en el codo que no cambió nada y me siguieron infiltrando porque con la cirugía y la kinesiología no mejoraba", "la medicación era muy fuerte y obviamente no sentía dolor, pero estaba como dormida todo el día" (fs. 645vta. pericia psicológica). Concluyendo el profesional actuante en la existencia de un duelo insatisfactoriamente elaborado.

Y, si se tiene en cuenta que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las

satisfacciones sustitutivas (art. 1741 CCyC), fácilmente se concluye que los agravios relativos al daño moral no pueden prosperar.

Teniendo en cuenta tales extremos y el genérico disenso de las recurrentes, confirmo la cuantificación de los daños material y moral rechazando los recursos en tal sentido.

4. Condena a diferencia de indemnización cuestionada por S.:

Recuerda que la actora fue dada de alta con incapacidad y su mandante cumplió con el plazo de conservación del empleo, declarando extinguido el vínculo de conformidad con lo establecido por el art. 212 y 247 LCT. Explica que su representada es una pequeña firma dedicada a la provisión de personal para reposición de productos alimenticios, por lo que no dispone de una estructura laboral con puestos de trabajo distintos a los que realizaba la actora. Cuestiona que el fallo no indica cuáles serían los elementos objetivos que acrediten una cabal demostración de no estar en condiciones de dar tareas acordes cuando la norma no impone tal deber.

Es criterio sostenido por la doctrina y la jurisprudencia que la prueba de no tener el puesto adecuado es a cargo de quien la invoca. Se entiende que es el empleador quien, para eximirse de la obligación, debe acreditar la inexistencia de vacantes en tareas livianas y la imposibilidad de desplazar o rotar a sus titulares de manera de poder asignar una al minorado (C.N.A.T. Sala III, 09/02/82 L.T. XXX-364).

En el caso, la empleadora no demostró la imposibilidad de otorgar tareas compatibles con el grado de incapacidad parcial y permanente -que al momento del despido según la Comisión Medica era de 7,13% y por el presente proceso se determinó en 14,85%, solo esgrimió “la imposibilidad de mi mandante de otorgar un puesto laboral acorde a la capacidad de la accionante” (fs. 282)sin ofrecer prueba al respecto.

De allí que el despido dispuesto por la empleadora, debe ser asimilado al incausado, y así lo dispuso la sentenciante sin que mereciera crítica concreta por parte de la recurrente.

Estaba a cargo de la empleadora demostrar que no tenía tareas adecuadas a la aptitud física y psíquica del trabajador (C.N.A.T. Sala I, 27/07/93; "Rosales A. del R. c/ Alpargatas S.A." D.T. 1,994-A-359; ídem Sala II 13/12/94, "Marin Blas. c/ Vinisa S.A. y otro": D.T. 1995-A-101; ídem Sala II. 29/07/94; "Trotta Oscar c/Ind. del Papel L.L.S.A.", D.T. 1.994-b-2133). La prueba de que la obligación legal es de imposible cumplimiento debe ser concreta y objetiva (C.N.A.T. Sala VI 03/07/91 *in re* "Badin Nebel c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", D.T. 1.991 b-1.662).

Frente a las constancias de la causa, la actora es acreedora de la diferencia por indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad, prevista en el art. 212 tercer párrafo (art. 245 de la L.C.T.) que reclama y el agravio fundado en la falta de exigencia normativa debe rechazarse.

5. Agravios exclusivos de la actora:

a) Rechazo de indemnización por asistencia hogareña. La Sra. jueza tuvo en consideración que la actora cuenta con colaboración de su nuera e hijos y que el perito médico expresó que no es específica la necesidad de una asistencia hogareña atento a que la dificultad de la actora radica en las tareas que requieren esfuerzo con el miembro superior derecho. Pese a que, como señala la actora recurrente, la magistrada tuvo en cuenta las limitaciones para labores básicas en el hogar para cuantificar el daño material por incapacidad, ello no es suficiente para otorgar la partida que aquí se trata.

Es que no surge de las pericias médicas y del informe de la Trabajadora Social, la imposibilidad de desempeñarse de manera autónoma en el hogar o en la vida diaria. Es clara la incapacidad de sostener objetos o realizar tareas de esfuerzo con el miembro superior

derecho pero también lo es y no fue cuestionado el porcentaje de incapacidad sufrida (14,85%) y la posibilidad de obtener ayuda de sus familiares.

No existen constancias en la causa que permitan apartarse de lo decidido por la sentenciante en el punto.

b) Omisión de cuantificar el daño psicológico y subsunción del daño psíquico con el moral. Refiere que solicitó como rubro indemnizatorio autónomo el daño psíquico y se omitió la cuantificación en la sentencia.

Es dable precisar que en el reclamo inicial por daño psíquico (fs. 71/72), la actora reclamó la indemnización por la perturbación del equilibrio emocional y espiritual y los gastos de tratamiento que deberá someterse y precisó el reclamo en "el costo de tratamiento psicológico/psiquiátrico durante dos años a razón de dos sesiones semanales por $41.600 o lo que en más o menos surja de la prueba a rendirse".

La jueza subsumió el daño psicológico en el daño moral.

En concordancia, con la postura del máximo tribunal provincial y de esta Cámara que integro, he señalado (SD "L" 27/17) que en general el daño psíquico puede constituir un daño patrimonial emergente o lucro cesante, por las erogaciones de asistencia médica, psicológica, psiquiátrica, farmacológica etc. y por la incapacidad que produce, y simultáneamente un daño extrapatrimonial por las aflicciones, dolores, molestias y padecimiento que provoca en el sujeto (Galdos, Jorge M., "Daños a la persona", RCyS 2005-35, cit. por Roberto Malizia en "Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes Responsabilidad Civil Parte General", Dir. por Ricardo L. Lorenzetti, ed. La Ley T. II p 725).

En palabras de Zavala de González, el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente, incide en la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de

relación; “existe una íntima relación entre el trastorno psíquico y el daño moral, pero no se trata de rubros diferentes, que permitiese resarcir el perjuicio psíquico como categoría autónoma del daño moral y del posible daño patrimonial”. El posible afinamiento en la distinción y evaluación debe encauzarse por vía de un redimensionamiento de la indemnización a acordar por daño moral, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que representa para el sujeto una enfermedad anímica como consecuencia del hecho

(“Resarcimiento de Daños", Tomo 2-a, "Daños a las personas", 2ª edición ampliada, 3ª reimpresión, p. 266).

También la Suprema Corte de Justicia ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro compensatorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (*cf.* Fallos: 326:847).

Ello así, entiendo que en el caso no ha existido daño psicológico permanente y subsistente que merezca ser valorado independientemente y que incida de manera decisiva en el daño moral padecido razón por la cual no amerita una partida distinta.

Por otro lado, la sentenciante condenó a la ART a brindar la cobertura de “tratamiento psicológico” por un periodo no inferior a dos años, rubro que aunque en ítem diferente integra la indemnización por daño material y responde a lo solicitado con el alcance que resulta de la prueba pericial psicológica, sin que tal decisión haya merecido objeción, quedando por tanto ausente de agravio la recurrente, debiendo confirmarse también lo decidido en tal sentido.

6. La tasa de interés:

Las tres recurrentes cuestionan la tasa de interés fijada en la sentencia por desproporcionada, y alta. La empleadora y aseguradora critican el temperamento adoptado con fundamento en el art. 552 CCyC.

La parte actora en la demanda solicitó la aplicación de intereses sin especificar tasa alguna. Ninguna referencia efectuó la demandada al respecto. La sentenciante condenó a la tasa activa del Banco Nación para préstamos personales de libre destino a 60 meses conforme reseñara más arriba.

Ya se ha señalado que no corresponde la aplicación del artículo 552 del CCyC pues si bien el crédito laboral ostenta naturaleza alimentaria, la causa fuente de la obligación es diferente en cuanto difiere el vínculo jurídico que les da nacimiento a ambos.

Esta Cámara que integro, en sus dos Salas, ha analizado la tasa de interés que corresponde aplicar en los procesos de naturaleza laboral variando el criterio que vino sosteniendo en pleno hasta el año 2016 de aplicar la tasa activa para operaciones de descuento del Banco Nación Argentina por no reflejar la realidad económica y social del momento, desatendiendo así la plena protección que el salario del trabajador reclama.

Es por ello, que cotejando las distintas tasas que aplican las entidades financieras, la variable de la oferta crediticia, las variaciones de la economía según los datos que surgen de los informes de INDEC y publicaciones efectuadas por IPC consultadas, se estimó adecuada la tasa “para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut S.A. por ser la que mejor mantiene la integralidad del crédito reconocido” (esta Sala S.D. 36/L/2016; 37/L/2016; 2/L/2017; 4/L/2017; 5/L/2017; 8/L/2017; 12/L/2017; 14/L/2017, Sala A, S.D. 34/L/2016, 13/L/2017, entre muchas otras) en aquellos casos en que el principio de congruencia lo permitiera o, como en el caso, hubiera sido dejado librada la fijación de la misma.

Tales conclusiones de las que participo y hago propias, hallan justificación en el marco de la devolución a la "razonable discreción de los jueces de la causa” la potestad de discernir la tasa de interés aplicable que mejor se ajuste a las garantías constitucionales, conforme doctrina de la Corte Suprema

Nacional a partir de la causa “Banco Sudameris” del 17/5/94 (DT 1994-B-1973) en la que se resolvió que la cuestión de la tasa de interés a aplicar no era de naturaleza federal, quedando sujeto a la prudencia judicial y no generando contienda federal salvo que por aplicación de la tasa en cuestión se suscitare el caso de sentencia arbitraria. Criterio también seguido por el Superior Tribunal de Justicia Provincial en "SIFUENTES, Carlos c/ LA PRADERA S.A. y/u otro s/Indem. por Acc. Trabajo" (expte. N° 15.502-S-1996), Sentencia Nro. 8/1997.

La tasa así definida salvaguarda el capital obtenido en la condena de los efectos nocivos provocados por la depreciación monetaria, es la de plaza local y además es la aplicada por el Superior Tribunal de Justicia como adecuada en caso de intereses no estipulados ni establecidos (SD Nro. 6/SRE/02; 4/SCA/11 y más recientemente 19/SRA/15).

Por tales razones, el agravio de las recurrentes prospera, ordenando la aplicación de la tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut S.A. vigente en los periodos a liquidarse desde que cada crédito fue devengado y hasta su efectivo pago.

En cuanto al cómputo de los intereses, debe aclarase que las partidas correspondientes a la indemnización por el accidente laboral devengarán intereses desde la fecha del infortunio (10/6/2009) mientras que la diferencia por indemnización por despido incausado condenado, desde la fecha del distracto (9/09/2011).

7. Costas y honorarios:

Es motivo de agravio por parte de la aseguradora la imposición de costas en forma indiscriminada a las demandadas.

Advierto que asiste razón en relación a las costas generadas por cada una de ellas, no así respecto de las de la actora.

Por ello, aun cuando la modificación que propongo de la sentencia de primera instancia carece de entidad

para modificar la calidad de vencidas de las condenadas, debe señalarse que las mismas deben ser soportadas por el orden causado respecto de las generadas por cada una de ellas y en forma concurrente deberán atender las generadas por la actora vencedora.

Los honorarios regulados por la actuación en primera instancia, habiendo sido regulados en porcentuales y de conformidad con lo previsto por la ley arancelaria, se mantienen.

Las costas de esta instancia, se imponen a las demandadas recurrentes vencidas debiendo soportar por su orden las generadas por cada una de ellas y en forma concurrente las generadas por la actuación de la actora.

En consecuencia, se regulan honorarios de conformidad con las pautas generales contenidas en el art. 5 y 13 de la ley arancelaria vigente, a favor del Dr. M. R. en el veinticinco por ciento (25%) de los que correspondan en la instancia de grado; los de la Dra. M. C. en el veinticinco por ciento (25%); los de la Dra. C. S. en el veinticinco por ciento (25%) y los del Dr. L. Pacho en el veinticinco por ciento (25%), en todos los casos de los que les fueron regulados por su labor en la primera instancia y con más la alícuota del IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

En consecuencia propongo como fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente el recurso de apelación de la aseguradora y declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley 24557.

2) Admitir parcialmente los recursos interpuestos por las demandadas Q. ART; SAIEP S.A y S. S.A. y revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en cuanto a la tasa de interés, estableciendo que deberá aplicarse la tasa activa del Banco del Chubut SA para préstamos personales y familiares desde la fecha del evento con relación a las indemnizaciones por daño material y moral. En relación a la diferencia de

indemnización por despido incausado deberán computarse desde la fecha del distracto y establecer que la condena impuesta a Q. ART S.A. y S. es concurrente; revocar parcialmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia únicamente en cuanto a la imposición de costas generadas por las codemandadas, estableciendo que se imponen por su orden, manteniendo la condena concurrente respecto de las costas generadas por la actora confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

3) Rechazar el recurso de la parte actora.

4) Imponer las costas de esta instancia a las codemandadas apelantes vencidas en forma concurrente respecto de las costas generadas por la actuación de la actora y por su orden en relación a las generadas por cada una de ellas.

5) Mantener la regulación de honorarios efectuada para la primera instancia a favor de los letrados y de los peritos médicos, licenciada en Trabajo Social y psicólogo.

6) Regular los honorarios profesionales para esta instancia en la forma propuesta.

7) Tener presente el caso federal.

A la primera cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 75/2016 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción dispuso: Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. G. L. M., y condenó en forma solidaria a las codemandadas S. SA; SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA (SAIEP) y Q. ARGENTINA ART SA a abonar en el plazo de diez (10) días la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS ($169.736,64), con más los intereses. Ordenó a la codemandada Q. ASEGURADORA ART SA a brindar las prestaciones médicas y psicológicas. Condenó a la codemandada S. SA a abonar en el plazo de diez (10) días la suma de PESOS CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON CUARENTA

Y TRES CENTAVOS ($4.654,43), con más los intereses. Impuso las costas a las demandadas (fs. 733/756). Por sentencia aclaratoria nro. 79/16 se falló de la siguiente manera: "Corregir el error material en el que se ha incurrido en la sentencia de fs. 733/756, de fecha 14 de Octubre de 2016, registrada bajo el Nro. 075/2016, disponiendo que en el punto del Fallo IV.9, al que el punto 3 del decisorio remite, en el que se dispone: "Dicho en otros términos, la tasa aplicable para la deuda laboral se determina y queda fija con el dictado de la Sentencia Definitiva, pues ser dicho momento el oportuno para estimar cual resulta ser la más alta de mercado y esta se aplicará independientemente de la variación que pudiera sufrir dicha tasa en el lapso que transcurra desde que el crédito fue devengado (fecha del accidente 24/12/08) hasta su efectivo pago", se lea: "Dicho en otros términos, la tasa aplicable para la deuda laboral se determina y queda fija con el dictado de la Sentencia Definitiva, pues ser dicho momento el oportuno para estimar cual resulta ser la mas alta de mercado y ésta se aplicará independientemente de la variación que pudiera sufrir dicha tasa en el lapso que transcurra desde que el crédito fue devengado (fecha del accidente 10/06/09) hasta su efectivo pago". Contra la misma se alzaron las partes (fs. 733/765).

I. Las codemandadas se quejan de la tasa de interés, tema que abordaré al final del presente voto.

II. La codemandada Q. ARGENTINA ART se queja de la arbitraria habilitación de la vía judicial y por acción civil porque la jueza *a quo* no aplicó en la especie lo dispuesto en la Ley 24557, sino las prescripciones de la Ley 26773. Además, no reconoció que la actora se había acogido al régimen establecido en la mencionada norma.

No encuentro cuál es el agravio que causa a la apelante en punto a que la Ley 26773 si bien asiste razón no se encontraba vigente al momento del accidente

de trabajo, y que la misma establece el momento a partir de su entrada en vigencia y como explico más adelante, la cuestión comprendió el resarcimiento por vía de la acción civil.

Toda vez que la norma dice en el articulo 4°: ”Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

”El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo… En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”.

Debe atenderse como cuestión preliminar que esta alzada, interpuesto el recurso de apelación, puede revisar la sentencia de grado, en consideración que existe una contradicción evidente en el fallo y que la alzada puede subsanar en el marco del recurso de apelación.

En estos lineamientos advierto que la cuestión tenida en cuenta por la parte actora al momento de incoar la demanda a fs. 49vta. el 10 de junio del 2011 y que la hoy apelante codemandada Q. ARGENTINA ART S.A. al contestar demanda lo hizo sobre la aplicación de dicha disposición y contestó el planteo de inconstitucionalidad (fs. 221vta.). La petición, o sea lo que se reclama ante la justicia, puede resultar tanto de lo expuesto en el escrito de demanda, como en el petitorio final, ya que la Ley procesal no determina un orden estrictamente formal, interesándole que se conozca con exactitud lo que la actora pretende (C. Fed. Paraná, JA 16-1972, sec. prov. 757). Cuando se recurre al órgano

jurisdiccional a los fines de que se dirima un litigio y se reconozca así el derecho que se invocase, es necesario hacerlo conforme a las reglas primarias que las disposiciones del Código Procesal señalan (arts. 330 y sgtes.), no solo para posibilitar el arribo a una decisión adecuada, sino para asegurar al mismo tiempo el debido proceso que garantice básicamente el derecho de defensa (C. Civ., Sala D, JA 1980-1433), pero es suficiente la exposición del objeto de la demanda en forma sintética y clara (C. Civ., Sala C, JA 1981-11 sínt; JA 1981-III-818, n° 24).

La jueza *a quo* modificó en su sentencia el objeto de la demanda, cuestión que le está vedada, por lo cual ha de revocarse en este estadio. A la luz de la teoría de la sustanciación, se impone como técnica adecuada la exposición circunstanciada de los antecedentes fácticos que den cimiento a la pretensión ejercitada con la demanda. Ello es lo que dimana por el inciso 4°. del artículo 330 del Código de rito, al disponer que la demanda ha de integrarse con la exposición de los hechos en que se funda, explicados claramente, pues con ellos se explicitan la razón o fundamento de la pretensión -*causa petendi*- derivándose de tal carga de la afirmación significativas implicancias, pues hace nacer la correlativa carga de reconocerlos o negarlos de modo categórico para el accionado (art. 360, inc. 1, CPr), delimitándose así el contorno litigioso y la pertinencia de la prueba en cuanto guarde correlación con los hechos debatidos (art. 359, Cód. cit.), todo lo cual, a la postre determinará el contenido de la sentencia, en tanto esta solo podrá considerar la situación fáctica planteada por las partes (arts. 165, incs. 3, 4 y 6, CPr), so riesgo de violar el principio de congruencia. Al conjuro de tales argumentaciones los hechos son los que fijan el *thema decidendum*, siendo las partes las que tienen el señorío exclusivo para aportar el material de conocimiento -principio dispositivo- quedando atrapado el órgano jurisdiccional por las alegaciones que aquéllas introducen en los escritos constitutivos de la

relación jurídicoprocesal, debiéndose tener en cuenta que lo que se omitió manifestar en el inicio del juicio no será posible alcanzarlo luego por vía de interpretaciones o supuestos que se aparten del relato que cada parte esbozó para fundamentar su pretensión o el rechazo del adversario.

El juego armónico de los principios dispositivo y de congruencia hacen que el juez deba respetar el escenario litigioso propuesto por las partes a través de sus pretensiones y defensas, limitándose a fallar exclusivamente sobre los puntos sometidos a su decisión.

Ha resultado incongruente, dado que, el accidente había ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 26773 y en ese marco normativo fue planteada la demanda y la contestación de fs. 739vta./740 surge el marco legal dado por las partes y que la jueza *a quo* reconoce pero dice que la cuestión es abstracta por aplicación de la Ley 26733. De ser así, debió estar a lo dispuesto en el art. 4.1, que no hizo. No obstante esta contradicción continuo el trámite con lo dispuesto en la Ley 24557 conforme el objeto de la petición inicial sin resolver el planteo de inconstitucionalidad. Es por ello que se revoca el punto.

Esta Sala que integro y con criterio compartido, se ha expedido exclusivamente en punto a la retroactividad de esta norma para la aplicación de actualizaciones en indemnizaciones dinerarias, para los accidentes producidos con anterioridad a dicha norma y regidos por la Ley 24557, postura esta que no receptó el STJ de nuestra provincia, lejos de ello está la retroactividad dispuesta por la jueza *a quo*.

Por ello ha de corregirse el fallo y expedirse sobre la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley 24557.

Que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de un "caso" o "controversia judicial" sea

observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, dado que nuestro sistema impide que se dicten sentencias cuyo efecto sea privar de valor *erga omnes* a las normas impugnadas, o que se refieran a cuestiones meramente conjeturales e hipotéticos. La acción declarativa debe ser iniciada en orden a un interés sustancial y concreto y así fue peticionada en este caso sin perjuicio de la existencia de otra norma posterior, considero que la juez *a quo* debió definirse sobre tal punto.

Este tribunal que integro ha seguido el criterio de la Corte Suprema de Justicia en la Nación (J.A. 2004-IV-15), que reconoció la inconstitucionalidad del art. 39 por afectar principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional, entre ellos, el de reparación integral de los daños ocasionados por infortunios laborales. Es mi convicción que en el caso *subexamine*, se presenta precisamente la situación de excepcionalidad descripta en tanto existen elementos que acreditan la afectación de derechos o garantías de la peticionante en tanto la norma les impedía ejercer sus reclamos indemnizatorios con sustento en el derecho civil como precisó el máximo tribunal en la causa "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.".

Por estos motivos, de acuerdo con este criterio que comparto, declaro la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 24557.

Que receptado el agravio, modifico la sentencia.

III. El segundo agravio de la aseguradora es que la jueza *a quo* incrementó la incapacidad laborativa.

Dada la grave afectación de normas de jerarquía constitucional que genera la disposición analizada, el inc. 1, del art. 39 de la Ley 24557, resulta inconstitucional en cuanto exime a los empleadores de responsabilidad civil que no sea la derivada de su

propio dolo, como fuera declarado precedentemente, así pues, comprobado que fue en autos la lesión de la actora, en el marco de la contienda civil, la valoración sobre el grado de incapacidad efectuada administrativamente no resulta oponible en este contexto, surgiendo de la pericial medica de fs. 582/86 y la contestación a las observaciones, la exacta determinación, y compartiendo lo dicho por la jueza *a quo* que el sometimiento al procedimiento establecido en la Ley 24557 no implica ni determina la improcedencia de una valoración en esta sede judicial, Sentado ello, considero oportuno recordar que para fijar el monto de condena en la vía del derecho común, el juez se encuentra facultado para determinar de acuerdo con las pautas de la sana crítica y la prudencia, pero no está de modo alguno obligado a utilizar las fórmulas o cálculos matemáticos que se utilizaron al momento de la determinación por parte de la ART.

Por ello rechazo el agravio.

IV. El tercer agravio lo constituye la arbitraria imputación de responsabilidad civil contra la ART.

Luego de transcribir textualmente la parte pertinente de la sentencia, el quejoso sostiene que no surge en concreto cuál fue la acción omitida por Q. que esta tenía legalmente a su cargo que de haber cumplido hubiera evitado el daño.

Surgen de la lectura del fallo a fs. 748 puntualmente detallados los incumplimientos de la aseguradora, hoy recurrente, que pretende revisión por esta alzada.

La voluminosidad del memorial no lo torna habilitante desde el punto de vista de las exigencias procedimentales. Conforme criterio que he seguido en los últimos 20 años en este cuerpo que integro, y no obstante la insuficiencia técnica, abordaré el tratamiento en resguardo del derecho de defensa y la garantía de la doble instancia.

En cuanto a la responsabilidad de la citada “Q. SA”, deseo recordar lo señalado los Dres. Cecilia B.

Reybet y Daniel A. Muro, en su trabajo "El régimen de la Ley 24557 y la responsabilidad de las A.R.T. por las contingencias no contempladas en los listados y sus consecuencias para los empleadores" (publicado en ERREPAR – D.L.E. – N° 202 –JUNIO/02 – T.XVI – 511) es de advertir que las A.R.T. han argumentado reiteradamente que el mero hecho de la suscripción del contrato por la empleadora automáticamente limita su responsabilidad (por consecuencias en la salud psicofísica del trabajador) cuando a su criterio las mismas resulten excluidas de la cobertura.

La interpretación que realizan los autores –que comparto- es que en tanto se le impone al empleador una contratación (afiliación compulsiva a una aseguradora) no puede luego decirse que la cocontratante de dicho sistema no responderá por los daños sufridos por el trabajador en determinadas situaciones.

Dicho esto, entiendo que el fundamento legal de la responsabilidad de la A.R.T. yace en el territorio del art. 1074 del Código Civil, donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro, cuando una disposición de la ley imponga una obligación.

Más allá de la diversidad de teorías elaboradas en torno al tema, es doctrina

mayoritaria en nuestro derecho la que admite la responsabilidad siempre que hubiera una obligación jurídica de obrar y sin que exista por tanto, una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho.

Claro está que no puede soslayarse la forma de apreciación de la culpa en uno y otro caso. Esto es así porque si existe la disposición basta con la omisión para que nazca la responsabilidad, y si no, será necesario un análisis de las circunstancias de lugar, tiempo y persona.

Ambos caminos pueden recorrerse en autos habida cuenta la vigencia de los arts. 4, 31 LRT, Dto. 176/90

art. 17, art. 1074 del CC, la obligación legal de la aseguradora de haber promovido la capacitación de la trabajadora en materia de seguridad en el trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas que en la especie no existieron, ya que nunca fue al establecimiento, como bien señaló la jueza *a quo* y la Sra. Camarista que me precedió. Lo dicho es, sin entrar en el debate técnico de cuál hubiera sido el medio más idóneo de prevención del caso, se careció de los mismos.

Es de recordar que las A.R.T. desempeñan un papel fundamental en materia de seguridad y es esta función la que genera responsabilidad. Están obligadas a asesorar a los empleadores para prevenir y proteger (actividades permanentes de prevención y vigilancia) y la conducta omisiva observada implica una negligencia en su obrar que trajo como consecuencia los daños en la salud de la actora. Así el empleador directo es responsable por el daño causado y la ART ha incurrido en una omisión culposa que conlleva la aplicación del mencionado art. 1074 CC –tal como lo detallado por la jueza *a quo* y la Sra. Camarista que me precedió- por lo que debe responder no acotado al valor de la póliza, sino plena e integralmente, en forma solidaria, por el crédito reconocido al trabajador.

En este andarivel, la C.S.J.N. tiene dicho que es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la L.R.T. origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39 inc 1), no se sigue que las A.R.T. queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley.

De tal suerte, este pronunciamiento no solo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento (ver también fallo C.S.J.N. "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" (elDial.com - AA510E), del 31-03-2009; T.205. XLIV).

En consecuencia, en la medida que no existió la diligencia requerida por el artículo 512 del Código Civil (derogado) teniendo en cuenta el tipo de obligación asumida por la ART, persona especializada en la prevención y control de los riesgos de trabajo, y no meramente un deudor de la obligación de dar sumas de dinero en el marco de la acción especial, resulta claro que la falta de cumplimiento de tareas la capacitación adecuada y sin los elementos de protección adecuados, ni la capacitación necesaria puede producir una enfermedad como la que ostenta la actora.

No está demás recordar que en cuanto al nexo causal, cabe destacar que el

peritaje médico a fs. 582/586, luego de un extenso y fundado informe, concluyó que la incapacidad de la actora tiene relación causal con el accidente que originara los presentes autos. La afirmación en contrario de la aseguradora apelante en su memorial y endilgar el esfuerzo intelectual a la jueza de grado en su fundamento para atribuirle responsabilidad, no conduce a revertir lo decidido.

Estuvo en todo momento reconocido en autos y en el informe del médico perito, que la aseguradora brindó atención a la trabajadora, tal emerge de fs. 582vta.: "Epitrocleitis, se le realizó infiltración, pero su evolución seguía siendo torcida, posteriormente fue sometida quirúrgicamente, pero su resultado no fue satisfactorio, dándose de alta con incapacidad en Noviembre de dicho año. Por Junta médica se indicó la reapertura y continuar con prestaciones las cuales se le indicó realizar FKT y tratamiento médico, pero su patología seguía sin buena evolución, realizándose junta médica otorgándole una incapacidad el 7.13 /p. Dada la mala evolución fue asistida nuevamente por la ART con el especialista Dr. Ambrosi Andrés el cual le indicó -un tratamiento médico para luego ser intervenida quirúrgicamente, para liberación del Nervio Radial, pero esta no se autorizó por parte de la ART por lo cual el

Dr. Ambrosi A. le dio el alta con recalificación laboral, dado esto la empresa la despidió".

Por lo antes expuesto propicio rechazar el agravio y confirmar el fallo apelado en el punto.

V. Cuarto agravio, la cuantificación del daño.

Transcribiendo nuevamente la parte pertinente de la sentencia, abstrayéndose la quejosa que los agravios o críticas al fallo atacado se valoran por el contenido que estas tienen y no por la ausencia de lectura.

Dice como crítica que la jueza *a quo* utilizó el criterio de la CSJN en el caso "Arostegui" y que "extendió el límite de la edad laboralmente activa acudiendo la sentenciante a la expectativa de vida que mayoritariamente concibe la jurisprudencia, extendiendo de este modo la reparación por encima de la estricta perdida productiva" (sic fs. 792vta.).

Los criterios seguidos por la jueza *a quo* son también los de esta Cámara de Apelaciones.

Agrega la apelante que debió la jueza *a quo* inclinarse por un promedio de ingresos salarial que refleje mejor la capacidad adquisitiva de la trabajadora antes del daño. Que debe estarse a un promedio de ingreso salarial.

La Ministra de la CSJN Dra. Highton dice: "Sucede con frecuencia en los procesos por daños y perjuicios que el apelante se limita a cuestionar el monto de condena, omitiendo expresar cuáles son los motivos por los que considera que las sumas acordadas por el juez de primera instancia son elevadas o insuficientes. Es necesario que indique en qué razones se funda para arribar a esa conclusión, señalando los parámetros que el sentenciante debería haber utilizado para el cálculo del rubro, exponiendo en forma clara y concreta el respaldo jurídico de tal posición. De no ser así, se trata simplemente de una mera discordancia con la opinión del magistrado" ("Código Procesal Civil", T. 5, página 262, editorial Hammurabi-2006). Tal el presente

punto en análisis.

He sostenido con anterioridad que la incapacidad física puede ser clasificada en laborativa (la que atiende estrictamente al ámbito productivo) y vital o amplia (proyectada a las restantes actividades o facetas de la existencia de la persona); es resarcible -a título de daño patrimonial- no solo en su faz laborativa, sino también en su aspecto vital. Es decir, la incapacidad apreciable patrimonialmente no es solo la directamente productiva, sino que también debe apreciarse -aunque lo sea de manera mediata- el valor material de la vida humana y de su plenitud. Es que la incapacidad padecida aunque no acarree una directa merma de ingresos, sin dudas provoca una clara insuficiencia material para desenvolverse por sí y realizar actividades útiles.

Así, se ha sostenido que la incapacidad física muestra dos rostros, uno, que se traduce en la minoración de las posibilidades de ganancias connatural con el ser humano en el empleo de sus energías; y otro, relacionado con las restantes actividades de la persona, disminuida por una incapacidad añadiendo pues que el daño y su resarcibilidad son independientes de la existencia de una incapacidad laboral o de cualquier tipo que, en consecuencia, puede o no concurrir con el menoscabo de algún aspecto de la personalidad integral.

El accidente de trabajo provocó en la actora una incapacidad y la jueza *a quo* tuvo en cuenta parámetros para establecer el resarcimiento integral, tal como fuera planteada la litis, en el marco de esta acción civil, la utilización de otro parámetro a discrecionalidad de la apelante porque el utilizado no es de su agrado no implica una crítica jurídica, sino una discordancia, sin soporte legal ni jurisprudencial que lo respalde, ya que no demostró el yerro de la jueza *a quo* en la apreciación de los hechos, de las pruebas ni la aplicación del derecho.

Habiendo abordado el tema, rechazo el presente agravio.

No sin antes mencionar que al momento de la valoración del daño moral tuvo en consideración para

establecer el *quantum* el tipo lesión e incapacidad que sufre en su espíritu la actora y cuanto podía afectarle sus sentimientos, no existió una segunda sumatoria de los daños, tal como emerge de la propia transcripción que efectúa del fallo la apelante. En el caso, es indudable la configuración de daño moral, que se patentiza en el dolor, los padecimientos y las angustias espirituales sufridos por la actora a raíz de la dolencia que padece como

consecuencia de la labor desarrollada para la accionada.

Agravios de la codemandada S. SA:

I. El primer agravio lo constituye la condena solidaria a S., Q. ART y LA ANONIMA. Con fundamento en pacífica doctrina y jurisprudencia se ha dicho que el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia porque el principio de congruencia que limitó la sentencia en aquella, limitará del mismo modo la de esta instancia. Aunque este principio reconoce algunas excepciones, por ejemplo hechos nuevos, la regla general que consagra la norma aludida es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a que fueron objeto de debate en la instancia precedente. Por lo tanto el tribunal de alzada solo puede emitir pronunciamiento con respecto a aquellas cuestiones involucradas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado (LLC 1997-1061, cita Sent. Def. 50/2002 Sala A de esta Cámara de Apelaciones).

Procede parcialmente el rechazo del agravio, no obstante evaluar que asiste razón a la apelante en punto a que es responsable de manera concurrente.

II. Se queja por la indemnización del art. 212 de la LCT.

La lectura del artículo citado que transcribe la parte apelante, conlleva su rechazo por cuanto emerge

de la lectura del mismo que se impone al empleador una obligación objetiva.

No existe incompatibilidad entre la indemnización por incapacidad y la correspondiente a lo dispuesto en el art. 212 de la LCT, y es carga del empleador demostrar la imposibilidad de readecuar, tal ha sido la sostenida jurisprudencia que en ese sentido cito a continuación, que claramente comparto y detalla la enmarca la situación del presente caso.

Si el principal resolvió disolver el vínculo laboral en los términos del artículo 212, segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo, corresponde a su cargo acreditar la imposibilidad de asignarle al dependiente tareas acordes a su discapacidad (SCJBA, 24-2003, "Kuperband, Alfredo c/ Ferro Enamel Argentina SA s/ Enfermedad accidente y despido", L 76824 S (juez Salas -SD-).

La demandada no ha logrado demostrar la configuración del presupuesto fáctico previsto en el 2° párrafo, artículo 212, LCT, en tanto luce evidente que la exempleadora no tuvo una conducta colaborativa y diligente acorde a las circunstancias, consistente en la adopción de medidas tendientes a reorganizar el trabajo, haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 65, LCT, destinadas a conservar el contrato de trabajo y evitar que la trabajadora afectada por una contingencia social perdiera el empleo. Al respecto, cabe memorar que rige en la materia el principio de continuidad de la relación de trabajo, aun cuando el vínculo no pueda continuar en las mismas condiciones en que había sido originariamente pactado.

Por lo tanto, cabe concluir que la situación se rige por lo dispuesto en el 3er. párrafo, artículo 212, LCT, y que la trabajadora resulta acreedora a la indemnización prevista en el artículo 245 de dicho cuerpo legal (CNAT, sala V, 13-2-2013, "Espínola, Teresa Noemí c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Despido", Oficina de Jurisprudencia de la CNAT,

www.rubinzalonline.com.ar, Jurisprudencia de Derecho Laboral RC J 7082/2013).

Le incumbe al empleador la carga de probar la falta de puestos con tareas adecuadas para el trabajador parcialmente incapacitado (*cf*. sala I, "Rosales, Angelica c/ Alpargatas SA", del 27-7-93, D. T. 1994-A-359; sala III, "Juárez, Alejandro c/Happening SA", del 21-9-90, D.T. 1991-B-1647; sala VI, "Badin, Nebel c/ EFA", del 3-7-91, D.T. 1991-1662; sala VII, "Ochoa, Roberto c/ Micrómnibus Norte SA s/ Despido", del 22-4-99). Ello, además, por aplicación del principio que la doctrina procesal moderna ha denominado "carga probatoria dinámica" (CNAT, sala VII, 17-9-2003, "Barbe, José c/ Metrovfas SA s/Despido", Oficina de Jurisprudencia de la CNAT, www.rubinzalonline.com.ar, Jurisprudencia de Derecho LaboraL RC J 3315/2007). Rechazo el agravio, confirmando la indemnización con más los intereses desde el distracto (9-9-2011).

Agravios de la actora:

I. Se queja la accionante del monto acordado por daño moral. También es objeto de cuestionamiento por parte de la codemandada como he señalado en el considerando precedente, lo que lleva a abordar nuevamente el tema.

La actora en su libelo de inicio a fs. 63 peticionó la suma de $70.000 haciendo referencia a las imposibilidades que la dolencia ha generado en su vida cotidiana, lo que provoca un daño en su espíritu. Resulta evidente que el hecho lesivo de autos ha provocado en la actora considerables padecimientos espirituales, fundamentalmente angustia por no poder desarrollar sus actividades habituales y sociales, no poder brindar a su familia el cuidado y atención necesarios, dolores, el verse físicamente disminuida y, en general, un cúmulo de sensaciones disvaliosas que han alterado negativamente su espíritu.

Sobre esta indemnización, la jurisprudencia sostiene que “para apreciar si el daño moral está

probado, previamente hay que discernir si el acontecimiento que lo ha generado tiene la virtualidad para provocarlo, de acuerdo con el curso normal y habitual de las cosas, pues si el caso encuadra en tal situación, no existe necesidad de prueba, quedando suplida por la aplicación de máximas de experiencia del propio juez o por su calificación como 'hecho notorio'" (C.Civ. Com., Mar del Plata, Sala II, 12-08-03, El Derecho, 206-81) (Citado por Matilde Zavala de González, Doctrina Judicial – Solución de Casos, Tomo 7, Alveroni ed., 2010, pág. 81). Señala en el mismo sentido Bustamante Alsina: "Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita

reservada de la intimidad del sujeto.

"No creemos que el agravio moral deba ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser de auténtica expresión" (*cf*. Bustamante Alsina, J. "Equitativa evaluación del daño no mensurable", LL, 1.990-A-655. En este sentido, Rezzónico, J. nota a fallo, JA, 28.02.67, p. 1; Morello, A. "Indemnización del daño contractual", p. 207, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.967; Arazi, R. "Prueba del Daño Moral", p. 105, Revista de Derecho de Daños, N° VI, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1.999, entre muchos otros). Asimismo, destaca León: "La prueba es imposible, pues estamos hablando de fenómenos de orden espiritual. Pero tampoco es necesaria. Es de aplicación a este problema el principio de las presunciones. La Ley presume que el agravio se ha producido, teniendo en cuenta la índole del hecho generador. Continuando con el pensamiento del jurisconsulto italiano Ferrini… si el demandante se presenta a reclamar la reparación del agravio que es

susceptible de ser sufrido, en vista del hecho dañoso, por la generalidad, el agravio es reparable" (*cf*. León, P. "El agravio moral. Su indemnización en el Código Civil Argentino", p.36, Córdoba, 1926). Zavala de González enseña que en tal situación "…nadie sostiene que la prueba del daño moral debe versar sobre lágrimas vertidas, ni que se requiera un peritaje psicológico para acreditar la efectiva alteración espiritual del afectado. Es decir, por propia naturaleza de aquel, es especialmente idónea una evaluación presuncional: a partir de contextos fácticos que permitan inferirlo, acordes con patrones de regularidad y normalidad de la vida…" (*cf*. Zavala de González, M. "El proceso de daños y estrategias defensivas", p. 241, Juris, Rosario, 2.006). Compartimos plenamente tales consideraciones. En materia de daño moral no siempre es posible producir una prueba directa sobre el perjuicio causado, pues la índole espiritual y la subjetividad del menoscabo suele ser insusceptibles de tal forma de acreditación y, en el caso de autos, no se requieren mayores pruebas para saber que las circunstancias vividas por la actora llevan a cualquier persona a sufrir alteraciones espirituales y afectivas que deben ser indemnizadas.

Resulta evidente que la actora debió padecer dolores, no solo por la lesión, sino por el posterior tratamiento infructuoso de recuperación, sumado a las incomodidades, molestias y dificultades para la autosuficiencia de las que padece. No debemos olvidar la extrema dificultad que presenta el juzgador en la estimación de este rubro, pues tratándose de vivencias personales, no puede saberse con certeza cuánto sufrió la damnificada a raíz del suceso, ni la repercusión en sus sentimientos que fueron consecuencia de dicho evento, pero en el supuesto de autos resulta claro que existió un daño de consideración.

El silencio normativo del Código Civil derogado respecto de esta cuestión, implica una inexistencia de conflicto normativo y una vigencia plena del principio de aplicación inmediata del nuevo Código emanado del

art. 7 del CCyCN. Este nuevo criterio para la cuantificación del daño moral, ha sido utilizado del siguiente modo por la jurisprudencia: atendiendo a la naturaleza del daño moral, que relativiza la función reparadora del dinero, única jurídicamente posible, necesariamente debemos ponderar la aptitud adquisitiva de un monto determinado, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales (tesis de los "placeres compensatorios"), que conduce a otorgar una suma que según el prudente criterio del juzgador, resulte suficiente para causar a la víctima una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido.

Así lo entiende la Dra. Matilde Zavala de González, quien sostiene que en tanto "no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer

término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo que conduce a la indagación de los "bienes o servicios sustitutos del daño moral" con cuyo ingreso se procura causar una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido ("Cuanto por daño moral", ya citado).

Considero que la suma acordada por la sentenciante de grado es adecuada que posibilita una gratificación para la actora, que con los intereses proporcionaría la mejoría de los muebles de su hogar e incluso su propia vivienda, ya que ha manifestado la insuficiencia de sus ingresos como vendedora a domicilio de productos de catalogo. Motivo por los cuales confirmo la decisión de la sentenciante de grado, rechazo el agravio.

II. Daño psíquico:

Ha sostenido reiteradamente este Cuerpo que integro que el daño psicológico ha de estar incorporado en el resarcimiento por daño material o moral. Por otra parte y coincidiendo con la Dra. Zanatta, se ha ordenado a la aseguradora brindar la atención a la actora lo que llegó firme, lo que lleva al rechazo del agravio.

He dejado para culminar, la tasa de interés que ha sido cuestionada por las codemandadas como señalé al inicio del presente voto.

La doctrina de CSJN y el STJ de nuestra provincia, mantienen el criterio que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos siempre que la decisión no lesione las garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión (“Banco Sudameris c/ Belcam S.A...” y “Sifuentes...”).

He dicho con anterioridad en este cuerpo que integro: “la determinación de soluciones para la fijación de los intereses resulta esencialmente provisional, pues responde a las fluctuaciones de la economía de un país. Por ello las tasas de interés no permanecen estáticas, sino que con el transcurso del tiempo y por el empleo de distintos factores, varían de un modo considerable lo que puede en cualquier momento revisar los criterios establecidos para adoptarlos a nuevas realidades económicas” (Ariel Barbero, “Intereses monetarios”, pág. 12, ed. Astrea-2000, Dr. Julio Alexandre Sent. Def. 05/2004).

En ejercicio de la discrecionalidad que gozan los jueces de acuerdo a la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia que entendió como "razonable discreción de los jueces de la causa", sin reglas inexorables y siendo la aspiración llegar a soluciones justas en los casos concretos, que es necesaria una revisión.

En este orden de ideas, advierto que al incoar demanda el actor a fs. 35 dejo librada a la discrecionalidad del magistrado el interés.

En similares situaciones he dicho que la noción de efectivizar el crédito se vincula íntimamente con el de la percepción “íntegra” y, por tanto, las precedentes consideraciones resultan también aplicables en lo

relativo a ese deber de resguardar la "integridad" del crédito reconocido

(Sent. Def. nros. 36/L/16, 37/L/16, 2/L/17, 4/L/17, 15/L/17, entre otras de esta Sala B que integro).

No he de desprenderme de la naturaleza del pleito que es laboral y el menoscabo por el perjuicio sufrido por el trabajador ante la falta del justo pago de las indemnización de ley por el accidente de trabajo, que en nada descalifica las apelantes remitiendo a las fechas de iniciación del presente proceso, que a la postre fue condenada. Explayándome agrego que la autonomía científica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se refleja en un régimen jurídico especial que recepta sus principios normativos distintivos y que en definitiva es aplicado a aquel sector de la población que reúne las características particulares que motivan su concreción.

Si bien el derecho del trabajo sigue recurriendo al derecho común civil, del cual se desprendiera en su evolución histórica, probablemente motivado por el sesgo individualista que este presentaba, sustancialmente constituye un derecho especial que posee una marcada autonomía.

Existen reglas específicas en materia laboral que desplazan la aplicación supletoria que en todo caso podría concederse al Derecho Civil, orden de prelación que resulta entre otras razones de la interpretación del artículo 1°, de la Ley de Contrato de Trabajo. El conflicto entre cuerpos normativos diversos, uno de los cuales es el derecho laboral, debe resolverse a la luz de la aplicación de la norma específica del mismo con prevalencia sobre las disposiciones o principios de otras ramas ajenas a la índole de la cuestión debatida. Por lo cual no coincido con la línea argumental de la jueza de grado, toda vez que utilizó no solamente en forma retroactiva la aplicación del art. 552 del nuevo código, sino porque esta norma esta revestida de un finalidad diversa, en cuanto a sus principios, es concretamente una sanción a quien ha incumplido un deber

esencial, que la obligación primaria de un progenitor alimentar a su vástago, carga protegida constitucionalmente. Mientras que en el presente caso, si bien de carácter alimentaria responde a otra normativa y otros principios aun habiéndose resuelto el caso por la indemnización en el marco del derecho civil, no ha quedado desnaturalizada se esencia laboral.

En oportunidades anteriores, como he citado, fijé el criterio que correspondía aplicar a los créditos laborales, precisamente por su naturaleza y por tratarse de un banco local "la tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut SA", que entiendo refleja la situación en nuestra ciudad de aquel que perdió su fuente de ingresos, además como dije precedentemente la actora dejó librado a decisión del sentenciante la tasa que considerara conveniente a los fines de mantener el capital de condena.

Encuentro en consecuencia que ha de prevalecer el criterio que he mantenido y al cual se sumó la Sala A de esta Cámara (Sent. Def. nro. 13/L/17), lo que permite decir que es unánime del cuerpo, y corresponde la aplicación de dicha tasa vigente en oportunidad que cada importe (crédito) fue debido.

Modifico el fallo por haber receptado el agravio.

Costas y honorarios:

Se queja la aseguradora de la imposición de las costas en forma

indiscriminada. Si bien comparto lo decidido por la Sra. Camarista que me precedió considero de poca entidad la decisión ya que las demandadas ejercieron por igual sus defensas y deben soportar las costas de la actora vencedora.

Mantengo los honorarios de los profesionales actuantes en la instancia de grado.

Las costas de la alzada las impongo a las demandadas vencidas quienes soportaran por su orden y en forma solidaria las generadas por la actora.

Comparto los porcentajes sugeridos por la Dra. Zanatta para la regulación de los honorarios de los

letrados actuantes en esta segunda instancia por adecuarse a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley XIII - nro. 4.

A la segunda cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Existiendo concordancia con lo resuelto, doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Dra. Zanatta.

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

**1)** Admitir parcialmente el recurso de apelación de la aseguradora y declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la Ley 24557.

**2)** Admitir parcialmente los recursos interpuestos por las demandadas Q. ART, SAIEP S.A y S. S.A. y revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 733/756 en cuanto a la tasa de interés, estableciendo que deberá aplicarse la tasa activa del Banco del Chubut SA para préstamos personales y familiares desde la fecha del evento con relación a las indemnizaciones por daño material y moral; en relación a la diferencia de indemnización por despido incausado deberán computarse desde la fecha del distracto y establecer que la condena impuesta a Q. ART S.A. y S. es concurrente.

**3)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora.

**4)** Revocar parcialmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia únicamente en cuanto a la imposición de costas generadas por las codemandadas, estableciendo que se imponen por su orden, manteniendo la condena concurrente respecto de las costas generadas por la actora, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

**5)** Imponer las costas de esta instancia a las codemandadas apelantes vencidas en forma concurrente respecto de las costas generadas por la actuación de la actora y por su orden en relación a las generadas por cada una de ellas.

**6)** Mantener la regulación de honorarios efectuada para la primera instancia a favor de los letrados y de los peritos médicos, licenciada en Trabajo Social y psicólogo.

**7)** Regular los honorarios profesionales para esta instancia a favor del Dr. M. R. C. en el veinticinco por ciento (25%), los de la Dra. M. C. en el veinticinco por ciento (25%), los de la Dra. C. A. S. en el veinticinco por ciento (25%) y los del Dr. L. M. Pacho en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

**8)** Tener presente el caso federal.

**9)** Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

**GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO**
**Jueza de Cámara**

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Presidenta**

**REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"**