000433/2019

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil veinte, 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 su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., C. N. c/ V., H. A. N. y Otros s/ Sumario – Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 433/2019,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 144/2016), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 791), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 703/725? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Al la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la demandada A. ART SA (fs. 467, agravios fs. 469/477). Corrido el traslado de rigor, fue contestado en tiempo oportuno por la parte actora (fs. 479/484).

I. Antecedentes

En acotado resumen, diré que la actora Sra. C. C. Z. promovió formal demanda contra la firma A. ART SA en la que reclamó el pago de la suma de pesos doscientos cuarenta

y siete mil ochocientos ($ 247.800.-) y/o la que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, juntamente con sus intereses conforme tasa activa del B. de la Nación Argentina calculados desde la mora y hasta su efectivo pago, y en su caso actualización monetaria, en concepto de indemnización civil por enfermedad (accidente y/o profesional). Pidió se declare la inconstitucionalidad de la Ley 24.557. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. A su turno, se presentó la accionada contestando el traslado. Opuso excepciones de falta de legitimación pasiva por no seguro y por tratarse de enfermedades excluidas del art. 6 ART, cuyo tratamiento fue diferido para el momento de dictar sentencia. Hizo reserva de repetir contra el empleador.

Subsidiariamente contestó la demanda impetrada en su contra. Impugnó liquidación. Dijo de la inconstitucionalidad de la Ley 24.557 Cumplió con el imperativo procesal negando hechos. Solicitó se cite como tercero obligado a C. d. V. SRL. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Pidió se rechace la acción, con costas. Se presentó en oportunidad la citada C. d. V. SRL. Negó hechos. Impugnó liquidación. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Pidió se rechace la demanda en todas sus partes, con costas. Se produjo la prueba. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia de grado declaró, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 46. 1 de la Ley 24.557. Hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. C. C. Z., en consecuencia condenó a la firma A. S.A. Aseguradora de riesgos del Trabajo a abonar a la actora, en plazo de diez (10) días, la suma de pesos ciento treinta y dos mil cuatrocientos treinta y uno con setenta y seis centavos ($ 132.431,76), con más los intereses según

considerando respectivo del fallo. Impuso las costas a la demandada. Reguló los emolumentos de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios

Contra el decisorio se alzó la demandada. Expreso sus agravios vinculados a la condena civil a la aseguradora, la pericia médica, el quantum indemnizatorio y la inconstitucionalidad de la Ley 24.557. Mantuvo la reserva del caso federal.

En el abordaje de las cuestiones sometidas al juzgamiento de esta Alzada, diré ante todo que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

Efectuada la reseña que antecede, no habré de reiterar en cada punto de análisis nuevamente el detalle de los agravios, sino en aquello que estrictamente fuera necesario.

Sostengo también que considero importante evidenciar, como una cuestión preliminar, que conforme la teoría "clásica" del "onus probandi" sobre la distribución de las cargas probatorias, es carga procesal del actor probar los hechos constitutivos en los que fundamenta su pretensión, así como también, es carga procesal de la demandada acreditar los hechos impeditivos o extintivos en los que sustenta su defensa o resistencia. Ello así, sin perjuicio,

también, de aplicar la “teoría dinámicas de las pruebas” a la que adhiero en determinadas cuestiones controvertidas del juicio y según la cual es carga procesal probar uno o varios de los hechos controvertidos en la contienda judicial a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones procesales y sustanciales para ello, con independencia de la referida teoría “clásica” del “onus probandi”. (CTrab. Mendoza “Godoy, Diego Maximiliano c/ MAPRE Argentina s/ accidente”)

Ya en la solución, bien vale poner de resalto que, tal el planteo formulado por el propio actor al promover la presente acción, su reclamo se sustentó sobre dos cuestiones puntuales. Por un lado, aquella vinculada a la deficiente registración laboral por parte del empleador, y por el otro, la incapacidad física derivada del accidente que sufriera al caer de la caja de un camión en su lugar de trabajo el día 02 de junio de 2014. Ello así entonces, e independientemente del modo en que han expresado agravios las partes, efectuaré el análisis de las críticas efectuadas a la sentencia del modo que entiendo más adecuado para dar respuesta a la problemática.

Así, y respecto de la primera pretensión de las señaladas, no conforme con lo resuelto por la señora juez de grado, mencioné párrafos arriba que se quejó el empleador codemandado sosteniendo su primer agravio sobre el argumento del acuerdo que suscribiera con el actor, conjuntamente con otros dependientes, y que fuera oportunamente presentado ante la Secretaría de Trabajo con sede en esta ciudad. Sin embargo, de la compulsa de tales actuados (Expte. N° 1-2330/14) - que conforman prueba ofrecida por el codemandado y que lucen agregados a fs.

617/642 de autos - advierto que el pretendido acuerdo no fue homologado por la autoridad administrativa (Res. N° 1641/14 DRCR), lo cual lo priva de la mentada validez que el accionado pretende se le otorgue, ello además de que los propios firmantes sujetaran aquella a la efectiva homologación (ver cláusula quinta). Lo expuesto quita toda entidad al planteo y conduce al rechazo del agravio.

A partir de allí el recurso se orienta al despido del trabajador, considerado incausado por la sentenciante. Sobre ese punto se asienta el segundo agravio del principal, y desde que se vincula con la dolencia del trabajador no puede sino guardar estricta relación con la queja que formula también la ART codemandada. En ese contexto, resulta atinente efectuar varias consideraciones. Destaco en la faena, tal como lo he hecho en anteriores votos, que las limitaciones impuestas al juez en cuanto a los hechos no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, RepED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, RepED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212107).

En primer lugar, interpreto que debe formularse una aclaración en relación con la incapacidad permanente, parcial y definitiva que padece el trabajador, cuyo porcentaje alcanza el 26% - ello según conclusión de la

pericia forense obrante a fs. 564/567 – y el accidente que aquél sufriera en su lugar de trabajo con fecha 02 de junio de 2014. Ello toda vez que, si bien tanto la referida incapacidad como el porcentaje determinado llegan firmes a esta Alzada, el mismo informe pericial confirma el dictamen de las comisiones médicas que en oportunidad tomaran intervención con motivo del siniestro denunciado. En tal inteligencia, y en el marco de la pericia – que resalto no fue objeto de observación o impugnación alguna por las partes – la experta informó que la patología o enfermedad padecida por el actor se correspondía con la "secuela de hernia de disco operada, discopatía" y que "no se encuentra relación causal entre el accidente denunciado y la patología que presenta" (ver incisos a) y b) fs. 565vta./566), para ratificar lo dicho luego afirmando "no se puede atribuir la incapacidad que presenta al accidente denunciado en el año 2014" (ver punto 18 fs. 567).

Con ello, y según informara la profesional médica, puede colegirse que hay dos aspectos que quedan suficientemente claros. Uno se relaciona con la incapacidad que efectivamente afecta al trabajador – como se dijo del 26% -, y el otro, que la mencionada incapacidad no guarda relación con el accidente del 02 de junio de 2014. Es decir, existe una patología – discopatía – de carácter crónico, no provocada por el siniestro acaecido en la fecha mencionada. Ahora bien, lo importante aquí es que en la misma pericia se sostiene que "la patología podría encuadrarse dentro del decreto reglamentario 49/14 ya que médicamente cumpliría con los criterios para ser considerada enfermedad profesional".

Antes de continuar, diré que no dejo de tener presente que la ART demandada opuso al progreso de la acción excepción de prescripción, cuyo tratamiento fue diferido para el momento del dictado de la sentencia, y que su rechazo da lugar al primer agravio de la nombrada.

Sobre el particular, ha sido coincidente nuestra jurisprudencia al sostener invariablemente que la toma de conocimiento de la incapacidad derivada de un infortunio laboral, a los fines del comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la acción resarcitoria, se verifica cuando el trabajador conoce el grado definitivo de su incapacidad, las causas laborales que la determinaron y a irreversibilidad del proceso incapacitante y cuando hubiera culminado el proceso de agravamiento de la incapacidad progresiva (CNAT, Sala VI, 19/12/2008, "Zudaire, Alan Arbor c/Empresa Pesquera de la Patagona y Antártida SA", La Ley Online; AR/JUR/22264/2008).

Luego, y si bien destaqué que la pericia médica concluyó que el accidente no fue causa de la dolencia, no es menos cierto que la acción no puede considerarse prescripta, ello por cuanto el grado de incapacidad definitiva no había siquiera sido determinado al momento en que la misma fuera incoada. Recuerdo aquí que luego de un porcentaje de incapacidad que fuera estipulado por la Comisión Médica jurisdiccional (18.87%) y confirmado por la Comisión Médica Central, recién en autos se determinó el porcentaje de definitivo del 26% de incapacidad permanente parcial y definitiva. Rechazaré el agravio vinculado a la prescripción.

Bien, formulada tal disquisición, y en relación con el agravio sobre la condena civil a la aseguradora. No ingresaré al campo de discusión en torno a si la Aseguradora

de Riesgos del Trabajo puede ser responsabilizada en el marco del régimen del Código Civil puesto que es discusión superada y es conteste la doctrina sentada por nuestros más alto Tribunal en el caso “Torrillo”, ello amén de que esta Sala se ha expedido ya en numerosos fallos en tal sentido (entre ellos M., R. J. C/Coop. del Trabajo “El Golfo” Ltda. y otros s/Demanda laboral” Expte. 15.693/2006). Ahora bien, tengo dicho en anteriores fallos que, en materia de accidentes laborales, demostrado que se encuentre el nexo de causalidad entre el siniestro y la dolencia, le alcanza al trabajador con probar la ocasionalidad del trabajo en el iter causal para que el mismo quede alcanzado en la tipología prevista por la Ley 24557, mientras que la ART, si pretende liberarse de su responsabilidad indemnizatoria en este tipo de eventos dañosos, debe probar en el juicio la existencia de dolo del trabajador en la producción siniestro o la fuerza mayor extraña al trabajo o la preexistencia del daño al inicio de la relación laboral debidamente acreditada mediante el examen preocupacional.

Sobre esa senda, y si bien rechacé el supuesto de la prescripción, destaqué párrafos arriba que la incapacidad del trabajador no guarda vinculación alguna con el siniestro del día 02 de junio de 2014. Se trata – como fuera consignado en el informe pericial - de una dolencia de carácter crónico – discopatía – que data de tiempo anterior tal como el mismo actor lo denunciara haciendo referencia a la cirugía a la que se sometió en el año 2007. En tal contexto, y más allá del tiempo anterior a la primera manifestación que tal como consigna la experta puede estimarse en varios años antes de la misma, cierto es que

el trabajador no se encontraba registrado en ese tiempo, por lo que mal puede cargarse con responsabilidad a la ART por el dependiente que el empleador no ha declarado debidamente. Entiendo que es ajustado a derecho atender al segundo agravio (subsidiario) de la aseguradora sobre el particular y al argumento al que acabo de hacer referencia, razón por la que dispondré modificar la sentencia de grado en el punto eximiendo de responsabilidad a EXPERTA ART SA. Lo resuelto exime del tratamiento del resto de los agravios subsidiarios que aquella expresara en el marco de su recurso.

Atendiendo ahora al segundo agravio del empleador codemandado, no puede soslayarse que el mismo sostuvo que despidió al trabajador en tanto se venció el plazo de reserva del puesto de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el art. 211 de la LCT. Ahora bien, debe tenerse presente que el art 208 LCT dispone “Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del S.cio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el S.cio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la

interrupción de los S.cios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de S.cios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente. La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes."

Así, resulta meridianamente claro que desde que en la pericia se informó que la dolencia del actor bien podría encuadrarse dentro del Dec. Reg. 49/14 y así ser considerada enfermedad profesional – y teniendo en cuenta que no existe examen preocupacional que registre aquella como previa a la fecha de ingreso del trabajador, el despido sustentado sobre una norma laboral de aplicación a un accidente o enfermedad inculpable no puede ser considerado justificado. Ello le quita toda validez al distracto dispuesto por el empleador.

Pero aún – y sólo a título de hipótesis - cuando aquél pudiera haber considerado la patología del dependiente como

una enfermedad inculpable , y siempre que en el marco de esa interpretación se tomase como punto de partida el considerado por el principal, teniendo en cuenta la antigüedad real del dependiente – la que no escapaba al conocimiento de aquél -, (adviértase que en la sentencia se determinó como fecha de ingreso el 02/01/1997), el período que el codemandado le otorgara en cumplimiento de la norma antes citada no se ajustó a los doce (12) meses que le correspondían, y por tanto el plazo de conservación del art. 211 LCT comenzó a computarse con anterioridad al momento en que debiera, consecuentemente su vencimiento se adelantó fatal e incorrectamente. Es decir que en ese supuesto- erróneo como vimos – tampoco podría considerarse justificado el despido.

Y puede aún agregarse más. Siempre en el marco de la hipótesis expuesta en el párrafo anterior, destáquese que la letra del art. 212 LCT establece: "Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica

del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el artículo 245 de esta ley.” En tal inteligencia, obsérvese que el trabajador despachó misiva con fecha 16 de febrero de 2016 (TCL 090653178), vale decir encontrándose plenamente vigente el plazo de conservación, en que intimó la dación de tareas. Con todo, y en un proceder desajustado a derecho, el empleador incumplió doblemente con las previsiones de la legislación laboral, desde que tampoco frente a la intimación señalada le otorgó tareas al dependiente, sino que acusando expreso recibo de aquella, sin más dispuso el fin de la relación laboral, la que le comunicó al empleado mediante CD 717037370 fechada 18 de febrero de 2016.

En conclusión, el despido resultó injustificado dado que frente a una enfermedad profesional el empleador aplicó una norma prevista para accidentes o enfermedades inculpables. Y aún cuando hubiera podido suponer que la dolencia del trabajador se correspondía con éste último carácter, tampoco cumplió con la legislación laboral al no respetar el plazo de conservación del empleo ni otorgar distinta tarea al dependiente. El agravio será rechazado.

Lo expuesto hasta aquí da respuesta suficiente al planteo que conforma el tercer agravio, como así también le quita entidad a la queja que compone el cuarto agravio vinculado a la imposición de las costas del proceso.

Resta tratar ahora el recurso interpuesto por el actor. La primera queja se vincula con lo dispuesto en la sentencia en relación con el reclamo por las diferencias salariales adeudadas. Entiendo que le asiste razón. Es que en la sentencia se sostiene que el trabajador no explicitó las pautas mínimas suficientes para que el órgano pudiera

pronunciarse sobre la validez de su pedimento. Sin embargo, y más allá de que no se hace allí referencia precisa a lo que debe entenderse por "pautas mínimas", advierto que dicha conclusión no se corresponde con el resto de aquellas a las que se arribara en el decisorio, por las que se admitieran demás rubros que fueran demandados por el accionante. De hecho, resulta cierto que, determinado que fuera el período por el que aquél trabajó en relación de dependencia, y a la luz del detallado informe que contiene las escalas salariales, que fuera remitido por S. Chubut – obrante en autos a fs. 398/503 – nada obsta para que en la oportunidad, el experto contable calcule las diferencias objeto de reclamo. Admito el agravio.

Distinta suerte correrá la segunda queja, en la que se critica el monto de la partida que la sentenciante otorgara por el rubro daño moral. No encuentro argumento dentro del planteo del apelante que resulte idóneo para conmover lo decidido. Recuerdo aquí que la imposición de una condena por daño moral resulta de carácter excepcional, toda vez que conforme a la normativa del art. 245 LCT, todos los perjuicios generados por el distracto deben ser resarcidos por la vía de la indemnización tarifada de la citada norma legal. Es decir que el monto tarifado que fija la ley resarce el daño material y moral producido por el despido, siendo absolutamente excepcional en dicho marco la admisión del reclamo por el daño extrapatrimonial, tal como invariablemente ha sido sostenido por la Sala que integro. Luego, y si así lo ha considerado la señora jueza – me refiero a la excepcionalidad – pues entiendo que el monto que ha reconocido por la partida resulta suficiente, por lo que propondré su confirmación. Rechazo el agravio.

Resta resolver la cuestión de las costas, las que corresponde sean readecuadas por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento procesal. En ese entendimiento, y en atención a como se resuelve, serán impuestas en su totalidad en forma exclusiva al empleador codemandado en ambas instancias, ello en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

De compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al Acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, disponiendo se abonen las diferencias salariales devengadas en el período de vigencia de la relación laboral determinado en la sentencia de grado, las que deberán adicionarse a los rubros ya reconocidos en el decisorio y calculadas en la oportunidad allí prevista, y a las que deberán aplicarse los intereses respectivos a la tasa ordenada.

2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la codemandada Experta ART SA, eximiéndola de responsabilidad civil en el presente proceso, según considerando respectivo.

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el empleador codemandado.

4) Imponer las costas de ambas instancias al empleador codemandado vencido (arts. 69 y 282 CPCCCh).

5) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes para el momento del Acuerdo.

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

Viene a mi conocimiento en segundo orden el presente pleito por cuanto las partes han interpuesto recursos de

apelación contra la Sentencia Definitiva nro. 042/2019 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción (fs.703/725, fs.729, fs.731,fs.733).

Habiendo sido reseñado los antecedentes y los motivos por los cuales esta Alzada debe tomar intervención por el sr. Camarista que me precedió, me abstengo de efectuarlo nuevamente en mi voto por encontrarse cumplida la manda procesal del art.165 del ritual, abordando directamente los agravios de las partes.

Análisis:

Previo a efectuar el estudio y análisis de las quejas, he de dejar sentado que observo que en el presente caso existió una acumulación de pretensiones en una misma demanda, las cuestiones derivadas del contrato de trabajo –ingreso, egreso, categoría, distracto, causal, etc- y la acción de reparación integral del accidente de trabajo.

La posibilidad de reunir en un mismo proceso dos o más peticiones contra un sujeto demandado o varios, puede ejercitarse de distintas formas de acuerdo a la naturaleza de las vías que se acumulan, al existir un vínculo de conexidad que las ligue, ya sea por la causa o por el objeto, el reclamante puede elegir entre incoar demandas independientes y originar el tratamiento autónomo de cada uno de los rubros -sin riesgo alguno de arribar al dictado de decisiones contradictorias-, o bien puede -cumplidos ciertos recaudos- acumular las pretensiones en una sola demanda y transitar así un único proceso. En esta última situación, fue la que acaeció en la especie, y frente a un supuesto de acumulación objetiva de pretensiones, el valor del pleito a los fines recursivos debe ser ponderado en función de la naturaleza jurídica de cada una de las deducidas en la misma demanda, toda vez que a cada uno de los reclamos debe haber un análisis diferenciado conforme

los hechos invocados y acreditados durante la sustanciación del proceso.-

Aun dicho esto, no puedo soslayar lo confuso del planteo por parte del actor, de las distintas pretensiones, y lo que es a mi modo de ver es dificultoso en punto a los reclamos efectuados en la demanda, la confusión que presenta al accionar por la vía civil, confundiendo conceptos y peticionando rubros que resultan de aplicación a los accidentes que transitan por la vía sistémica (o como se decía con anterioridad, los tarifados), y no por el resarcimiento pleno de la acción civil, y por otra parte lo absurdo de peticionar la inconstitucionalidad del art.75 de la LCT, y pero invocarlo como fundamento de la acción, y califico de tal manera por cuanto sin hacer un relato histórico en esta sentencia, señalo que de antiquísima data esa norma fue un atenuante de la responsabilidad de la victima trabajadora en pleito por reparación civil en el marco del art.1113 del ex Código civil, suscitando extendidas polémicas entre los grandes doctrinarios del país y la jurisprudencia, por ello, e invito al letrado del actor a investigar sobre el punto.

Emerge de la lectura de conteste de demanda que no se ha afectado el derecho de defensa de las partes quienes tuvieron oportunidades de oponerse, lo que no ocurrió y de sustanciar las pruebas ofrecidas en respaldo de sus posiciones en el pleito.

La a quo, ha encausado la acción adecuadamente conforme la facultad iure novit curia, lo cual debo destacar.

Mas allá de las observaciones detalladas, abordaré en forma conjunta las quejas que contengan un mismo agravio sobre un punto o tema común.

En cuanto a los agravios de la ART Experta SA respecto del rechazo de la excepción de Prescripción interpuesta, sin perjuicio de dar tratamiento al tema, no es veraz la afirmación de la recurrente en cuanto no tuvo en la instancia de grado respuesta a su defensa tal y como emerge de fs.715vta./716, que no la satisfaga porque no le dio razón, no significa la carencia invocada ni justifica el planteo equivocado en este estadio.

El plazo de la prescripción inicia su curso desde que la obligación es exigible. La prescripción es inseparable de la acción: su curso sólo adquiere sentido cuando el acreedor, sabiendo que está en condiciones de ejercer su derecho, no lo hace.

Para que comience a correr el plazo de prescripción de la acción por los daños y perjuicios derivados de un accidente o enfermedad laboral se requieren dos elementos: el conocimiento de la incapacidad que se expresa a través de la limitación productiva y que presumiblemente sea consecuencia de la prestación laboral. Advierto que en el punto coincido con el primer votante.

Si las consecuencias dañosas del accidente o enfermedad laboral tienen lugar o son conocidas tiempo después de su ocurrencia, la prescripción debe contarse desde que ocurren o son advertidas por el acreedor ya que no hay resarcimiento si el daño no se materializa o es ignorado por el damnificado. Por ello no resulta correcto a esos fines la mera noticia de sufrir una enfermedad o estar bajo tratamiento médico, sino que deberá tenerse en cuenta el conocimiento cierto de la naturaleza de la incapacidad y de su carácter irreversible.

Para que comience a correr el plazo de prescripción se requieren dos elementos: el conocimiento de la incapacidad que se expresa a través de la limitación

productiva y que presumiblemente sea consecuencia de la prestación laboral. Además, el instituto es inseparable de la acción: su curso sólo adquiere sentido cuando el acreedor, sabiendo que está en condiciones de ejercer su derecho, no lo hace. Luego, el hecho que causa el perjuicio constituye el parámetro a considerar para saber si la acción queda expedita, aunque esta pauta no comprende todas las situaciones. Puede ocurrir que las consecuencias dañosas tengan lugar o sean conocidas tiempo después y, en tal supuesto, la prescripción debe contarse desde que ocurren o son advertidas por el acreedor ya que no hay resarcimiento si el daño no se materializa o es ignorado por el damnificado. Por ello no resulta correcto a esos fines la mera noticia de sufrir una enfermedad o estar bajo tratamiento médico, pues -se reitera- únicamente el conocimiento cierto de la naturaleza de la incapacidad y de su carácter irreversible coloca al interesado en condiciones de demandar el resarcimiento.- Las fechas fueron señalas por la a quo lo cierto es que a fs.183 luce el sello de mesa de entradas, de recepción de la demanda el 29 de junio de 2016 y la junta medica se expidió en el año 2015, que recién determinó que tenia una incapacidad, mas allá del grado o la negativa que planteo el dictamen administrativo.

Rechazo el agravio.

La responsabilidad de la ART, hoy apelante, es un tema cuyo alcance este Tribunal ha definido en oportunidades anteriores, a fin de brindar una respuesta debo en primer término referirme al dictamen pericial de fs.564/7. Sin bien dice la experta, que es una secuela derivada de la hernia de disco anterior operada, yo observo, aun con las limitaciones propias de mi profesión que hacen mención en el dictamen a mayor numero de vértebras comprometidas

diferenciando de aquellas que habían sido parte de la intervención quirúrgica del año 2007. Pero más allá de ese detalla, considera la perito médica que esta incluida en el Dto.49/14, aunque destaca que no se comprende la dolencia y/o incapacidad con el accidente, el golpe sufrido en enero del 2014, este hecho dañoso permitió descubrir la enfermedad profesional que afectaba al trabajador.

Alos fines de su recuperación que no concluyó con el tratamiento a cargo de la ART ni con el Dictamen de la Comisión Médica N° 19 que decidió una derivación a la obra social, la que, pese a reconocer la incapacidad que padecía el actor, la calificó de "inculpable" .- Es que se limitó a calificar las dolencias pero sin otorgarle grado de incapacidad alguno, tales aseveraciones pudieron inducir a error en relación al carácter laboral y, por ende, respecto de quién debía responder por ellas Si además de lo señalado se tiene en cuenta que el sr. R. que continuó con su tratamiento sin mejoría; y dicho aspecto expresamente fue reconocido por la demandada, lo cierto es que el golpe recibido en el año 2014 permitió conocer la enfermedad laboral del actor.

Remito a lo dicho por la médica en el dictamen, cuando caracteriza el tipo de labor que puede llevar por la reiteración a la patología del accionante.

No se necesita a recurrir a la "máxima experiencia del juez" sino a un mínimo de sentido común, es reconocido por las partes que el sr. R. era un pintor y si se ha observado alguna vez a una persona pintar una superficie, aunque sea minima, advertirá que la labor en si es una repetición de movimientos para que esta quede cubierta con la pintura. Además no puede obviarse lo dicho en las declaraciones testimoniales citadas en el fallo que fueron

evaluadas en este estadio, (sr.Sepulveda, Lebron) de la forma, modo y continuidad en que se realizaba el trabajo de pintura de autos y camiones.

Resulta aplicable al caso la doctrina de la Corte Suprema de la Justicia que ha sostenido que el carácter inerte o inmóvil de las cosas configura un dato insuficiente para desechar la relación causal en la producción de la dolencia, y obliga a examinar las características que impusieron un determinado modo de operar al trabajador, obligándole a asumir posiciones y efectuar movimientos causantes de la minusvalía invocada (CSJN, 5/9/85, "Costa, Josefa María c/ Hilandería Algodonera Villa Devoto SA").-

No voy a reiterar los mismos argumentos de la inferior, que comparto, en honor a la brevedad pero he de decir que en los casos en los que se concluyera que existe relación causal entre las patologías padecidas por el trabajador y el trabajo, como sucede en el presente, sin dudas debe considerarse que la A.R.T. ha incumplido su deber de contralor respecto del cumplimiento del plan de mejoramiento de cada empresa, obligación ésta que la ley pone en cabeza de las aseguradoras, quienes no sólo califican el nivel de riesgo de sus clientes al momento de contratar sino que tienen la obligación de elaborar un plan de mejoramiento dispuesto y controlar su cumplimiento íntegro y oportuno.-

Es de advertir que, como sucede en el presente caso, muchas A.R.T. han argumentado reiteradamente que el mero hecho de la suscripción por el contrato por la empleadora automáticamente limitan su responsabilidad por las consecuencias en la salud psicofísica del trabajador, cuando a su criterio las mismas resulten excluidas de la cobertura.-

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

Por ello, en los casos en los que se concluyera que existe relación causal entre las patologías padecidas por el trabajador y el trabajo, como sucede en el presente, sin dudas debe considerarse que la A.R.T. ha incumplido su deber de contralor respecto del cumplimiento del plan de mejoramiento de cada empresa, obligación ésta que la ley pone en cabeza de las aseguradoras, quienes no sólo califican el nivel de riesgo de sus clientes al momento de contratar sino que tienen la obligación de elaborar un plan de mejoramiento dispuesto y controlar su cumplimiento íntegro y oportuno y verificar que se cumpla, e impedir un daño mayor, como ocurrió con R. que realizaba una labor que por su repetición causó una dolencia. Porque he de suponer que se restableció cuando habia sido intervenido quirúrgicamente en el año 2007, pero la tarea que describen los testigos, y que cuadra en lo detallado por la medica perita, es indudable que la ART falto a sus obligación de contralor. A mi modo de ver sobradamente probado esta que la actividad en su modo y forma produjo la incapaciadad del actor, considero entonces que el empleador es responsable directo por el daño causado y la A.R.T. ha incurrido en una omisión culposa.-

El empleador es responsable en los términos del art. 1109 del Código Civil, y también en los del art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, y disposiciones de la ley de higiene y seguridad del trabajo, por haber incurrido en omisión negligente que le impidió conocer a tiempo -o,

conocida, evitar que se agrave- la enfermedad preexistente del dependiente, para liberarlo del cumplimiento de las tareas inadecuadas para su salud que, concausalmente, desencadenaron la grave patología que le deparó la incapacidad

En este andarivel la C.S.J.N. tiene dicho que es manifiesto que el hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la L.R.T. origine la eximición de la responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1)

A todo lo dicho y coincidiendo con la magistrada de grado agrego que, debió el empleador probar el cumplimiento de las obligaciones de la Ley de Higiene y Seguridad -exámenes periódicos y de egreso- que le hubieran permitido detectar la incapacidad y el correspondiente conocimiento por su dependiente, otorgar las herramientas de trabajo adecuadas y la protección especifica para el caso. En esta materia, no cabe admitir situaciones ambiguas que pueden, a la postre, perjudicar el derecho del minusválido, con excusas ensayadas para eludir la responsabilidad, ningún argumento en los memoriales me inducen a interpretar de otra manera los fundamentos dados en la sentencia de grado, los comparto además de haber dejado sentada mi posición al analizar.

Confirmo la sentencia en cuanto al rechazo de la excepción de prescripción y el alcance de la responsabilidad solidaria de la ART y de los ex empleadores demandados V. y S. F., toda vez que mi criterio reiterado fue expuesto en fallos anteriores, entre ellos Sentencia Definitiva nro.47/2019, donde la responsabilidad solidaria de la ART, contemplada en la ley civil, es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro, cuando una disposición de la ley imponga una obligación.

Ello, desde que la propia parte actora predicó, en su demanda, que el reclamo es de naturaleza extracontractual al sostener -independientemente de su acierto o error jurídico- que no se puede dejar de reconocer la existencia de Responsabilidad Cuasidelictual o Extracontractual de la patronal extensible solidariamente a la ART demandada, es decir inejecución deliberada de la obligación genérica ya mencionada, actuando con desprecio al bien jurídicamente protegido por el derecho, cual es la integridad física del trabajador.

No encuentro ningún argumento en el memorial de la ART que me induzcan a modificar el fallo, ya que se observa con claridad meridiana que pretende la aseguradora eludir la obligación frente al acreedor tratando de imponer los limites del contrato suscripto con la empleadora.

Por ello confirmo la sentencia venida en crisis como señalé ut supra, respecto del alcance de la solidaridad dispuesta en la sentencia de grado.

El accidente de trabajo dio luz a la enfermedad profesional que portaba R. desde el año 2007, y que el empleador V. y luego su sucesor S. F. SRL, el invocado acuerdo celebrado ante la secretaria de Trabajo, no solo carece de la requerida homologación prevista en el art.15 de la LCT, sino que en reiteradas oportunidades he sostenido que la revisión judicial no ha de desplazarse por la decisión en ese ámbito porque están en juego derechos de naturaleza laboral, hay un principio de irrenunciabilidad (art.12 LCT) que motiva la endeblez de dichos pactos entre empleador y trabajador, dado que en toda oportunidad la justa composición de derechos e intereses, debe ser sopesada.

La misma suerte adversa corre la queja de la demandada sobre la causal del distracto, la jueza a quo

resolvió bajo las normas de la LCT arts.208 y 211. El trabajador intimó a la empleadora a dar tareas adecuadas estando en vigencia el periodo legal de preservación del trabajo.- El vencimiento de los plazos fijados para reservar no extingue la relación laboral sino que se requiere la intimación.- El plazo de reserva del puesto por enfermedad inculpable no implica la interrupción del vinculo laboral sino, solo de algunos efectos, para disolver ese vinculo se requiere la voluntad expresa de una de las partes para dar por rescindido el contrato es decir, la extinción no opera de modo automático (art.10 y art.63 de la LCT).- En la especie el trabajador requirió tareas adecuadas.

El empleador desoyó el reclamo no dando respuesta sino que violando lo dispuesto en la ley sin argumentación alguna despidió al operario, estando en vigencia la imposición legal de mantener el puesto.

Detalló las fechas quien me precedió, de las misivas cursadas, y sin perjuicio que pueda entenderse que rige el principio de recepción de las intimaciones, lo cierto es que el empleador debió esperar el plazo legal para decidir la extinción y cumplido el mismo efectuar la intimación correspondiente. Se rechaza el agravio Agravios del actor.

1.- Adelanto que rechazo los mismos la pericial contable (fs.643/46) no fue impugnada y la falta o ausencia de diligencia provocó el resultado del dictamen y la conclusión que se verifica en el fallo en la desestimación del planteo sobre diferencias salariales, pues no se trata de contar con la planilla de salarios, sino como se dijo elementos mínimos de valoración donde se pueda inducir cual era el alcance de la pretensión, ya que quedo firme la categoría que revestía el actor. Además no impugnó el actor en la oportunidad procesal la pericial contable, no

pudiendo introducir en la alzada cuestiones que no fueron materia de debate en primera instancia.

2.- Igual suerte adversa corre el agravio sobre el monto condenado para el resarcimiento por moral que son los parámetros actuales para la valoración del mismo. Habiendo entrado en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual denomina al daño moral “consecuencias no patrimoniales”, corresponde tomar en cuenta el nuevo parámetro para la cuantificación de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales fijado en el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación vigente que he seguido en los últimos años, y el articulo mencionado expresa que: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Dicha norma resulta de aplicación a los presentes autos debido a que la cuantificación del daño debe efectuarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina su medida o extensión. A su vez, cabe señalar que, aun en caso que se considerase que corresponde la aplicación del Código Civil derogado, de igual modo correspondería la aplicación del art. 1741 in fine del CCCN pues, siendo que aquel ordenamiento carece de disposición alguna que establezca el modo en que debe cuantificarse el daño moral, la nueva normativa opera como doctrina interpretativa. 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. En tal sentido afirma Zavala de González que "determinar el valor del daño es definir su entidad económica o significación pecuniaria a fin de

precisar la medida justa en que debe ser indemnizado; y al indagar sobre su valor, nos traslada a la consecuencia jurídica; el resultado preparatorio" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2da Daños a las personas (integridad psicofísica), Ed. Hammurabi-J. Luis Depalma Editor, p. 473)”.-

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).” (C.Ap.CCyContAdm. de 1° Nom. Río Cuarto; Cruseño, María Fernanda c. Abel Bonacci s/daños y perjuicios Expte. 442977, 13/02/2012, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/1331/2012). De este modo “Se busca en cambio dar al damnificado medios para paliar los efectos del dolor; dotarlo, en fin, de capacidad económica para acceder a algún deleite que mitigue la

tristeza, como una suerte de precio sí, mas de "pretium consolationis" (…) Es que si "la delectación es un remedio para mitigar toda tristeza, cualquiera sea su procedencia" y tal delectación tiene por causa las actividades connaturales no impedidas (Santo Tomás de Aquino, "Suma teológica", III-38-1, ed. B.A.C. 1954, IV- 386 y 887), hemos de referirnos al precio de los bienes que permiten desarrollarlas" (Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, "G. Daniel Armando y otra c. T. Gustavo y otro", 18/03/2009, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/4050/2009).- En los presentes autos, la existencia del daño moral surge in re ipsa a partir de la acreditación del hecho de haber padecido el actor de una enfermedad, una dolencia que portará el resto de su vida.

Ahora bien la suma fue fijada por la a quo al momento del hecho dañoso, lo cual con los intereses, tema este que abordaré seguidamente, representa un importe de dinero que puede facilitar obtener algunos placeres, ya que no surge del relato de la demanda, ni de los recibos de haberes (agregados a la causa doc.reserv.433/19) que el accionante sea cabeza de familia porque no existen constancia de asignación familiar, ni que tenga una pareja.-Por tal motivo mantengo el monto acorado en primera instancia, con intereses desde la fecha del siniestro que fue como dije el momento que pudo determinarse que padecía el actor una enfermedad accidente, el 20-6-2014.-

La parte actora no puede introducir mayores fundamentos en este estadio que los planteados al incoar demanda.

Con relación a la condena cuyo capital se determinaría en la pericial contable, referida al despido injustificado la a quo estableció una tasa de interés que es la utilizada por esta Alzada y no se modificará en cuanto es la que se

ajusta a los conflictos derivados del contrato de trabajo por fundamentos expuestos reiteradamente en los fallos.

Pero varia la situación con relación a la fijada para los intereses por el resarcimiento por reparación integral del accidente de trabajo, esta se modifica conforme criterio del Tribunal por la tasa activa del B. Nación Argentina porque se trata de un pleito de índole civil (Sent Def.47/2019). La decidida por la a quo es la que este cuerpo.

Las costas de la Alzada las impongo por orden causado, toda vez que los planteos de las partes fueron rechazado y la modificación en la tasa de interés dispuesta no resulta relevante como para alterar los rechazos, en igual sentido y por los mismos argumentos se mantienen las dispuestas en la instancia de grado como la regulación de los honorarios que la a quo efectuó en porcentuales (arts.282, 69 y 72 del CP). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en la Alzada al momento del Acuerdo.

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

Propongo.

1.- Rechazar parcialmente los agravios de las partes. Receptar la queja de la ART codemandada, respecto de los intereses que se modifican por la tasa activa del B. Nación Argentina, para el capital de condena por reparación integral por la enfermedad laboral del actor, modificando exclusivamente en el punto la sentencia de grado, según considerando respectivo.

2.- Costas de la Alzada por orden causado. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en este estadio al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 703/725 hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Cesar N. R. contra los codemandados Sr. H. V. y S. F. SRL condenándolos solidariamente a abonar indemnización por antigüedad, sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, art. 1 ley 25323. Asimismo, los condenó solidariamente con Experta ART S.A a abonar la indemnización por el accidente laboral sufrido por el actor el 2/6/2014.

A fs. 729 la demandada, a fs. 731 el actor y a fs. 733 la codemandada Experta ART interpusieron recursos de apelación contra la sentencia que fueron concedidos a fs. 745.

Los agravios del actor obran glosados a fs. 747/748, los de los empleadores a fs. 749/758 y los de Experta a fs. 759/776 y contestados a fs. 769/776.

Quienes me precedieron en la emisión del voto, han reseñado suficientemente el contenido de los agravios así como los antecedentes de la causa, razón que me exime de reiteraciones estériles.

Ambos votantes han concordado en que el trabajador fue incorrectamente registrado, que el despido fue injustificado, que el reclamo por accidente no estaba prescripto, asimismo mantuvieron la responsabilidad del empleador por el accidente laboral sufrido por el actor y el monto acordado para resarcir el daño extrapatrimonial.

Quedaron desacordadas las quejas relativas a la responsabilidad de la Aseguradora y las subsidiarias a la misma que planteara la parte y la condena por diferencias salariales.

La senteciante de primera instancia determinó la responsabilidad de la ART por omisión de sus deberes legales de prevención y contralor, por el conocimiento que debía tener acerca de la actividad de la empleadora

y el deber de arbitrar medidas necesarias para evitar daños al trabajador teniendo en cuenta la actividad de la empleadora conforme las obligaciones que le imponen los arts. 4 y 31 de la LRT.

En forma previa determinó la responsabilidad del empleador V. y S. F. SRL con fundamento en la ley 19.587, el art. 75 de la LCT, arts. 1 y 4 de la LRT.

Tales fundamentos no fueron objeto de crítica, pero empleador denuncia falta de fundamentos para establecer la relación de causalidad entre los incumplimientos normativos señalados por la a quo y el daño sufrido por el trabajador.

En realidad, la crítica no asume los fundamentos dados y por ello es inhábil para provocar la revisión de lo decidido.

Es que existiendo en cabeza del empleador la obligación de proteger la vida, preservar y mantener la integridad sicofísica de los trabajadores, prevenir, reducir y eliminar los riesgos de los puestos de trabajo, debiendo adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad a tales fines (ley 19.578 y art. 75 LCT), acreditado el contrato de trabajo y el daño sufrido, el incumplimiento del empleador se presume, de allí que para eximirse debió acreditar que ese incumplimiento no existió, que actuó en el evento con la prudencia y diligencia que las circunstancias le requerían.

En el encuadre normativo dado por la sentenciante, al actor le corresponde la prueba del contrato de trabajo y el accidente revelador del incumplimiento y el empleador a fin de eximirse debe acreditar que adoptó las medidas necesarias de acuerdo con las características de la tarea y el desarrollo de la medicina, higiene y seguridad del trabajo a la época para evitar el infortunio.

Las constancias de la causa permiten afirmar que el actor sufrió un accidente de trabajo en oportunidad en que se encontraba pintando un camión, se resbaló y para evitar el golpe trató de agarrarse de unas mangueras que poseía el vehículo sintiendo un fuerte tirón en la cintura seguido de adormecimiento de las piernas. Se efectuó la denuncia ante la aseguradora y asi fue aceptado por la misma y luego de brindadas las prestaciones por lumbalgia aguda, fue dado de alta con fecha 1/7/2015 dictaminando que se trataba de una patología preexistente e inculpable.

Entonces probado el hecho del accidente, y la falta de medidas de seguridad en las que desarrolló su trabajo y la ausencia total de prueba al respecto por parte de la empleadora, la solución dada se impone y la relación de causalidad surge nítida.

Ahora bien, la Aseguradora cuestiona y ha quedado desacordado por mis colegas, su responsabilidad en el evento.

Aun cuando insiste en la preexistencia de la dolencia, situando su aparición en el año 2002, lo cierto es que el accidente por el que se reclama es el que aconteció en el mes de junio de 2014.

Comenzaré por señalar que del juego armónico de las disposiciones del art. 6 inc. 3 b) de la LRT y que el art. 2 la Resolución SRT 37/2010 el examen preocupacional es la única forma legal de probar que la incapacidad es preexistente. Si no se realizó, y la ART lo acepta, es igual a decir que no había preexistencia.

El art. 31 de la LRT establece “Derechos, deberes y prohibiciones. 1. Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo: a) Denunciarán ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo…” Por lo tanto en caso que se decida a alegar su

no responsabilidad igualmente la ART tendría que haber realizado la denuncia correspondiente por dicho incumplimiento, que no puede desconocer desde que el empleador dio el alta al trabajador.

Por otro lado, si el empleador realizó el examen preocupacional como corresponde y no se encontró ninguna preexistencia, no existe. (Rostagno, Hugo F. "La falacia de la preexistencia en los exámenes preocupacionales" Publicado en: Jurisprudencia Argentina, Cita Online: 0003/402709).

Ante la falta de realización del examen preocupacional forzoso es inferir que el reclamante ingresó completamente sano a desempeñarse en beneficio de la empleadora, esto en relación a S. F. SRL.

Que el propio actor hubiera dado cuenta de la dolencia y la intervención quirúrgica que sufrió en el año 2007 en las vértebras L4 y L5 no modifica nada tampoco respecto a V., pues luego de eso y antes de sufrir el tirón al caerse y tratar de sujetarse, desempeñó su actividad laboral normalmente. Hasta el año 2014 no sufrió dolor que le impidiera su desenvolvimiento en el taller de chapa y pintura.

En este sentido y habiendo sido incorporado en el año 2012 como empleado de S. F., el examen preocupacional seria de gran utilidad.

Es desde esta perspectiva, que corresponde analizar los términos del informe pericial médico agregado a la causa. Sin olvidar que por un lado, el peritaje médico es un medio de prueba altamente especializado al que, necesariamente, deben recurrir las partes para avalar sus pretensiones o destruir la esgrimidas en la causa (Falcón, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. II, p. 1.095; Pirolo, "Derecho Laboral", t IV,

p. 514) pero, por otro, las conclusiones del experto no dejan de ser apreciaciones científicas en abstracto y compete al juez, en uso de las atribuciones que le confiere el art. 477 del CPCC y de acuerdo a las restantes prueba rendidas en el juicio, determinar la existencia o no de vinculación entre la patología detectada y las tareas desarrolladas, condiciones ambientales del trabajo y mecánica del siniestro denunciado (CNTrab., sala IV, 26/03/2013, "Barboza, M. c/ Citytech SA y otro s/accidente-acción civil"; sala IX, 30/09/2004, "García c. Villalba", DT, 2005-A380; íd. 30/09/2004, "Fernández c/ Elma SA", DT, 2005-A96).

Por ello acompañaré la propuesta confirmatoria de la Dra. García Blanco.

Es que fue a partir del accidente de junio de 2014 cuando surgió el cuadro de imposibilidad de realizar tareas que requieran esfuerzos físicos como levantamiento de carga, movimientos repetitivos de flexión-extensión del tronco cargando grandes pesos y movimientos rotacionales continuados en el tiempo como lo refirió la perita y que le aparejó la incapacidad que detalló el medico (ver fs. 566 y 537).

Competía a la ART demandada demostrar -mediante los exámenes correspondientes- que el actor padecía dicha patología antes de ingresar a trabajar en el establecimiento de su empleador, o en su caso su carácter inculpable, cuestión que no ha sido probada por la misma.

Lo determinante es que el actor trabajó desde el año 2007 hasta el 2014 sin síntomas y de no haber existido ese hecho traumático tal vez no se hubiera manifestado. Antes del suceso y a pesar de su anterior instrumentación quirúrgica en L4-L5, podía realizar su trabajo y una vez que se produjo la caída ya no pudo hacerlo conforme quedó

manifestado por las constancias del tratamiento médico, reposo y licencias posteriores.

Con ello doy por concluida la discusión en cuanto a la preexistencia de la dolencia para eximirse de responsabilidad.

Continuando con el examen de las quejas de la ART, el fundamento por el cual se la responsabilizó son las omisiones a sus deberes legales de prevención. Aun cuando la recurrente desde que contestó demanda, postuló la caducidad de los planes de mejoramiento, lo cierto es que la omisión del plan de mejoramiento como tal no fue fundamento de su responsabilidad sino que se consignó como surge del art. 31 de la LRT pero se le achaca la omisión a todos los deberes impuestos por los arts. 4 y 31 de la LRT, que se complementan con otras disposiciones que refrendan su obligación de obrar activamente a fin de "prevenir" los daños a los dependientes (tales como el dec. 170/96, ley 19.587).

Una prevención eficaz de los riesgos del trabajo implica, para las ART, evaluar y detectar los riesgos del ambiente laboral y cada puesto de trabajo, evaluar la verosimilitud de los riesgos que declare el empleador, determinar las medidas técnicas para neutralizar los riesgos detectados, verificar que el empleador cumpla con esas medidas de prevención, denunciar al empleador que no adopta las medidas de control de los riesgos de trabajo.

Es decir que la actividad exigida es mas amplia que meras visitas a lugar de trabajo como las que pretende acreditar con las constancias de fs. 303/307, la exigencia se extiende a verificar las condiciones de cada trabajador, considerando sus particularidades. La protección se adeuda a los sujetos no a la empresa (ver Formaro, Juan J. "Riesgos

del trabajo", Ed Hamumurabi, 4ta edición actualizada y ampliada, Bs. As. 2016 p 321).

Conforme ello surge en primer término que no asiste razón a la recurrente en cuanto a que no fueron señalados en autos los incumplimientos en los que ha incurrido, pues claramente los ha expuesto la sentenciante. Por otro lado, tales imputaciones no aparecen como genéricas, y constituyen deberes derivados de la ley, cuya obligatoriedad la aseguradora no puede desconocer.

Ninguna medida de prevención dio cuenta de haber tomado la recurrente, de allí que su responsabilidad se funda en su conducta omisiva y no en el hecho del empleador, y por ello tampoco tiene asidero la afirmación de no existir garantía sobre estos riesgos.

La aseguradora no acreditó el cumplimiento ni de la evaluación de las tareas conforme la normativa legal en la materia ni tampoco el asesoramiento respecto de las acciones a implementar.

En cuanto a la pretensión de proporcionar el daño en base a la incidencia causal del trabajo en la incapacidad, resulta ser un argumento producto de una reflexión tardía que no fue sometido a la decisión del juez de primera instancia. No resulta admisible por resultar un capitulo no propuesto a la juez de grado, y por ello deviene operativa la limitación impuesta por los arts. 272 y 280 CPr. No solo no invoco tal pretensión, sino que tampoco logró acreditar la participación incidental que ahora pretende.

Por último, tampoco existen constancias de intimación o comunicación de la ART para que se efectivice la realización del examen preocupacional, y conforme quedó determinado en la sentencia el actor ingresó a trabajar el día 2/1/97 hasta el dia 18/2/2016 y el

accidente ocurrió el 2/6/2014, evidenciando que hubo tiempo suficiente –sin perjuicio de la registración del actor- para efectuar las denuncias pertinentes y/o los exámenes preocupacionales -la ART en subsidio de la empleadora- y evitar tareas o labores de esfuerzo que agravaran las preexistencias que ahora pretende invocar.

Y ante la imposibilidad de acreditar en la especie la preexistencia de las enfermedades que aquejan al trabajador (cfme. art. 6, ap. 3, b) de la L.R.T.) basta demostrar que el accidente de trabajo ha actuado como un factor concurrente, agravante o desencadenante del estado físico deficitario para que la totalidad de la incapacidad se considere indemnizable.

En cuanto a la queja por la condena solidaria dispuesta, asiste razón a la recurrente.

He señalado en anteriores oportunidades (SD "L" Nro. 28/2017 y 47/2019 entre otras) que autorizada doctrina, afirma que la responsabilidad que cabe a la ART, es concurrente con la de la empleadora, porque ambas 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, H.,
"Responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo", LL, 09/03/2005, 8, con cita de Alterini, Atilio - Ameal, Oscar J. 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 H. 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, tal y como lo he referenciado previamente, la del empleador 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 (art. 1074 CC).

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 imponerse la condena en forma concurrente, advierto que el agravio de la recurrente es inatendible es esta instancia por varias razones: pues no fue materia de debate en la instancia anterior la determinación del porcentual de su participación (art. 272 CPr.) única incidencia que tendría la determinación, se ha demandado por reparación integral y su agravio se dirige a exonerarse del pago de la misma so pretexto de las limitaciones que impone la normativa sistémica que no fue aplicada.

Siendo ello así, la concurrencia no modifica la situación de la actora quien, podrá exigir el pago total a cualquiera de los deudores y el agravio se presenta en el solo interés de la ley.

Por último la Aseguradora cuestiona la tasa de interés fijada por la sentenciante en la activa para préstamos familiares y personales que otorga el B. Chubut.

Al respecto cabe diferenciar entre las dos pretensiones acumuladas en la presente demanda.

El actor, al incoar la acción peticionó que deberá adicionarse lo correspondiente por depreciación monetaria y/o lo que el "elevado criterio de VS" determine con mas los intereses "detallados infra", sin detallarlos.

La demandada aquí recurrente solo cuestionó la liquidación que en base a la LRT confusamente practico el actor, que en definitiva no prosperó por tratarse de una reparación integral.

El Superior Tribunal determinó que la facultad judicial de determinación de los intereses debe ejercerse "cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue" (cf. SD N° 19/SCA/2015 del 30/6/2015).

Frente a ello y la petición del actor, dejando a consideración del tribunal y en uso de la "razonable discreción de los jueces de la causa" corresponde aplicar la tasa de interés que mejor se ajuste a las garantías constitucionales, conforme doctrina de la Corte Suprema Nacional a partir de la causa "B. S." del 17/5/94 (DT 1994-B-1973) que, en casos como el presente es la Tasa activa del B. Nación para sus operaciones de descuento.

Es así como en el caso corresponde mantener la tasa activa para prestamos personales y familiares que aplica el B. del Chubut al reclamo por despido incausado por se la que esta Alzada viene aplicado desde el año 2016 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).

Y modificarse la tasa de interés fijada para la indemnización por accidente laboral y disponer que se aplicará la tasa activa del B. de la Nación para las operaciones de descuento de documentos que además de ser la de uso judicial en la circunscripción en materia de responsabilidad civil es la fijada por Resolución N° 414/99 SRT (texto según resolución 278/01 SRT para el caso de accidentes sistémicos, guardando coherencia el régimen reparatorio.

Entiendo que en el caso debe admitirse solo esta última parcela del recurso interpuesto por la ART demandada.

Resta el tratamiento de la única queja del actor que ha quedado sin acuerdo por mis colegas.

Y adelanto que coincidiré también en este aspecto con la Dra. García Blanco.

La jueza de grado consideró improcedente el planteo, porque el actor no dio cumplimiento a la indispensable carga de explicitar las pautas mínimas suficientes para poder pronunciarse sobre la validez del pedimento.

Al respecto he señalado con anterioridad (SD "L" Nro. 8/19, 2/20 entre otras) que el reclamo por diferencias salariales debe ser rechazado si el accionante no efectuó precisión suficiente en el escrito de demanda respecto a cuál era el "mejor valor registrado" que se le debió abonar, ni a cuánto ascendió el monto que se le abonó por tal rubro ni cuál era la diferencia entre lo que se le debía abonar y lo abonado, toda vez que debe brindar una descripción claramente expuesta de los hechos cuyo encuadre jurídico pretende.

Jurisprudencialmente se ha hecho hincapié en que el reclamante tiene la carga de invocar claramente los hechos en los que funda su pretensión, haciendo una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se basa la petición judicial (cf. CNAT, Sala VII, 28/04/1993, DT, 1994-532; Sala VIII, 20/04/1995, DT, 1995-1978).

Cuando en el escrito inicial se peticiona algo (cosa demandada) deben describirse los hechos (y las omisiones o hechos omisivos) que, previstos por las normas con efectos jurídicos, hagan operar la regulación jurídica del caso, pues no basta invocar simplemente el marco jurídico de una situación, sin explicar los hechos cuyo encuadre legal se pretende.

En el caso, el actor dijo que por el tiempo de antigüedad y la complejidad, el monto seria determinado por el perito contador designado, más al ofrecer los puntos de la pericial contable nada específicamente solicitó sobre el punto y ahora pretende que el cálculo se efectúe a

partir de las escalas salariales obtenidas de la prueba informativa suministrada por el S..

Sin explicación concreta y sin explicación de la forma de arribar, ni los montos que pretende coincido que debe rechazarse la partida.

En definitiva y por las razones dadas coincido con la solución propuesta por la Dra. García Blanco.

Costas y Honorarios:

La modificación que propongo de la sentencia de primera instancia carece de entidad para modificar la calidad de vencida de la demandada razón por la que mantendré la imposición de costas a su cargo para la primera instancia.

Mantendré también la regulación de los honorarios profesionales por las labores desplegadas en primera instancia por estar fijados en términos porcentuales y de conformidad con las pautas generales previstas por los artículos 5 a 10, 38, 46 ccdtes. de la ley arancelaria. En todos los casos, a calcular sobre el monto del proceso y con mas la alícuota del IVA si correspondiere.

Las costas de esta alzada y en relación a los agravios sobre los que me expedí, considero que deben ser impuestas por el orden causado, pues no he admitido –con la salvedad de la tasa de interés por la indemnización del accidente laboral- ninguna de las quejas.

Asimismo, habiendo sido rechazada la apelación del empleador, considero ajustado a derecho que cada parte cargue con las costas que generó.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia los fijo a favor de los letrados actuantes en representación de las partes, Dr. P. J. F. T., Dra. M. C. y Dr. J. N. en el 25%de los que le fueron regulados por su actuación en la primera instancia de conformidad

con las pautas establecidas por la ley arancelaria vigente en sus arts. 5, 9, 10 y 13 con mas el IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por las razones expuestas, y en la materia de mi pronunciamiento adhiero a la fórmula propuesta por la segunda votante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Hayes, la siguiente

SENTENCIA

1) Hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos por las partes y, en consecuencia, disponer que la tasa de interés a aplicar sobre el capital de condena por reparación integral será la activa del B. de la Nación Argentina.

2) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado.

3) Regular los honorarios de los Dres. P. J. F. T., M. C. y J. N., en la suma equivalente al 25% de lo que se determinado por su actuación en la instancia de grado; con más I.V.A. de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Se deja constancia que los plazos procesales se encuentran suspendidos como consecuencia de la Feria Sanitaria Extraordinaria.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO. DEL 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"