----En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil veinte, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia I. Spoturno y el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., A. B. c/ T. B. S.R.L. s/ Accidente Laboral” (Expte. N° 593 – Año 2018 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 357. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó: ----------

----I.- La sentencia de primera instancia de fs. 316/320 rechazó la demanda de daños y perjuicios por enfermedad profesional promovida por vía del derecho común por el señor A. B. C. contra T. B. S.R.L. y P. ART S.A, en su condición de tercera citada, con costas a la parte actora perdidosa. ----------

----Apeló el actor (fs. 321), expresando sus agravios a fs. 340/351, los que fueron contestados únicamente por P. ART S.A a fs. 353/354. ----------

----II.- Para decidir del modo expuesto, el juez de refuerzo de la instancia de grado estableció primeramente que el hecho debía juzgarse al amparo del anterior código civil (conf. art. 7 del actual CCyC). De continuo precisó que bajo dicho encuadre debían concurrir necesariamente los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: 1) existencia y acreditación del daño causado (art. 1067 del C.Civ); 2) antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión ilícita (art. 1066 C.C y art. 19 CN); 3) existencia de un factor de responsabilidad (art. 1067 C.C) y 4) nexo de causalidad adecuado (arts. 901 y 906 del C.C). ----------

---Dijo que el reclamo de marras ha sido efectuado al amparo de las normas del derecho civil “extra-sistémico”, lo cual implica que su procedencia se encuentra sujeta a presupuestos condicionantes y específicos más estrictos que los contemplados por la ley de riesgos del trabajo, asumiendo el actor la carga de acreditarlos, inclusive –dice- los incumplimientos de la obligación de control y P. que eventualmente se hubiere imputado a la ART, citando en su apoyo precedentes de la Corte Suprema de Justicia, en autos “Soria”, del 10/4/2007 y “Busto”, del 17/4/2007.----------

---Seguidamente afirmó que la prueba pericial no reviste carácter decisivo, ya que no alcanza para acreditar la existencia de relación causal adecuada que se exige en las acciones de este tipo. También entendió que está descartada la antijuridicidad y el factor de atribución. Sostuvo que no se advierte hecho ilícito o delito civil alguno ni que nazcan obligaciones por hechos ilícitos que no sean delitos. Agregó, en refuerzo de su posición, que de ninguno de los testimonios rendidos en la causa surge que otro chofer de colectivos sufriera lesiones en la columna derivadas del cumplimiento de sus tareas. ----En cuanto a la citada a juicio P. ART S.A. juzgó que, además de no corresponderle la

condena por lo anteriormente dicho, no fue introducido en autos a su respecto incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas en el campo de la P.. ----------III.- El actor presenta un extenso y reiterativo memorial de agravios, del cual pueden extraerse las siguientes quejas concretas: ----------1) El valor probatorio dado a la pericia médica. Sostiene el recurrente que el juez de grado descalificó lo dictaminado por el perito sin dar las razones por las que se aparta del informe que permitan demostrar que la opinión del experto carece de una explicación técnica adecuada. Se agravia, en definitiva, de que el juez considere que lo dictaminado por el perito no alcanza para acreditar la relación de causalidad que exige las acciones de este tipo, desconociendo las conclusiones periciales sin fundar el apartamiento. ----------Destaca que no fue controvertido que el actor se desempeñó por 26 años como chofer de colectivos bajo relación de dependencia de la demandada, actividad laboral que –según el experto- genera un claro factor lesivo para provocar y acelerar procesos degenerativos axiales. A continuación transcribe la totalidad de las respuestas y explicaciones periciales, concluyendo que con las mismas no existe duda alguna que la lesión columnaria que lo aqueja tiene relación causal con la actividad laboral desempeñada. Agrega que no es un dato menor la conclusión del experto en cuanto a que las afecciones columnarias se pueden detectar tempranamente de la anamnesis de los exámenes periódicos y que, de haberse realizado los mismos, se le habría diagnosticado la enfermedad y, en su caso, evitado la hernia columnaria. ----------2) Se agravia de que se haya considerado que el daño que dijo sufrir el actor no fue “causado”, ni hubo un acto exterior que lo pueda causar y que a nadie puede imputársele por ello dolo, culpa o negligencia. En este punto esgrime que se atribuyó a la “actividad laboral” la causa del daño en su salud y que la responsabilidad del empleador radicaba en haber “omitido” cumplir con la obligación legal de realizar los exámenes médicos periódicos columnarios, en consideración de que el trabajo de chofer de colectivo tenía aptitud causal para producir lesiones en la columna, debido a los microtraumatismos que produce trabajar sentado, cabeza erecta, con vibración corporal permanente. ----------3) Se queja asimismo de la justificación del decisorio en el hecho de que ningún otro empleado haya sufrido lesiones columnarias –en base las declaraciones de los testigos P. y V.-, explicando que ello no significa que la actividad de chofer de colectivo carezca de aptitud para producirla, por cuanto ello tiene relación con los años trabajados, los caminos recorridos, la antigüedad de las unidades y sus características, aspectos sobre los cuales no se explayaron los testigos. En la misma dirección afirma que si bien los testigos declararon que las unidades de la empresa estaban en buenas condiciones y se les hacía la correspondiente inspección técnica por la Provincia, “ello no significa que (no) produjeran vibraciones en la humanidad del trabajador que, al decir del perito médico, son las causas de la lesión columnaria”. ----------

----4) En relación al factor de atribución, recuerda que fundó la responsabilidad de la demandada en el incumplimiento del “deber de seguridad” previsto en el art. 75 LCT, es decir, haber inobservado las normas de seguridad e higiene en el trabajo, específicamente la realización de los exámenes médicos obligatorios, lo que constituye –dice- una conducta culposa en los términos del art. 512 del Código de Vélez. ----------

---Alega que la responsabilidad debe juzgarse en el marco contractual por haber ocurrido el siniestro en virtud de una relación de empleo, más aún cuando no se esgrime la existencia de delito. Sostiene que el deber u obligación de seguridad contractual es siempre una obligación de resultado, cuya violación genera responsabilidad de naturaleza objetiva. ----------

---Afirma que el daño a la salud está probado, también el incumplimiento de la demandada en la realización de los exámenes médicos periódicos, mientras esta última no acreditó ninguna eximente de responsabilidad para producir la ruptura del nexo causal. De allí concluye que el nexo causal está acreditado. Agrega que está acreditada la omisión antijurídica de la demandada de realizar los estudios médicos obligatorios que imponían las características de la actividad laboral, lo que posibilitó la instalación de la dolencia. Sostiene que si al actor se le hubieran realizado los controles médicos periódicos se habría detectado tempranamente su afección columnaria y, en su caso, asignado otras tareas. Cita al efecto lo dispuesto en el art. 4 y 8 de la ley 19.587 de seguridad e higiene en el trabajo respecto a la obligatoriedad del empleador de adoptar y poner en práctica medidas precautorias. Invoca y explica la teoría de la “causalidad adecuada” (art. 901 del código de Vélez y art. 1726 del CCyC actual). También funda su posición en lo dispuesto en el art. 1113, 2do. párrafo, del C.Civ., en tanto comprende la llamada “actividad riesgosa”, tal como ha sido receptado en el art. 1758 del C Civ. y Com. actual.----------

---Se explaya en torno a la subsistencia del deber contractual de seguridad por parte del empleador pese a la reforma del art. 75 de la LCT dispuesta por el art. 49 de la ley de riesgos del trabajo. ---------- ---

-5) Se agravia de que el juez no consideró la omisión de presentación por parte de la demandada de la “documental en su poder” consistente en la presentación del legajo laboral y sanitario del actor como asimismo el examen preocupacional y los exámenes médicos periódicos que se le hubieran realizado durante toda la relación laboral. Esgrime que el juez de grado debió hacer valer la presunción contenida en el art. 392 del rito. ----------

----Invoca el principio de la carga dinámica de la prueba, entendiendo que se desplaza el “onus probando” del actor al demandado, ya que al estar dicha documentación en poder de la demandada nada obstaba a presentarla para acreditar el “cumplimiento de los incumplimientos que el actor le achacaba” (sic). ----------

---6) Por último, respecto a la responsabilidad de la ART, destaca que su citación fue

realizada a pedido de la parte demandada, circunstancia por la cual no se le atribuyó responsabilidad ni se ofreció prueba sobre el particular, mas allá –agrega- que de las constancias de autos surge nítidamente que la misma omitió sus obligaciones legales de P.. Explica que la responsabilidad de la ART es legal y dice que si se comprueba el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene por parte de la empleadora que son las que determinan el accidente o enfermedad laboral y esas transgresiones no fueron controladas ni denunciadas por la ART, se verifica el nexo de causalidad adecuado. ----------

---IV. Al contestar los agravios, el letrado apoderado de P. ART, luego de destacar la falta de precisión de las quejas, indica que en relación a su representada surge con claridad que el actor no la demandó ni atribuyó omisión alguna, ni ofreció ni produjo prueba de ninguna índole que la hiciera responsable. Dice que ni la ley de riesgos del trabajo ni su reglamentación, contemplan la citación en garantía de la aseguradora y que por haberse elegido la vía civil contra el empleador el accionante deja de disponer de las ventajas y tutelas especiales que concede la legislación especial. Por ello, al no haberse acreditado fundamentalmente el nexo causal entre la patología de C. y sus tareas habituales, ni que la actividad pueda ser calificable de riesgosa, peticiona se confirme la sentencia. ----------

-----V.- Resumidos del modo más sucinto posible la sentencia, los agravios y su contestación, me adentraré directamente al tratamiento de las quejas deducidas, lo que conduce a determinar en primer lugar si se encuentra o no debidamente acreditada la responsabilidad civil por enfermedad profesional del empleador endilgada en autos. ----

---V 1) Cabe precisar primeramente que en el caso bajo análisis la primera manifestación invalidante de la enfermedad profesional alegada se produjo en fecha posterior a la entrada en vigencia de la ley 26.773 (B.O 26/10/12), hallándose en vigor la regla de la opción excluyente entre los dos sistemas de responsabilidad –especial o civil- previsto en su art. 4 y complementado con las reglas de los arts. 5, 6, 7, 14 y 17, apartados 1 a 4 de la mencionada ley.----------

---De este modo, tal como lo prevé el último párrafo del citado art. 4, en los supuestos de acciones judiciales iniciadas por vía del derecho civil, corresponde aplicar la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil. ----------

---Así, la procedencia de la pretensión de reparación integral o plena como la aquí deducida se supedita a que el trabajador demuestre la existencia de un daño en relación de causalidad adecuada con alguno de los factores de atribución de responsabilidad, ya sea de índole subjetiva (v.g. dolo, culpa o incumplimiento contractual) u objetiva (v.g. vicio o riesgo de una cosa o responsabilidad refleja por actos del dependiente) que pueda atribuirse al empleador, salvo que se alegue y pruebe la concurrencia de alguna de las casuales eximentes de responsabilidad legalmente previstas (arg. arts. 508, 511, 512, 1074, 1109, 1113 y cctes. del anterior código civil). –----------

---V 2) La existencia del daño quedó acreditada con la pericia médica practicada a fs. 215/217 y las explicaciones de fs. 224/225, de todo lo cual resulta que el actor padece discopatía localizada en un segmento lumbar (L1-L2), que le genera una discapacidad física parcial y permanente, estimada por el perito en un total de 13,50% según baremo Dto. 659/96 o en un 12,60% ponderando el factor edad según fallos de la Cámara de Apelaciones de Trelew. ----------

----V 3) El juez de grado rechazó la demanda por entender, básicamente, que no se hallaba acreditado el presupuesto de “relación adecuada de causalidad”, en los términos de los arts. 901 y 906 del anterior Código civil, vigentes al momento del hecho, aseverando que la pericia médica no alcanzaba para ello. En dicho sentido valoró que resultaba insuficiente la afirmación del experto del segundo párrafo de las consideraciones de fs. 215 vta., en las que dijo: “las tareas de conducir un vehículo pesado durante 26 años, sentado, cabeza erecta, con vibración corporal permanente, genera un claro factor lesivo para provocar y acelerar procesos degenerativos axiales”.-

---Adelanto que, a mi juicio, el peritaje médico acredita suficientemente la relación adecuada de causalidad entre las tareas laborales realizadas –chofer de colectivo durante más de 26 años- y la patología resultante. ----------

---En efecto, sin mayor esfuerzo interpretativo, surge de la consideración pericial antes transcripta que, atendiendo al tipo y período de tareas desarrolladas por el actor –extremos no controvertidos en autos-, las mismas constituyeron un claro factor lesivo para provocar la lesión. Ello se corrobora al remitirse el perito a la misma consideración para dar respuestas a la preguntas d) y h) formuladas por el actor, referidas a qué potencialidad tuvo la actividad laboral –chofer de colectivo- para producir microtraumatismos columnarios y más concretamente a qué relación causal existe entre la dolencia columnaria y su actividad laboral (ver fs. 215 vta. y 216). A su turno a fs. 216 vta., en respuesta al cuarto punto de pericia propuesto por la aseguradora, referido a si el envejecimiento produce esta patología, el experto respondió: “Es multicausal. Como expresé en Consideraciones, el factor laboral, en este caso, fue de relevancia en provocar y acelerar proceso natural de desgaste. La edad del actor, también es un factor de importancia, por los procesos naturales osteoartríticos”. ----------

----Si alguna duda generaban las mencionadas respuestas, las mismas se disipan definitivamente con las explicaciones dadas a fs. 224/225. Allí, al contestar el punto 3 de fs. 224 vta., reitera el experto que la relación de la dolencia con el trabajo fue referida en el informe inicial y aclara que las lesiones degenerativas siempre resultan de un proceso a través del tiempo y no, por ejemplo, de un traumatismo que produzca una fractura. En el punto 6, al ser requerido para que estime cuanto de “culpa” se puede atribuir el tipo de tarea laboral y cuánta a su preexistencia, explica que no existe bibliografía exacta para dilucidarlo y que debe analizarse caso por caso, concluyendo: “En el caso que nos atañe, se trata de un varón adulto de edad media-avanzada, sin patologías generales

que impliquen directamente la facilitación de degeneración articular, que realizaba tareas laborales que implicaban posiciones forzadas y vibraciones de cuerpo entero, durante muchos años. Los estudios por imágenes mostraron signos de patología crónica de la columna lumbar, esperable según lo manifestado más arriba. Recibió tratamiento sintomático y, a pesar de eso, continuó sintomático. Por lo tanto se podría asumir que un 20% de su secuela funcional se debería a enfermedad degenerativa y el otro 80% al tipo de tarea laboral y la progresión de síntomas por él ocasionado". ----------

-----Es dable advertir que ni el informe inicial ni las posteriores explicaciones fueron motivo de impugnación por la demandada ni por la aseguradora citada. Esta última únicamente requirió explicaciones, las que fueron debidamente contestadas por el perito, aunque evidentemente obviadas por el juzgador al resolver. ----------

----Por lo demás, el informe médico presenta seriedad científica y se encuentra debidamente fundado, habiendo el perito dejado constancia de que revisó personalmente al actor; de los estudios tenidos a la vista y del examen físico realizado, así como de la bibliografía consultada para fundar sus conclusiones, sin que se aprecien errores o contradicciones en las mismas. ----------

-----Cabe recordar aquí que el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial..", Librería Editora Platense-Abeledo-Perrot, 1992, T. V.B, 427/428 y 455 y sus citas), las que no encuentro aquí presentes. ----------

---De este modo, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 481 del ritual), el dictamen médico merece plena eficacia probatoria ya que no advierto razones serias y objetivas para apartarme de sus conclusiones, de las cuales surge suficientemente acreditada la dolencia del actor y su vinculación causal adecuada con las tareas laborales cumplidas bajo relación de dependencia de la demandada, siendo indiferente, claro está, que la enfermedad se halle o no incluida en el listado que prevé la ley de Riesgos del Trabajo a los fines del régimen especial (CSJN, "Milone", del 26/10/2004, Fallos 327:4607 y "Silva", del 18/12/2007 Fallos 330:5435). ----------

---Ahora bien, en tanto el experto atribuyó un 80% de la secuela funcional al tipo de tarea laboral y un 20% a enfermedad degenerativa, ello nos introduce de lleno en la cuestión de la concausa. ----------

----Como ha sido expuesto reiteradamente en la jurisprudencia de esta Alzada, la causalidad, además de su función primera de imputación de daños, tiene por segunda función determinar la extensión del daño indemnizable: sólo los daños relacionados causalmente en forma adecuada son imputables a un responsable. Y no son imputables al autor los daños derivados de una patología previa de la víctima, pues ellos obran como

concausa del daño y ese segmento del detrimento, no puede ser imputado al dañador, como que en el derecho argentino vigente la concausa no encaja dentro del esquema causal vigente de la causa adecuada (cfr. esta Sala, 31/3/2010, “M., O. E. c/ M., O. H. y/u otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 637 - Año 2009 CAT, antecedente citado por esta Sala en SDC Nro. 10/13). ----------

---En dicho precedente, siguiendo a ZANNONI, este Tribunal dejó sentado que “La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa: 1) Las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente (un sujeto que sufre de osteoporosis es golpeado por otro y sufre una fractura grave que el golpe por sí mismo no debía producir); 2) las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo (un sujeto que, como en el caso anterior, es golpeado por otro y al caer se dispara el arma que lleva en la cintura, hiriéndolo de gravedad), y 3) las concausas sobrevinientes, es decir causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado (un sujeto que, lesionado, es intervenido quirúrgicamente y que por alergia desarrolla durante la operación un shock anafiláctico a un antibiótico y muere)” (ZANNONI, Eduardo A., “Cocausación de daños (Una visión panorámica)”, en “Revista de Derecho de daños”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003, T. 2003-2, pp. 8 y 9). ----------

--De este modo si el daño proviene de una "concausa" con motivo de la predisposición de la víctima (ajena a la responsabilidad del empleador) procede efectuar el deslinde conceptual y la asignación causal debida a dicha interferencia, a efectos de que la obligación resarcitoria del obligado no exceda la porción que le es imputable. ----------

---En consecuencia, corresponde en este caso limitar la atribución de responsabilidad de la empleadora a la contribución causal que la actividad laboral ha tenido en la dolencia (80%) ya que el perito atribuyó un 20% a enfermedad degenerativa –entiendo actuando como concausa concomitante- y no hallo motivo alguno para apartarme de lo dictaminado por el experto, en orden a las consideraciones antes expuestas respecto a la seriedad científica y fundamentación de sus conclusiones.----------

----Pasando ahora al análisis del factor de atribución, surge de la demanda que el actor fundó su pretensión resarcitoria en la responsabilidad objetiva que surge del deber de seguridad contractual a cargo del empleador previsto en el art. 75 de la LCT –el que entiende subsistente pese a la modificación efectuada por el art. 49 de la ley 24.557- y al mismo tiempo invocó, para el supuesto que se considere el caso desde la óptica de la responsabilidad extracontractual, el art. 1113, 2do. párrafo del anterior código civil, considerando allí comprendido el “riesgo de la actividad” por las condiciones en que la misma se realizaba. ----------

---Resulta oportuno rememorar aquí, como lo explica Pizarro, que la propia historia de la

responsabilidad objetiva, en general, y por riesgo creado en particular, está estrechamente vinculada con los infortunios laborales. Tuvo su origen en Francia, a fines del siglo XIX, con el propósito claro y definido de brindar protección adecuada a los obreros que sufrían accidentes de trabajo. La teoría del riesgo creado nació con una finalidad en extremo modesta y pragmática: proteger al trabajador, relevándolo de probar culpa del patrono, cuando sufría un daño al tiempo de prestar servicios. A partir de allí y visto el éxito obtenido, se proyectó hacia el ámbito del derecho civil, llegando a constituir en nuestro tiempo un factor de atribución de singular importancia (conf. Pizarro, “Tratado de la Responsabilidad Objetiva”, T. II. Ed. La Ley, pág. 561 y stes.). ----------

----Por ello, no abrigo dudas que el marco normativo que debe aplicarse es el de la responsabilidad objetiva por riesgo creado prevista en el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código Civil, reformado por Ley 17.711 y su doctrina que la extiende al “riesgo de la actividad”, en este caso por las circunstancias de realización de la tarea laboral, consistente en posiciones forzadas con vibraciones de cuerpo entero, durante muchos años (ver explicaciones del perito a fs. 225). ----------

---En la actualidad dicha doctrina posee marco normativo propio al ser recogida en forma expresa por el legislador en el nuevo art. 1757 del CCyC., tal precepto, aunque sin vigencia a la fecha del hecho, reviste indudable valor doctrinario interpretativo para resolver este caso. ----------

----Estimo innecesario, en consecuencia, analizar el incumplimiento del deber de seguridad que emerge del art. 75 LCT como fuente autónoma de responsabilidad, ponderando, asimismo, que de acuerdo al texto vigente a la época de los hechos, el inc. 2 del mencionado art. 75, remitía a las normas que regulan la reparación de los daños por accidentes y enfermedades profesionales, lo que importa una evidente remisión a lo dispuesto por las leyes 24.557 y 26.773 y a los criterios allí establecidos, entre ellos, la opción de recurrir a la vía civil para obtener la reparación plena, en base a su legislación y principios (art. 4 Ley 26.773 antes citado). ----------

----V. 3). Atribuida del modo expuesto la responsabilidad a la empleadora demandada, pasaré al análisis de los rubros indemnizatorios reclamados, consistentes en: 1) incapacidad laboral sobreviniente y 2) daño moral. ----------

---1) En relación a la incapacidad sobreviniente, quedó determinado a través de la pericia practicada que como consecuencia de la dolencia columnaria el actor presenta una incapacidad laboral física, permanente, parcial y definitiva, estimada en un 13,50 % según baremo Dto. 659/96 y en un 12,60% tomando en cuenta otra forma de ponderar el factor edad “según recientes fallos de la Cámara de Apelaciones de Trelew”, aunque los mismos no se individualizaron (ver fs. 216 del informe pericial). También se especificó que además de la laboral, afecta las tareas cotidianas del actor ya que le resultaría oneroso caminar largo trayecto, cargar y trasladar peso (punto k de pericia del actor, fs. 216 vta.). Todo ello constituye claramente una lesión a la integridad física

cuyas consecuencias en la esfera patrimonial y extrapatrimonial deben ser resarcidas de manera plena (art. 19 CN y actual art. 1740 del CCyC). ----------

----Ahora bien, el actor peticionó la indemnización del daño material por “incapacidad laboral sobreviniente” y la aplicación al efecto de la fórmula matemática-financiera conocida como “Moore Bernasconi”. Denunció una remuneración mensual de $ 8.443 -la cual se verifica con los recibos de haberes de fs. 7 y 51 del mes mayo de 2013- y contar con 47 años de edad al detectarse la enfermedad laboral. Al contestar la demanda, la empleadora únicamente cuestionó la edad de vida útil considerada para la aplicación de la fórmula, pretendiendo que la reparación no se extienda mas allá de los años que restan para la jubilación (ver fs. 65).----------

-----Adelanto que considero adecuada la utilización de la técnica indemnizatoria de renta capitalizada ya que constituye indiscutiblemente un parámetro objetivo para alcanzar un resultado razonable hacia el pleno resarcimiento del daño, que contaba con amplio respaldo jurisprudencial con anterioridad a la sanción del nuevo código y que constituye incluso la voluntad del legislador actual plasmada en el art. 1746 del CCyC. ----------

-----Cabe destacar que este Tribunal ha sido precursor al emplear para el cálculo de la indemnización por incapacidad la fórmula matemática financiera conocida como “Moore y Bernasconi” desde hace casi treinta años (esta Sala, SDL 92/91, 35/94, 19/95; SDC 39/95, 25/98, 13/99, c.28/13 SDC 10/13; 34/16, entre muchos otros pronunciamientos).-

----Como es sabido la aplicación de la fórmula exige valorar las circunstancias del caso concreto. En autos el actor únicamente reclamó la indemnización de la “incapacidad laboral” y para valorar sus pérdidas económicas refirió sólo a la remuneración percibida por la relación de dependencia. En tales términos, atendiendo a la congruencia procesal, no corresponde considerar otras actividades productivas económicamente valorables –distinta de la laboral- para la determinación del rubro “incapacidad sobreviniente”, las que no fueron invocadas y menos aun acreditadas (conf. exigencia art. 1744 CCyC). A ello se agrega que el daño extrapatrimonial por la limitación a la vida social o a la vida de relación es justipreciado por separado. ----------

----Por ello considero que la edad útil que debe computarse para la aplicación de la fórmula, en este caso, no es otra que la edad jubilatoria, ya que no se evidencian actividades productivas que puedan extenderse más allá de dicho límite. Aquí, por tratarse de un masculino, la edad jubilatoria se alcanza a los 65 años de edad de acuerdo al régimen del sistema previsional general (conf. art. 19 inc. a) de la Ley 24.241). De este modo, la variable “n” de la fórmula será fijado en 18 años, que constituye el “plazo razonable” por el cual el actor pudo continuar desarrollando la actividad invocada, al cual remite el art. 1746 del nuevo código. Por los mismos argumentos debe estarse al porcentaje de incapacidad laboral fijado por el perito (13,50%). ----------

----Así las cosas, aplicando la fórmula matemática financiera de uso común en el fuero,

según la cual C=a*(1-1/(1+i)n)*1/i., en donde “a” es la remuneración anual implicada, en el caso la suma de $ 14.817 ($ 109.759, resultante de $ 8.447 x 13, por el porcentaje de incapacidad: 13,50%); “i” es la tasa de descuento para el periodo computado la que estimo razonable fijarla en el 6% anual y la variable “n” es el periodo computable de 18 años, arribando a una indemnización por este concepto de pesos ciento sesenta mil cuatrocientos treinta y dos con 60/100 ctvos. ($ 160.432,60). Corresponderá asumir a la demandada el 80% de dicho monto, esto es, la suma de pesos ciento veintiocho mil trescientos cuarenta y seis ($ 128.346), en virtud de la atribución concausal de su responsabilidad, antes establecida.----------

---- ----2) En cuanto al daño moral o extrapatrimonial como se lo denomina en el nuevo código, cabe recordar que tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor esencial en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos (Sup. Corte Bs. As., 14/5/1996, Juba sum. B23710; C. Civ. y Com. Quilmes, sala 2ª, 22/2/2002, Juba sum. B2951066; C. Nac. Civ., sala K, 14/11/2003, JA 2004-II-467; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 26/12/1994, Juba sum. B251613; C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 26/4/2001, Juba sum. B101463; C. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 1ª, 29/8/2000, Juba sum. B1402262; C. Civ. y Com. San M., sala 2ª, 22/8/2000, Juba sum. B2001720; C. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 19/7/2001, JA 2002-II-Síntesis; C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala 1ª, 21/3/2000, Juba sum. B2550168; entre muchos otros). ----------

----En el caso que nos ocupa, dado que al actor le quedaron secuelas permanentes en virtud de la enfermedad profesional, con limitaciones a su radio de actividades, se ha visto afectado un derecho esencial, de amplia e intensa repercusión espiritual, que es el derecho a la integridad física. Ello claramente tiene de por sí un fuerte contenido extrapatrimonial menoscabante.----------

----Ahora bien, para fijar el monto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados con infortunios resueltos en el contexto indemnizatorio del código civil anterior, que debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de una daño accesorio a éste (Fallos 316:2894; 321:1117; 323:3614; 325:1156; 326:820 y 847; 330:563 y 334:376, entre otros).----------

---También ha dicho el Alto Tribunal que: “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha

desaparecido” (Fallos 334:376). ----------

----En consonancia con ello, esta Sala ha venido señalando que, dada la naturaleza reparatoria del rubro, su “quantum” debe estar referido a la dimensión del perjuicio sufrido, correspondiendo pues para fijarlo atender al tipo de derecho lesionado, a las consecuencias que el ilícito acarreó a la víctima y el factor de atribución de la responsabilidad, pues hiere más el ánimo del damnificado el ataque cuanto más próximo a la intencionalidad del agente se presenta (este Tribunal. SDC 3/11, 15/11, 12/13, 16/13, entre otras).----------

----En la causa quedó acreditada la lesión y las secuelas físicas permanentes derivadas, estimadas precedentemente en un 13,50% de la total obrera, con afectación no solo de sus tareas laborales sino también de sus tareas o actividades cotidianas, como caminar largos trayectos o cargar y trasladar peso, contando la víctima con 47 años de edad a la época en que la enfermedad se manifestó. Ahora bien, el factor de atribución de la responsabilidad endilgado a la demandada es objetivo, por lo que no puede computarse una intencionalidad dañosa o culpa por parte de la empleadora. ----------

-----Atendiendo a tales circunstancias, estimo prudente y razonable, en ejercicio de la facultad judicial consagrada en el art. 167 CPCC, establecer por este concepto la suma de pesos cincuenta mil ($ 50.000), suma que resulta acorde con la peticionada en la demanda y con las concedidas en los precedentes actuales de este Tribunal referidos a lesiones psicofísicas (SDC 5/2016; 16/2016 y 7/2017, entre otras) como así también por las Cámaras de Apelaciones de otras jurisdicciones, en función del porcentaje de incapacidad reconocido en cada caso (ver en Microjuris C. Civ. y Com. Fed., Sala II, en “López Rodolfo c/Estado Nacional- Ministerio de Seguridad Policía Federal s/accidente de Trabajo/enferm. Prof. Acción civil.”, del 28/3/2017, cita MJ-JU-M-106015-AR; C Nac. Ap. Civ., Sala H, “Descals Daniel Adrián c/Panamerican Mall S.A. s/daños y perjuicios”, del 10/7/2018, cita MJ-JU-M-113194-AR y C. Nac. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, “Barcos Carlos Alberto c/Depaoli A. Hernán s/ daños y perjuicios- autom. c/ les. o muerte (exc. estado)”, del 10/11/2017, cita: MJ-JU-M-107808-AR).----------

---Tal como lo he consignado en relación al rubro incapacidad sobreviniente, corresponde atender a la demandada el 80 % del monto antes indicado, es decir, la suma de pesos cuarenta mil ($ 40.000).----------

-----V. 4) Intereses: Sobre las sumas antes establecidas deberá liquidarse un interés calculado a la tasa activa que cobra el Banco del Chubut S.A. para operaciones generales vencidas, desde la fecha en que se manifestó la enfermedad profesional y hasta la efectiva cancelación. A tal fin debo precisar que no quedó acreditada la fecha alegada por el actor en su demanda (noviembre de 2012), por lo que mi propuesta es fijar como fecha de la primera manifestación invalidante el día 11 de marzo de 2013, que corresponde a la fecha del estudio de resonancia magnética de columna lumbo-

sacra de fs.5, cuya autenticidad quedó reconocida a fs. 189/190. ----------

----VI.) Situación de la ART citada:----------

----En autos, tal como lo destacó el letrado apoderado de la ART, tanto en su presentación inicial como en la contestación de los agravios, la aseguradora no ha sido demandada por el actor, motivo por el cual no se le imputó ningún tipo de responsabilidad de fuente autónoma ni en virtud del seguro y por dicho motivo no puede ser alcanzada por la condena. ----------

----Ahora bien, tal como anteriormente lo puse de resalto, la demanda fue promovida hallándose en vigencia la ley 26.773, cuyo art. 6 prevé: “Cuando por sentencia judicial, conciliación o transacción se determine la reparación con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) deberá depositar en el respectivo expediente judicial o administrativo el importe que hubiera correspondido según este régimen, con más los intereses correspondientes, todo lo cual se deducirá, hasta su concurrencia, del capital condenado o transado…”. En base a dicha disposición normativa es que precisamente la empresa demandada requirió su citación a juicio. ----------

----De modo que, lo que debe analizarse aquí, es si la aseguradora se encuentra obligada según las disposiciones del régimen sistémico –ley 24.557, sus modificatorias, complementarias y reglamentarias- a cubrir el infortunio y por ende a depositar el importe correspondiente . ----------

---El artículo 6°, apartado 2 a) de la Ley Nº 24.557 y sus modificatorias, considera entre las contingencias cubiertas por el Sistema sobre Riesgos del Trabajo a aquellas enfermedades profesionales incluidas en el listado elaborado y revisado por el Poder Ejecutivo Nacional, conforme al artículo 40 de dicha norma, identificando agente de riesgo, cuadros clínicos, exposición y actividades en capacidad de determinar dichas enfermedades. La hernia de disco fue incorporada al listado de enfermedades indemnizables en el año 2014 mediante el Decreto 49/14 que modificó los decretos 658/96, 659/96 y 590/97. ----------

---Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en las “disposiciones comunes” del mencionado decreto 49/12 las nuevas enfermedades contempladas en su anexo se considerarán incorporadas al listado a partir de la fecha de vigencia de la norma y la misma sólo se aplicará a las contingencias cuyo hecho generador se produzca con posterioridad a la incorporación de las mismas al listado. ----------

- ----Teniendo en cuenta que la contingencia bajo análisis ocurrió con anterioridad al reconocimiento de la hernia de disco como enfermedad profesional cubierta por el régimen de ART; que el mencionado régimen no ha sido objeto de cuestionamientos en esta causa, hallándose vedada su aplicación retroactiva y que el trabajador no instó el procedimiento establecido en el inc. 2 b) del art. 6 LRT, no cabe sino concluir que la ART no tiene obligación legal de cobertura. ----------

---VII. Conclusión: Por todas las consideraciones expuestas mi propuesta consiste en revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda promovida por el señor A. B. C. contra la empresa empleadora T. B. S.R.L., condenando a esta última a abonar al primero, en el plazo de diez (10) días de quede firme la presente, la suma total de pesos ciento sesenta y ocho mil trescientos cuarenta y seis ($ 168.346), en concepto de indemnización por daños y perjuicios de acuerdo a los rubros y montos expuestos y con más los intereses respectivos. No establecer condena ni obligación de depósito alguno contra la aseguradora citada.----------

----VIII.- Atendiendo al nuevo resultado del proceso se impone readecuar las costas y honorarios de la primera instancia (conf. art. 282 del CPCC). Propongo a tal fin que las costas de ambas instancias queden a cargo de la demandada vencida, ya que no hallo mérito alguno para apartarme del principio general de la derrota (conf. art. 69, primera parte, del CPCC). ----------

----En cuanto a las generadas por la intervención de la ART citada, atendiendo al carácter en que fue pedida su citación por el asegurado (al solo efecto de depositar el importe que hubiere correspondido por el régimen sistémico de acuerdo a lo previsto en el art. 6 de la Ley 26.773), el resultado del proceso (condena al asegurado y liberación de la obligación a su aseguradora) y la forma en que se resuelve dicha liberación (contingencia no prevista como argumento de oficio), propongo se hallen a exclusivo cargo de la aseguradora (art. 69, segunda parte, del CPCC). ----------

----IX.- En cuanto a los honorarios profesionales por las labores de primera instancia, propongo establecerlos al doctor C. M. M., letrado patrocinante del actor, en un 18 % y al doctor C. F. M., apoderado, un 40% de lo regulado al anterior. Al doctor M. M., letrado apoderado de la demandada, un 12,60%, incluyendo el plus procuratorio y a los doctores A. F. y J. M. C., patrocinantes de la aseguradora citada, en conjunto, en un 16% y al letrado apoderado, doctor R. L., un 40% de lo regulado a los anteriores. Los honorarios del perito Dr. M. J. T. quedan establecidos en el porcentaje fijado en el pronunciamiento de primera instancia (3%). En todos los casos los porcentajes mencionados serán calculados sobre el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio del mínimo legal (conf. arts 5, 6, 8, 9, 18, 46 y consc. de la ley XIII Nro. 4). ----------

----X.- Por las tareas desarrolladas en esta alzada, considero justo y adecuado, establecerlos para los letrados del actor, C. M. M. y C. F. M., en conjunto, en un 6,30% del monto resultante del proceso. Al doctor R. L., letrado apoderado de la aseguradora, en un 4,5% sobre la misma base. En ambos casos se incluyó el plus procuratorio y deberá adicionarse el I.V.A en caso de corresponder (conf. art. 13 de la ley XIII nro. 4).

----Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión por la NEGATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

---I. La Dra. Cordón Ferrando reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión

impugnada y los motivos de agravios por lo que me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.----------

---En la presente causa el juez de grado rechazó la demanda de daños y perjuicios entablada por el actor (acción civil) contra su empleadora por considerar no acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil. Puso el énfasis en la relación causal y concluyó que la misma no se encontraba acreditada. Dijo también que no medió accionar ilícito por parte de la demandada y que no se acreditó la existencia de ningún factor de imputación ya sea subjetivo u objetivo.----------

---La parte actora se agravia de la decisión tomada en el grado y de manera confusa expresa sus agravios. Centra su crítica y su planteo —principalmente— en el art. 75 de la LCT pero también se refiere al factor subjetivo de responsabilidad cuando habla de la "culpa" de la empresa al no efectuar los controles periódicos y también al factor objetivo "riesgo de actividad" cuando se refiere a que la actividad desempeñada por el actor era riesgosa. Se refiere al deber genérico de seguridad, afirmando que esta responsabilidad es contractual y que la obligación que de ella emana es de resultados; y también a la responsabilidad extracontractual cuando solicita la aplicación del art. 1113 del Código Civil. En fin, tal como afirma la ART citada en autos a instancia de la demandada, resulta dificultoso delimitar los agravios y las pretensiones. ----------

---Sin perjuicio de lo expuesto, daré tratamiento al recurso aclarando —máxime en el marco antes descripto—, que el tribunal de alzada no está obligado a tratar todos los agravios expresados por la parte sino que resulta suficiente con dar tratamiento a aquellos necesarios para resolver la cuestión sometida a decisión. Ello en tanto, no resulta obligatorio para quien decide seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos; bastando con que se hagan cargo de aquellos que sean conducentes a la decisión del litigio (Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202, entre otros, citados por Carrió, Genaro R., "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", Ed. Abeledo-Perrot 1983, T° primero, p. 66). Es decir, que los Magistrados pueden prescindir de aquellos que estimen inconducentes para la solución de la causa (Fallos 302:539), estando obligados a tratar únicamente los argumentos expuestos por las partes que estimen pertinentes para la resolución del caso (Fallos 310:1835; 322:270; 329:1951, entre otros; S.I.L. 14/12 "A" CAT).----------

---II. En forma previa a ingresar al tratamiento de los agravios, cabe resaltar que la primera manifestación invalidante ocurrió después de la entrada en vigencia de la Ley 26.773, por lo que se encontraba vigente la denominada "opción excluyente" (art. 4). ---

---Asimismo recordaré que, tratándose la presente de una acción de responsabilidad civil, deben acreditarse sus elementos: 1° Antijuridicidad; 2° Daño; 3° Relación de causalidad entre el daño y el hecho; 4° Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad (Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, 1972, pág. 74). ----------

---III. Sentado lo anterior e ingresando ya al tratamiento de los agravios considero, tal como señaló más extensamente la Magistrada del primer voto, que se encuentran acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil que hacen procedente el reclamo del actor.----------

----El daño surge de la pericia médica obrante a fs. 215/217 y las explicaciones obrantes a fs. 224/225. El perito en su informe refirió la existencia de una discopatía localizada en un segmento lumbar (L1-L2) que genera una discapacidad parcial y permanente del 13,5% de la TO según baremo Dto. 659/96 o en un 12,6% ponderando el factor edad según recientes fallos de esta Cámara de Apelaciones (que no cita).----------

-----La discusión en autos giró en torno a la existencia de nexo causal entre la tarea cumplida por el actor y el daño a su salud. En mi opinión, coincidente con la vertida en el primer voto, en la presente causa se encuentra suficientemente acreditada la relación causal entre las tareas realizadas por el actor durante 26 años y el daño sufrido. El perito médico de manera clara afirmó que "*el Sr. C. presenta en la actualidad síntomas relacionados a patología en la columna vertebral; todos sus segmentos se hallan con patología pero la sintomatología se relaciona con el segmento lumbar. En cuanto al tipo de tarea laboral, la tarea de conducir un vehículo pesado durante 26 años, sentado, cabeza erecta, con vibración corporal permanente, genera un claro factor lesivo para provocar y acelerar procesos degenerativos axiales*" (fs. 215vta.). Luego, al responder al pedido de explicaciones, agregó que "*se podría asumir que un 20% de su secuela funcional se debería a enfermedad degenerativa y el otro 80% al tipo de tarea laboral y la progresión de síntomas por él ocasionado*" (fs. 225).----------

--El juez de grado, sin brindar suficientes motivos para hacerlo, se apartó de la pericia y sus explicaciones por lo que su decisión no puede convalidarse en esta instancia. En este sentido se ha dicho que para desvirtuar una prueba pericial es imprescindible valorar los elementos de juicio que permitan advertir fehacientemente el error o el uso inadecuado que el médico hubiese hecho de los conocimientos científicos que por su profesión o título habilitante debe suponérselo dotado. De ahí que, cuando la pericia aparece fundada en principios técnicos inobjetables, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor peso, aceptar sus conclusiones (conf. CNAT Sala VII, 29/02/2016, D., G. I. c. Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. y otros s/ accidente - acción civil, Cita Online: AR/JUR/6215/2016). ----------

---Por lo expuesto entiendo que, en el marco de la sana crítica con que debe valorarse la prueba (art. 481 CPCC), la pericia realizada en autos resulta suficiente para acreditar la cuestionada existencia de vínculo causal entre la tarea cumplida por C. y la dolencia que padece (al menos, en un 80% según pericia). ----------

---Ahora bien, conforme surge de la pericia mencionada, el aporte causal de la demandada fue del 80% puesto que el 20% restante corresponde a "enfermedad degenerativa". Por tal razón, y a fin de determinar el alcance que tendrá el deber de

resarcir de la demandada, cabe recordar que si media concausalidad de la víctima, el demandado responde solo en la medida en que su hecho contribuyó causalmente al resultado; en la proporción restante el daño es soportado por el perjudicado, es decir, queda sin resarcir (SDC 15/2015 de la Sala B de esta Cámara de Apelaciones con cita de Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, Tomo 4, pág. 283).----------

---Reiteradamente se ha resuelto que la concausa resulta incompatible con el sistema de causalidad adecuada, dado que se trata de una causa independiente que altera el curso causal, de modo que no puede imputarse al demandado el aporte causal de la concausa, el que deberá desagregarse de la imputación causal que se haga a éste y que deberá limitarse exclusivamente al aporte causal que éste haya hecho con la causa adecuada que él introdujera (esta Sala: SDC 8/2010, SDC 25/2010, entre otras; Sala B: SDC 5/2015, SDC 13/2019, entre otras).----------

---Por lo expuesto corresponde limitar la atribución de responsabilidad de la empleadora en la medida de su contribución causal. ----------

---En cuanto al factor de atribución, y tal como lo mencioné al comenzar con el desarrollo de mi voto, la actora funda su reclamo en múltiples factores y sistemas de responsabilidad. Sin perjuicio de ello, considero que en este caso debe aplicarse el marco normativo del art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código Civil (hoy derogado pero vigente al momento de la primera manifestación invalidante). Coincido con la opinión de la Dra. Cordón Ferrando en cuanto propicia considerar como factor objetivo de atribución el riesgo de la actividad de la que se servía el empleador. En efecto, conforme surge de la pericia practicada en autos, la dolencia que padece el actor fue causada por las "*tareas laborales que implicaban posiciones forzadas y vibraciones de cuerpo entero, durante muchos años*". Por esta razón, y teniendo en consideración el 20% que asigna a "*enfermedad degenerativa*", el perito considera que el 80% corresponde al "*tipo de tarea laboral y la progresión de síntomas por él ocasionado*" (fs. 225). ----------

---En este marco entonces, la empleadora, a fin de liberarse de responsabilidad y de conformidad con el art. 1113 del Cód. Civil (actual art. 1757 del CCyCN), debió acreditar que el actor tuvo algún grado de culpa en su lesión, o que intervino un tercero en el acaecimiento del daño, por el cual no debe responder. Nada de ello surge de autos con excepción, claro está, del 20% asignado a la "enfermedad degenerativa". ----------

---En cuanto al análisis del cumplimiento del deber de seguridad que emana del art. 75 LCT, dado el modo en que fuera resuelta la atribución de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad civil, no resulta neC.io su tratamiento.----------

IV. Determinada entonces la responsabilidad civil de la empleadora, corresponde analizar los rubros indemnizatorios reclamados:----------

---Incapacidad laboral sobreviniente: ----------

--La incapacidad sobreviniente es la secuela o disminución física o psíquica que pudiera

quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento (SCJBA, Ac. 79.922, “D., F. y otro c/ Junarsa SA, Llescas, Néstor s. Daños y Perjuicios” del 24/10/2003). Señala Zavala de González respecto de este daño, que una de las manifestaciones del detrimento radica en el menoscabo de la productividad, si ésta preexistía, o bien había perspectivas de alcanzarla en el porvenir (como en la hipótesis de niños o de un sujeto con aptitud laboral que todavía se encuentra en capacitación) (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde. *Desde la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial*. Publicado en Revista de Derecho de Daños, Daños a las personas, 2009-3. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 108).----------

--Corresponde tener en cuenta para cuantificar este rubro indemnizatorio (art. 1086 CC, art. 1746 CCyC) el porcentaje de discapacidad del 13,50% de T.O. determinado mediante la pericia médica. Como refiere la Dra. Cordón Ferrando en su voto, si bien el perito afirma que “según recientes fallos de la Cámara de Apelaciones de Trelew” el porcentaje de incapacidad sería de 12,60%, lo cierto es que no individualiza los fallos y no explica los motivos. Por ello, este rubro será indemnizado teniendo en consideración el primer porcentaje referido. ----------

--- A fin de determinar el monto por el cual prospera este rubro, recurriré a la fórmula de matemática financiera corrientemente utilizada por esta alzada (y expresamente solicitada por la actora), tomando en consideración la remuneración correspondiente al mes de mayo de 2013 denunciada por el actor ($8.443 según recibos obrantes a fs. 7 y 51) y demás parámetros usualmente considerados. ----------

--Asimismo, cabe considerar la edad jubilatoria (65 años) puesto que el actor expresamente se refirió a la “incapacidad laboral” cuando efectuó su reclamo y lo vinculó directamente con su remuneración mensual. En este punto vale recordar que el art. 165, inc. 6 del CPCC consagra el principio de congruencia al exigir que el pronunciamiento se dicte de conformidad con las pretensiones deducidas en demanda. El mismo alude a la necesaria correspondencia entre lo reclamado y lo decidido. La rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan la pretensión y la oposición está íntimamente relacionada con la garantía constitucional de defensa en juicio. Es que quedaría relativizado o conculcado el derecho de las partes de ejercitar su defensa si el pronunciamiento definitivo se expidiera sobre aspectos que no pudieron aquéllas considerar (Highton, Elena I. - Arean, Beatriz A., dirección, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2005, T. 3, pág. 472). ----------

---En cuanto al empleo de una fórmula de matemática financiera para la determinación del resarcimiento desde hace ya muchos años, la Sala que integro ha resuelto aplicarla (ver, entre otros, SDL 92/91, 35/94, 19/95; SDC 39/95, 25/98, 13/99, SDC 10/13. SDC 3/14, SDC 6/15, SDC 2/16). La fórmula en cuestión resulta idónea para cuantificar los perjuicios generados por la cesación total o parcial de una actividad productiva o la supresión o reducción de los ingresos. Por otra parte, y si bien en la órbita civil las

facultades judiciales son amplias, la CSJN ha remarcado la necesidad de precisar en la sentencia el modo de aplicación de las pautas utilizadas, sin que baste una mera enunciación genérica de ellas (Fallos 302:195 y 1033; 304: 575; 305:593, entre otros). En este marco, entiendo entonces que la reparación debe estar dada por un capital que colocado a interés según tasa compatible con una moneda de valor constante, permita retiros periódicos equivalentes a los ingresos perdidos, retiros éstos que, al estar integrados por los intereses producidos y, asimismo, por porciones de capital, irán amortizando este último hasta agotarlo al fin del lapso computado. Para efectuar el cálculo el procedimiento más racional es el suministrado por la fórmula actuarial que desarrollaran los matemáticos Moore y Bernasconi, expuesta por diversos doctrinarios (confr.: Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, EDIAR 1973, II-B-177 y sgts.; Hünicken, en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dirigido por Vázquez Vialard, Astrea 1983, IV-437 y sgts., voto del Dr. Velázquez en SDC 2/2016). Por otra parte, cabe destacar que este procedimiento para la valuación del daño fue consagrado legislativamente en el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, pauta hermenéutica de la voluntad actualizada del legislador que no puede ser hoy desconocida. ----------

----La fórmula mencionada, aplicando los parámetros antes detallados, arroja el siguiente resultado: C = a . [1-1/(1+i)n] . 1/i; donde “C” es el capital a determinar, “a” el retiro periódico a realizar, “i” la tasa de interés propia de una moneda estable y “n” el número de períodos computables. El primer elemento a considerar entonces son las sumas que el actor tiene la esperanza de recibir —que se deben corresponder con los futuros retiros—, para lo cual consideraré, como dije, la remuneración correspondiente al mes de mayo de 2013 ($8.443), en la porción perdida a consecuencia de la minusvalía, representada por el grado de incapacidad concluido ($1.139,80, multiplicado por 13 a fin de establecer el monto anualizado: $14817, que será el valor “a” de la fórmula).----------

----El valor “n” de la fórmula corresponde al número de períodos anuales computables, en este caso, como señalé anteriormente, corresponde computar la edad de 65 años. De este modo, el valor “n” de la fórmula, teniendo en consideración que al momento de la primera manifestación invalidante el actor contaba con 47 años de edad, es 18.--------

---Por último, la variable “i” es el 6% anual, porcentaje aceptado desde antiguo por nuestro Superior Tribunal de Justicia como tasa “pura” de interés, propia de una moneda estable (S.D. 7/91).----------

----Por lo expuesto, reemplazando por valores los conocidos símbolos algebraicos de la fórmula para el cálculo de la indemnización tendremos: C = $14817 . [1- 1/(1+0,06) 18].1/0,06 = $160.432,60. Considerando que la demandada debe responder por el 80% en virtud de la atribución concausal de responsabilidad, el monto que deberá abonar asciende a la suma de $128.346. ----------

----Daño moral: ----------

----Determinada la existencia de una discapacidad que dejó en el actor secuelas permanentes, la indemnización de su repercusión en la esfera extrapatrimonial se impone. Este daño debe presumirse o considerarse probado *in re ipsa* a partir de las lesiones sufridas (esta Sala, SDL 27/2013, SDC 21/2016, SDC 7/2017, SDL 34/2017, entre otras). ----------

----Sentado lo anterior, aparece el problema de su cuantificación. Uno de los autores que mejor ha tratado la cuestión relativa al daño moral en nuestro país es el Dr. Ramón Daniel Pizarro quien, con todo acierto, afirma que es menester tener presente que una deficiente valoración del daño moral puede conspirar contra la finalidad perseguida por la ley, convirtiéndola en letra muerta. Y agrega que de nada sirve la elaboración de eruditos criterios doctrinarios en torno al concepto de daño moral, a su régimen legal o a la naturaleza de la indemnización, si a la hora de fijar pautas para su valoración y cuantificación se brindan soluciones inadecuadas (PIZARRO, Ramón Daniel, 2004. *Daño Moral*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2da. edición, pág. 417 y siguientes).----

----Mosset Iturraspe ha sintetizado diez directivas para arribar a un resarcimiento justo del daño moral: *"1. No a la indemnización simbólica. 2. No al E.cimiento injusto. 3. No a la tarifación con "piso" o "techo". 4. No a un porcentaje del daño patrimonial. 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia. 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño. 7. Sí a la atención de las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario. 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes. 9. Sí a los placeres compensatorios. 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida"* (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, Publicado en LA LEY 1994-A, 728. Cita Online: AR/DOC/19501/2001).----------

Matilde Zavala de González en un conocido artículo de doctrina estableció algunas pautas para su determinación. Sostuvo, entre otras, que el resarcimiento debe ser “*justo, aunque no integral*” puesto que la reparación "integral" del daño moral es un mito o ilusión: tanto desde la perspectiva del daño mismo, porque es imposible restituir la situación al estado anterior a la lesión, como desde la perspectiva de la indemnización, ya que el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio. Sostuvo también que la indemnización debe ser “*suficiente y posible*” agregando que desde el punto de la víctima la indemnización debe ser suficiente, esto es “*compensatoria*”, para que cumpla con su función satisfactiva, por lo que son desechables las condenas al pago de sumas simbólicas. Atendiendo al responsable, el monto fijado debe ser posible, descartando excesos que no condicen con nuestra realidad económica, además de que generan un E.cimiento sin causa (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilda, “Cuánto por daño moral”, publicado en LA LEY 1998-E, 1057. Cita Online: AR/DOC/19634/2001). ------El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que el monto de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales debe fijarse “*ponderando las satisfacciones*

sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Es decir, el legislador del año 2015 optó por los "placeres compensatorios" mencionados por Mosset Iturraspe en su novena regla para la cuantificación del daño moral. Si bien el nuevo código no resulta aplicable en este caso, la pauta elegida por el legislador ya era usada con habitualidad por los tribunales de modo que resulta posible recurrir a ella para determinar, en este caso, el monto indemnizatorio. ----------

----En mi opinión, coincidente con la plasmada por la Dra. Cordón Ferrando en su voto, los hechos que dieron lugar a la presente causa así como también sus consecuencias generaron en el actor un daño extrapatrimonial que debe resarcirse (art. 1078 del Código Civil vigente a la fecha del accidente). En efecto, las lesiones físicas sufridas así como también las secuelas incapacitantes hacen que el daño extrapatrimonial sufrido sea de importancia. Considero relevante para la cuantificación de este rubro el "*dolor diario y limitaciones severas en su vida cotidiana, como permanecer de pie en la cocina o intentar caminar a hacer las compras*" (referido por el actor al perito médico según informe pericial de fs. 215/216) y también que "*en las tareas cotidianas, le resultaría oneroso caminar largo trayecto, cargar y trasladar peso, etc.*" (respuesta del perito médico al punto j). Considero que todas estas circunstancias llevan a fijar el monto del daño extrapatrimonial en la suma solicitada en la demanda, esto es, $50.000. ----------

----Este rubro también será fijado en el 80% del monto indicado en virtud de la atribución concausal establecida. De este modo, la demandada deberá abonar en concepto de daño extrapatrimonial la suma de $40.000. ----------

--V. <u>Situación de la ART citada</u>: ----------

-La ART en este caso no fue demandada por la parte actora sino que fue traída a juicio por la empleadora. Para hacerlo, invocó lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 26.773 que establece que "*cuando por sentencia judicial, conciliación o transacción se determine la reparación con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) deberá depositar en el respectivo expediente judicial o administrativo el importe que hubiera correspondido según este régimen, con más los intereses correspondientes, todo lo cual se deducirá, hasta su concurrencia, del capital condenado o transado*".----------

----En este caso se trata de una enfermedad que, al momento de la primera manifestación invalidante, no estaba reconocida como enfermedad profesional. Señala Ackerman que si bien la reforma introducida por el decreto 1278/2000 atenuó la rigidez que implicaba la existencia de un listado cerrado de triple columna para la identificación de las enfermedades profesionales y, con la admisión de cobertura en situaciones individuales de enfermedades no listadas, permite que el sistema pueda ser calificado ahora como mixto o de lista abierta, la rigurosa exigencia de causalidad contenida en el inciso b, del apartado 2 del artículo 6º de la Ley 24.557 limita severamente esta posibilidad de apertura de listado. Limitación ésta que se acentúa cuando la misma

norma solo admite que el procedimiento especial para obtener el reconocimiento del carácter profesional, en casos individuales, sea impulsado por los trabajadores o sus derechohabientes. Impulso éste que, además, no es obligatorio para ellos (ACKERMAN, Mario E., 2017. *Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada*. Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 610). ----------

----Agrega Ackerman en comentario al art. 39 de la LRT (derogado) que si se produce una enfermedad no prevista en el decreto 658/96, que reconozca un nexo de causalidad adecuado con el trabajo, esto es, que sea una consecuencia inmediata o mediata previsible del ámbito laboral o de las circunstancias fácticas y temporales en las que se desempeñó el trabajador —lo que, por aplicación de las reglas de los artículos 1726 a 1728 del Código Civil y Comercial, generaría la responsabilidad civil—, debería considerarse que queda abierta la posibilidad de que se imponga al empleador el deber de reparar el daño a la persona que ello supondría, y no debía operar en tal caso la valla del apartado 1 del artículo 39 de la LRT. Criterio receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Silva” (ACKERMAN, ob. cit., pág. 613). ------Finalmente refiere el autor citado que la derogación del apartado 1 del artículo 39 y el establecimiento del modelo de opción excluyente, en nada modifican esta interpretación ya que, cancelado el acceso a las prestaciones del sistema, no serían de aplicación las reglas del artículo 4º de la Ley 26.773 y, en consecuencia, el trabajador o sus derechohabientes serían acreedores a una reparación plena con fundamento en el Derecho Civil (ACKERMAN, ob. cit., pág. 613). ----------

----Pues bien, en la presente causa ocurrió lo descripto anteriormente. Al momento de la primera manifestación invalidante la dolencia del actor no se encontraba dentro de la lista de enfermedades profesionales. El decreto 49/2014 incluyó la “*Hernia Discal Lumbo-Sacra con o sin compromiso radicular que afecte a un solo segmento columnario*” en el listado de enfermedades profesionales; determinando que las actividades laborales que pueden generar exposición son las “*tareas que requieren de movimientos repetitivos y/o posiciones forzadas de la columna vertebral lumbosacra que en su desarrollo requieren levantar, trasladar, mover o empujar objetos pesados*”. Por ello, y no habiendo instado el trabajador el procedimiento establecido en el art. 6 de la LRT, sino que, por el contrario, optó por la reparación civil plena, la ART traída a juicio por la empleadora no resulta responsable. ----------

---Cabe agregar asimismo que no fue solicitada, por ninguna de las partes, la declaración de inconstitucionalidad de las normas antes referidas. Por ello, y dado que el art. 6 de la Ley 26.773 expresamente refiere al “*importe que hubiera correspondido según este régimen”* y, como fue analizado, ningún importe hubiera correspondido en el marco del régimen vigente al momento de la primera manifestación invalidante (insisto, por no haber sido solicitada la declaración de inconstitucionalidad ni haber instado el trabajador

el procedimiento previsto en la norma), es que no cabe responsabilidad alguna a la ART citada. ----------

----VI. Conclusión: Por los fundamentos dados, acompaño la propuesta de la magistrada prevotante de revocar la sentencia apelada haciendo lugar a la demanda entablada por A. B. C. en contra de T. B. SRL, condenándola a abonarle, en el plazo de 10 días de quedar firme la presente, la suma de $168.346 con más los intereses calculados según la tasa de operaciones generales vencidas del Banco del Chubut. Sin imponer condena u obligación de depósito alguno contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo citada.----------

-----En cuanto el momento a partir del cual corresponde computar los intereses, coincido con lo expuesto en el primer voto respecto de la falta de prueba de la fecha alegada por el actor en su demanda (noviembre de 2012), por lo que resulta correcto determinar como fecha de la primera manifestación invalidante el día 11 de marzo de 2013, fecha de la resonancia magnética obrante a fs. 5.----------

---El modo en que se resuelve recurso interpuesto por la actora obliga a esta alzada a adecuar las costas y los honorarios correspondientes a la primera instancia (art. 282 CPCC) y a imponer las correspondientes a esta instancia. ----------

----Las costas, tanto de primera instancia como de alzada, teniendo en consideración el resultado obtenido por la parte actora y el modo que se resuelve la citación de la ART, deben imponerse del modo propuesto en el primer voto (art. 69 CPCC). ----------

-----En cuanto a los honorarios correspondientes a los profesionales intervinientes, por las labores cumplidas tanto en la instancia de grado como en esta alzada, considerando la calidad, mérito y resultado de las mismas, deberán regularse en los porcentajes propuestos en el primer voto (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).----------

----Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso: ----------

----Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:--------

----A)--REVOCAR la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda promovida por el señor A. B. C. contra la empresa empleadora T. B. S.R.L., condenando a esta última a abonar al primero, en el plazo de diez (10) días de quede firme la presente, la suma total de pesos ciento sesenta y ocho mil trescientos cuarenta y seis ($ 168.346), en concepto de indemnización por daños y perjuicios, por los rubros, montos y con más los intereses expuestos en los respectivos considerandos. –----------

--B)--ESTABLECER que no corresponde obligación de depósito alguno por parte de PREVENCION ART S.A. en los términos del art. 6 de la ley 26.773.----------

----C)-- IMPONER las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (conf. arts. 69 y 282 CPCC), con excepción de las generadas por la intervención de la ART citada, las que se hallarán a exclusivo cargo de la aseguradora (art. 69, segunda

parte, del CPCC).----------

---D)--REGULAR los honorarios profesionales por las labores de primera instancia, al doctor C. M. M., letrado patrocinante del actor, en un 18 % y al doctor C. F. M., apoderado, un 40% de lo regulado al anterior. Al doctor M. M., letrado apoderado de la demandada, un 12,60%, incluyendo el plus procuratorio y a los doctores A. F. y J. M. F. C., patrocinantes de la aseguradora citada, en conjunto, en un 16% y al letrado apoderado, doctor R. L., un 40% de lo regulado a los anteriores. Los honorarios del perito Dr. M. J. T. quedan establecidos en el porcentaje fijado en el pronunciamiento de primera instancia (3%). En todos los casos los mencionados porcentajes serán calculados sobre el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio del mínimo legal (conf. arts 5, 6, 8, 9, 18, 46 y consc. de la ley XIII Nro. 4).----------

----E)--REGULAR los honorarios por las tareas desarrolladas en esta alzada, a los doctores C. M. M. y C. F. M., en conjunto, en un 6,30% del monto resultante del proceso. Al doctor R. L., letrado apoderado de la aseguradora, un 4,5% sobre la misma base. En ambos casos se incluyó el plus procuratorio y deberá adicionarse el I.V.A en caso de corresponder (conf. art. 13 de la ley XIII nro. 4). ----------

---F)REGISTRESE, notifíquese y notifíquese. ----------

---Así lo voto. ----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Spoturno expresó: ----------

---Tal como lo he adelantado, comparto la solución propuesta por la Dra. Cordón Ferrando, votando en consecuencia en idéntico sentido.----------

---Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8 Ley V N° 17). ----------

----Trelew, de junio de 2020. ----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------

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

------REVOCAR la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda promovida por el señor A. B. C. contra la empresa empleadora T. B. S.R.L., condenando a esta última a abonar al primero, en el plazo de diez (10) días de quede firme la presente, la suma total de pesos ciento sesenta y ocho mil trescientos cuarenta y seis ($ 168.346), en concepto de indemnización por daños y perjuicios, por los rubros, montos y con más los intereses expuestos en los respectivos considerandos. ----------

----ESTABLECER que no corresponde obligación de depósito alguno por parte de PREVENCION ART S.A. en los términos del art. 6 de la ley 26.773.----------

---- IMPONER las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (conf. arts. 69 y 282 CPCC), con excepción de las generadas por la intervención de la ART citada, las que se hallarán a exclusivo cargo de la aseguradora (art. 69, segunda parte,

del CPCC). ----------

----REGULAR los honorarios profesionales por las labores de primera instancia, al doctor C. M. M., letrado patrocinante del actor, en un 18 % y al doctor C. F. M., apoderado, un 40% de lo regulado al anterior. Al doctor M. M., letrado apoderado de la demandada, un 12,60%, incluyendo el plus procuratorio y a los doctores A. F. y J. M. F. C., patrocinantes de la aseguradora citada, en conjunto, en un 16% y al letrado apoderado, doctor R. L., un 40% de lo regulado a los anteriores. Los honorarios del perito Dr. M. J. T. quedan establecidos en el porcentaje fijado en el pronunciamiento de primera instancia (3%). En todos los casos los mencionados porcentajes serán calculados sobre el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio del mínimo legal (conf. arts 5, 6, 8, 9, 18, 46 y consc. de la ley XIII Nro. 4).----------

------REGULAR los honorarios por las tareas desarrolladas en esta alzada, a los doctores C. M. M. y C. F. M., en conjunto, en un 6,30% del monto resultante del proceso. Al doctor R. L., letrado apoderado de la aseguradora, un 4,5% sobre la misma base. En ambos casos se incluyó el plus procuratorio y deberá adicionarse el I.V.A en caso de corresponder (conf. art. 13 de la ley XIII nro. 4). ----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2020 – SDL. - CONSTE. ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA