En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil veintitrés, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. G. Daniel HANSEN y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y Dr. Julián Emil JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., G. A. C/ S. M. A. S.A. S/ Accidente de trabajo (sistémico)" (Expte. N° 68 - Año 2023)** venidos del Juzgado laboral Nº 2. (Expte. N° 10244. /2020) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral Nº 2 de esta ciudad dictó sentencia el 14/02/2023, siendo apelada el 19/02/2023 por la parte actora y el 23/02/2023 por la demandada, concediéndose ambos recursos los días 24/02/2023 y 01/03/2023 respectivamente. Expresó agravios la parte actora el 27/02/2023 (ID 975739) y lo hizo la demandada el 07/03/2023 (ID 988219), siendo replicados los mismos por la demandada el 07/03/2023 (ID 988343) y por la actora el 13/03/2023 (ID 994887).

2 – La sentencia apelada

La sentencia en crisis declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6, 8 inc. 3, 21, 22 y 46 de la Ley 24.557 y de toda otra norma que implique la obligatoriedad de actuaciones del actor ante órganos distintos de los del Poder Judicial de esta Provincia para demandar y percibir las indemnizaciones por el accidente de autos; declaró la inaplicabilidad al caso del DNU Nº 669/19; hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a S.

M. A. S.A. a abonar a G. A. G., dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 261.559,88.- (Doscientos sesenta y un mil quinientos cincuenta y nueve pesos con 88/100), con más los intereses determinados en el Considerando 3, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda (arts. 770 inc. b y 7 del C.C. y C.); rechazó la pretensión de "daño punitivo" reclamado por la actora; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

El monto de la condena está integrado por la indemnización que establece el art. 14.2 a) de la Ley 24.557 ($ 217.966,57.-), más el 20% previsto por el art. 3 de la Ley 26.773 ($ 43.593,31.-), lo que totaliza el importe precedentemente indicado.

3 – <u>El agravio de la parte actora</u>

<u>El Daño Punitivo</u>

Agravia a la accionante el rechazo de la sentencia a su pretensión de imponer a la demandada una condena por Daño Punitivo.

Señala que este daño está destinado a punir graves inconductas de la demandada y a prevenir hechos similares y pretende la imposición a la A. demandada de una pena por la omisión grave en el cumplimiento de las obligaciones que se encontraban a su cargo emergentes de la relación consumeril que los vincula. Afirma que han existido en este caso incumplimientos legales que ameritaban el castigo, pero –no obstante ello— la sentencia no lo impuso invocando que las partes son contestes en que la A. ha brindado las prestaciones médicas hasta el otorgamiento del alta médica y que toda vez que no se ha acreditado que existió desidia ni desinterés por parte de la demandada en las prestaciones a su cargo, que

pudieran ocasionar daño por la mala prestación del servicio, rechazó la pretensión.

Afirma la apelante que no es la primera vez que una A. niega la incapacidad cuando la misma es hasta evidente y del sentenciante funda su desestimación por sostener que recibió atención médica, pero –dice la queja— eso hace a la "prestación en especie" y acá se trata de la "prestación dineraria" omitida deliberadamente por parte de la A. para evitar pagar.

Continúa su crítica expresando que el sentenciante manifiesta que la conducta de la A. no causó daño, pero que al negar la minoración provoca un daño y genera la intervención judicial, tener que litigar durante años, sometiendo a un desgaste jurisdiccional innecesario. Sostiene que el daño está probado, a punto tal que resultaría contradictoria la sentencia, ya que justamente acoge la prestación dineraria que omitió la ART.

Refiere que el daño punitivo se debe aplicar ante la existencia de alguna violación a la ley o a la relación jurídica de consumo establecida entre proveedor y consumidor, grave y/o relevante.

Esgrime que hay violaciones a la ley por parte de la A. que nos llevan directamente a sancionarla con la "multa civil": a) dictaminó que el actor no estaba incapacitado sin siquiera haberle efectuado un examen médico elemental al accionante; refiere que la pericia médica es prueba que hacer sostenido que daba el "alta sin secuelas" es demostrativa del desamparo con que se manifestó la aseguradora y que se tuvo que llegar hasta la sentencia para determinar que la ART lo soslayó y b) perdura en su tozudez, pues le negó el porcentual de incapacidad sin haber concurrido a la pericia médica con un perito de parte médico.

Afirma que determinar la incapacidad que porta el damnificado y proceder al pago de las prestaciones dinerarias acordes devengadas, constituye una obligación que pesa en cabeza de la ART.

Sostiene que la omisión en que incurriera la demandada representa un desprecio por el cumplimiento de sus obligaciones legales que no puede ser tolerado por la Justicia para evitar justamente el objetivo de la multa civil que son las reincidencias.

Reitera que la demandada ha demostrado haber incurrido en una conducta grave (omisión de determinación de la incapacidad y pago de la prestación dineraria correspondiente en término) y que, además, se ha beneficiado económicamente con su conducta incumplidora pues la omisión de pagar en término importó un beneficio económico para la responsable.

Afirma que la demandada actuó direccionada al desprecio por el cumplimiento de la ley y con extrema desidia, ya que su incumplimiento llevó a tener que litigar durante años.

Cita jurisprudencia que avala su postura y solicita poner en conocimiento de la S.R.T. la sentencia a dictarse, conforme el fallo de la CSJN in re "Trejo".

4 – <u>Los agravios de la demandada</u>

4.1) Plantea la recurrente la existencia de **violación de la ley en el cálculo del I.B.M.** Afirma que hay una errónea interpretación del art. 12 LRT según la reforme introducida por la Ley 27.348, que en este caso y por tratarse de un trabajador eventual, ha sido interpretado y aplicado a la luz de la Circular SRT 2/98, reglamentaria del originario art. 12 LRT. Afirma que esta circular resultaba inaplicable por tratarse de una reglamentación de una norma derogada. Sostiene que el grave error de derecho radica en considerar "vigente" a la Circular SRT 2/98, reglamentaria del art. 12 LRT en su versión original y que, al sustituirse dicho artículo por otro texto legal, perdieron vigencia las disposiciones que hasta entonces lo reglamentaban.

Reitera lo que expuso sobre la cuestión del ingreso base en su contestación de demanda.

Hace expresa referencia a la Resolución Nº 45/2022 de la S.R.T. publicada en el B.O. el 09/08/2022 que derogó la Circular 2/98. Sostiene la procedencia de aplicar en el caso la mencionada Resolución.

Insiste en que el juez de grado se equivoca al entender que la Circular 2/98 estaba vigente al tiempo en que ocurrieron los hechos de esta causa, incurriendo en arbitrariedad de sentencia al omitir la Resolución SRT 45/22 para el cálculo del IBM que debió aplicarse.

Refiere que se invoca recién en esta instancia de apelación el cuestionamiento respecto de la inaplicabilidad de la Circular SRT 2/98 porque se trata de una cuestión traída a colación por el sentenciante en su fallo. Expresa que siendo ello una novedad del fallo de primera instancia, su parte no solo está habilitada sino obligada a criticar y rechazar su aplicación.

Insiste en calcular el IBM conforme los términos de la Resolución Nº 45/2022 de la S.R.T. y destaca que la sentencia es arbitraria en cuanto a la determinación del mismo.

4.2) Agravia a la demandada **haber sido condenada en costas** y sostiene que fue el actor quien provocó el pleito. Reiterando lo expuesto al contestar la demanda, dice que una vez culminada la atención médica del siniestro su parte cumplió con dar inicio al trámite de determinación de la incapacidad laboral mediante la Comisión Médica Nº 36 de Trelew que corresponde al domicilio del trabajador. Refiere que el actor fue citado por C.D. a concurrir ante la Comisión, pero que no lo hizo y las actuaciones se archivaron sin resolución por reiteradas inasistencias del trabajador.

Afirma que su parte cumplió con todas las obligaciones a su cargo con motivo del accidente en cuestión y sostiene que el pago indemnizatorio no pudo concretarse por exclusiva reticencia del actor quien injustificadamente se mantuvo ausente a las juntas médicas.

Esgrime que la demanda de autos no fue por negativa de la demandada sino que ello se debió a la impugnación constitucional del actor a las normas imperativas y de orden público que les confieren competencia exclusiva a las Comisiones Médicas dependientes de la S.R.T. y que nada más pudo hacer su parte para evitar la contienda judicial y de allí que se impone revisar la condena en costas que ilegítimamente le ha sido impuesta.

Cita un fallo judicial que avala su postura.

Expresa que sin perjuicio de que nuestra provincia no ha adherido al Título I de la Ley 27.348, ello no obsta a sostener la imposibilidad de la ART de determinar incapacidad laboral por sí sola y que el sistema de Riesgos del Trabajo jamás le confirió esa potestad. Agrega que si bien se ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 21 y 22 de la LRT, es sabido que ello no puede tener lugar en abstracto y que sólo rige para el caso en que es dictada y que aquí la aseguradora no tenía otra forma de resolver la situación del actor.

Pide que, en atención a que su parte no provocó el presente litigio, se revoque la condena en costas y se las distribuya en el orden causado.

Firme y consentida la sentencia, se deberá poner la misma en conocimiento de la Secretaría de Riesgos del Trabajo, a los fines de que efectúe el correspondiente registro y tome la intervención que legalmente corresponda.

5 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>

5.1 – <u>Violación de la ley en el cálculo del I.B.M.</u>

A-) Lo expuesto en este punto de la queja ha sido ya manifestado por la recurrente –palabras más, palabras menos— en su contestación de la demanda. La cuestión que plantea gira en torno a una errónea interpretación del art. 12 LRT según la reforma introducida por la Ley 27.348, que en este caso y por tratarse de un trabajador eventual ha sido interpretado y aplicado

a la luz de la Circular SRT 2/98, reglamentaria del art. 12 según texto originario de la Ley 24.557 y que fue sustituido por la reforma antes referida. Afirma que esa Circular resultaba inaplicable al caso porque se trata de la reglamentación de una norma derogada por sustitución. En la misma queja la apelante expresa con total claridad que *"…**Desde la contestación de demanda** se viene impugnando la pretensión del trabajador de asimilar su ingreso base al pago por jornal de un único contrato eventual. **Se destacó entonces** que G. registra remuneraciones…". "…Aclaro que no corresponde dividir el total de haberes por la cantidad de días trabajados, ni multiplicar el resultado por el coeficiente 30,4, **como ya fue explicado en la contestación de demanda**, porque esa formulación matemática no rige desde la reforma legal…"* (negrita y subrayado propios).

O sea, la misma recurrente reconoce que está esgrimiendo un tema que ya fue expuesto por ella en estos actuados al contestar la demanda y ello, como es sabido, no es admisible como expresión de agravios válida, según lo viene plasmando desde hace años tanto esta Alzada como la doctrina y la jurisprudencia uniforme.

Es que el recurrir a la Alzada no es una vía que proporcione un nuevo examen integral de la cuestión, sino que persigue el control de justicia del pronunciamiento apelado en cuanto a los hechos y al aspecto jurídico de los asuntos en él decididos, se viene declarando de modo monocorde que la remisión a escritos anteriores de la causa no constituye la forma adecuada de realizar la impugnación de la sentencia, de manera que no satisface las exigencias del artículo 280 del CPCC y 60 de la Ley el Fuero (conf. CSJN, 22/11/72, JA 1973, 17-368; La Ley 150-723, 30.188-S y jurisp. cit. en MORELLO – SOSA – BERIZONCE, *"Códigos Proc. Civ. Com. Pcia. Bs. As. y de la Nación"*, T. III, Edit. Platense – A. Perrot, 1988, pág. 356).

Tal requisito además encuentra sólida base en la correlación que existe entre el deber del juez y la carga procesal del justiciable, desde que, así como el magistrado debe fundamentar adecuadamente la sentencia, la parte asume la carga de criticarla, **no siendo razonable permitirle que reproduzca alegaciones anteriores que, precisamente, fueron replicadas en el fallo** (conf. CNCiv., Sala C, 14/07/77, BJCNCiv, 1978, IV-118, sum. 181; 18/03/82, La Ley 1983-B-768, sum. 4864).

Es por ello que resulta inoficioso el escrito que prácticamente hace una remisión o reproducción genérica de lo expuesto en la contestación de demanda, desde que el razonamiento hecho en la misma –mal o bien— ya ha sido juzgado. Lo que ahora está en tela de juicio es el razonamiento del juez, que es el objeto del recurso de apelación. Y no es lo mismo subrayar la prueba producida, o criticar por insuficiente o impertinente la de la contraria, que "atacar de equivocado" el razonamiento y las conclusiones del juez apelado (conf. CNCiv., Sala A, 13/09/79, La Ley 1979-D-505; ídem, Sala B, 15/05/79, La Ley 1979-C-76; ídem, Sala C, 07/05/70, La Ley 142-599, 26.241-S; ídem, Sala E, 10/11/71, La Ley 148-672, 29.510-S; 11/08/76, La Ley 1977-A-512; 16/11/79, JA 1980-II-29; 21/05/81, La Ley 1981-D-379; CNCom., Sala A, 03/08/70, JA 1971-9-169; La Ley 145-379, 27.992-S; ídem, Sala B, 03/07/70, La Ley 142-630, 26.441-S).

Esta conclusión desestimatoria se ha declarado cuando la queja se insinúa con fundamento en lo expresado en presentaciones anteriores a la sentencia (conf. CNCom., Sala C, 03/11/80, La Ley 1981-C-140); o si se limita a reiterar argumentos esbozados en primera instancia (conf. CNCiv., Sala D, 16/12/85, La Ley 1986-B-619, 37.237-S; ídem, Sala F, 11/03/80, La Ley 1980-D-140; 15/11/83, La Ley 1984-B-369; CNCom., Sala A, 13/08/74, La Ley 156-350; ídem, Sala C, 04/12/75, La Ley 1977-A-541, 33.921-S; 07/11/80, La Ley 1981A-315).

Es de una claridad manifiesta que lo expuesto por la demandada en su contestación de la demanda con relación a su planteo del primer agravio es exactamente el mismo, si bien intenta hacerlo aparecer o "vestirlo" con otro ropaje. No logra su cometido y de allí la insuficiencia e irrelevancia del mismo.

B-) Otro detalle no menor al cual me he referido desde otro ángulo en el apartado anterior, es la referencia que se hace en el agravio sobre la aplicación al caso de la Resolución Nª 45/2022 de la S.R.T. (agravio ya expuesto por esta misma dirección letrada en otros procesos similares, sin que el mismo haya tenido favorable recepción por esta Alzada).

El planteo de la apelante se refiere al dictado de la Resolución SRT N° 45/2022 que deroga la Circular N° 2/98 aplicada por el a quo en su decisión recurrida.

Cuestiona la recurrente el procedimiento desarrollado por el a quo para determinar el valor del IBM del actor a los efectos de fijar la indemnización que le corresponde por el daño oportunamente sufrido por el accidente de trabajo motivo de su reclamo.

Esgrime que la sentencia incurre en un error de derecho porque la definición actual del IBM, conforme el art. 12 LRT reformado por la Ley 27.348, no habilita una remisión a la Circular 2/98 de la SRT, dictada como reglamentación del art. 12 LRT en su versión originaria y que postulaba dividir el total de las remuneraciones percibidas por la cantidad de días trabajados y multiplicar su resultado por 30,4.

Adelanto que un elemento a considerar y que derrumba la estructura de la queja lo constituye el hecho de que todo lo relacionado con la ***Resolución SRT Nº 45/2022*** y su aplicación al caso, no formó parte de este proceso y de allí que la sentencia no se ha expedido sobre ello.

Aclaro que es totalmente indiferente para resolver la cuestión, la fecha en que dicha Resolución fue dictada o publicada y ello en razón de que lo que es indiscutible y avala mi postura es que todo lo relativo a la Resolución SRT N° 45/2022 no formó parte de la litis y, por lo tanto, es imposible que ello sea considerado por esta Alzada como agravio atendible.

La pretensión de la apelante en cuanto a la aplicación de la referida Resolución, conduce –como he dicho— a la imposibilidad de su tratamiento por esta Alzada dado que ello no formó parte del proceso y, por lo tanto, el a quo no tuvo oportunidad de considerarlo y resolverlo.

Es que el tema planteado en el agravio no formó parte de las cuestiones debatidas en el proceso. Esto no es un capricho de este sentenciante, porque lo que aquí juega y surge de modo cristalino es que la problemática referida no formó parte ni integró el proceso y, en consecuencia, no generó que el a quo debiera expedirse sobre el tema. Mal puede entonces esta Alzada analizar y expedirse sobre la misma (art. 280 CPCC).

A mayor abundamiento, considero necesario dejar sentado que el agravio debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la resolución apelada tendiente a demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho, lo cual no ocurre en este caso.

C-) Dije antes aquí que cuestiona la recurrente el procedimiento desarrollado por el a quo para determinar el valor del IBM del actor a los efectos de fijar la indemnización que le corresponde por el daño oportunamente sufrido por el accidente de trabajo motivo de su reclamo.

Expuse que esgrime la demandada que la sentencia incurre en un error de derecho porque la definición actual del IBM, conforme el art. 12 LRT reformado por la Ley 27.348, no habilita una remisión a la Circular 2/98 de la SRT, dictada –dice la queja— como reglamentación del art. 12 LRT en su

versión originaria y que postulaba dividir el total de las remuneraciones percibidas por la cantidad de días trabajados y multiplicar su resultado por 30,4.

He referido también que la cuestión que plantea la recurrente es similar a la que la misma letrada apoderada de dicha parte expuso con anterioridad en otros procesos. Me refiero a los autos caratulados: *"V., M.D. c/ S. M. A. S.A. s/ Accidente de Trabajo Sistémico"*, que fuera resuelta por esta Alzada mediante la sentencia del 19/04/2022, Reg. N° 27/22 y a los autos: *"L. J. L. c/ E. A. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)"*, sentencia del 04/08/2022, Reg. N° 66/22.

Por lo tanto, sin perjuicio de lo desarrollado y fundamentado en los dos apartados precedentes, corresponde que reitere aquí la postura que expuse con anterioridad en los antecedentes indicados.

Adelanto que la afirmación de la quejosa es una exhibición de su postura personal sobre la cuestión bajo análisis, pero ninguna probanza ha arrimado a estos actuados que demuestren la certeza de la misma. La demandada afirma que la sanción del nuevo art. 12 LRT por la Ley 27.348 dejó sin aplicación a la Circular SRT Nº 02 del año 1998. Pero esa afirmación no surge de manera expresa del texto de dicha normativa. Por lo tanto, estamos simplemente ante una opinión individual de la demandada que en modo alguno constituye un principio obligatorio que deba ser respetado sin ningún cuestionamiento.

Otra circunstancia que debo destacar y que es demostrativa de la debilidad del planteo recursivo de la apelante, está constituida por el hecho de haber afirmado en su contestación de demanda que correspondía considerar un monto del IBM que no se corresponde con lo que afirma sobre dicho valor en su expresión de agravios. En efecto, al contestar la demanda la hoy apelante dijo: *"…el camino es identificar cuál era su promedio de ingresos, y para eso corresponde remitirse a los registros de la Administración Federal de Ingresos*

*Públicos (AFIP), que se resumen en el siguiente cuadro: … IBM …… **$ 32.406,61**. La mejor traducción posible del actual Art. 12 LRT en tanto persigue la determinación del promedio mensual de ingresos actualizado por RIPTE a la fecha del accidente, es la expuesta en este cuadro…"*.

Lo transcripto fija un valor del IBM distinto del que surge del agravio bajo análisis esgrimido por la apelante. En efecto, al fundar su recurso la demandada dice: *"…IBM……. **$ 45.933,87**. Del cuadro expuesto resulta que el total de remuneraciones (actualizados por Ripte) percibidas por el actor en el último año ($ 505.272,57), dividido la cantidad de meses trabajados (11), nos da por resultado un promedio mensual salarial de $ 45.933,87. Este es el valor del IBM calculado conforme a los actuales términos del Art. 12…"*.

Como vemos, son dos afirmaciones distintas y ello corresponde destacarlo con total independencia de la "diferencia" que pueda existir entre el importe afirmado al contestar la demanda y el que surge de la expresión de agravios. Lo remarcable es que se afirmó la procedencia de un importe del IBM en la contestación de la demanda y de otro distinto (superior) al expresar agravios. Ello le quita razonabilidad y solvencia a la fundamentación recursiva.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto y fundamentado, corresponde dejar sentado que la queja está constituida sólo por una posición individual de la demandada y una muestra de disconformidad y/o discrepancia con lo sentenciado en la primera instancia, lo cual lejos está de constituir una demostración de la existencia de razones lo suficientemente sólidas que merezcan ser escuchadas por esta Alzada y así decidir revocar la sentencia dictada en la primera instancia.

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conducen al rechazo del agravio.

5.2 – <u>La condena en costas</u>

A-) He de destacar que la recurrente pretende que se le exima de afrontar las costas de este proceso y para ello esgrime que ha cumplido con todas las obligaciones a su cargo en la etapa prejudicial y que ha sido el actor quien no concurrió ante la Comisión Médica que le correspondía y de allí que fue su conducta la que dio motivo a la iniciación de este juicio. Insiste en la necesidad de la intervención de la Comisión Médica. Haré una muy breve referencia a esta cuestión.

Sabemos que la Provincia del Chubut no se ha adherido al Título I de la Ley 27.348, por lo que ya de por sí, no se encuentra vigente el régimen de las Comisiones Médicas que el mismo establece. De allí que, no encontrándose vigente en nuestra Provincia dicho régimen por falta de adhesión legislativa al sismo, la normativa motivo de discusión resulta inaplicable.

Asimismo, y conforme lo plasmara esta Alzada in re *"B. R., F. P. c/ S. M. A. SA s/ Accidente de Trabajo (sistémico)"*, con fecha 03/03/2023, Reg. N° 06/23, en el ámbito territorial de la jurisdicción de este Cuerpo no existe conformada la Comisión Médica por lo que –tal como lo resolviera el STJ Corrientes en un reciente decisorio— aún en el supuesto de existir la adhesión no resultaría aplicable (conf. STJ Corrientes, 06/06/2022, Sent. N° 75). Por lo que no correspondía declarar la

inconstitucionalidad del referido régimen normativo, sino que, como dije antes, bastaba con la declaración de inaplicabilidad.

Por lo tanto, en modo alguno el planteo que hace la quejosa sobre la intervención de las Comisiones Médicas lo conduce a que se lo exima del pago de las costas de este proceso, como es su pretensión.

B-) Conforme con el art. 69 del CPCC, la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese

solicitado. En tal sentido, señala Farina que *"las costas deben aplicarse de oficio, porque son un accesorio de la sentencia y no se hallan vinculadas con la cuestión de fondo"* (FARINA, voz *Costas*, en *"Enciclopedia Jurídica Omeba"*, T. VI, p. 1061).

En esta cuestión adelanto que soy de la opinión –y lo he expresado con anterioridad al votar en varios casos similares— que el principio fundamental que rige en esta materia es que debe cargar con las costas la parte que con su conducta hizo necesario el juicio. Es decir, aunque el monto de la condena no coincida con lo reclamado por la parte actora, el demandado que negó todo y obligó a tramitar todo el proceso, debe cargar íntegramente con las costas. Vencido es el demandado aunque la demanda no haya prosperado en su totalidad. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce a la parte actora quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas (conf. FARINA, ob. cit., p. 1060).

"La noción de vencido, al efecto de la carga de las costas, ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por un análisis aritmético de las pretensiones y los resultados. Con tal base, es notorio que las costas deben ser impuestas a la parte defendida que negó toda reparación –como lo demuestra la necesidad de este pleito— pues aún si el pedido fue exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado los demandados aquello procedente" (conf. CNCom., Sala D, 30/07/82, LL, 1982-D-465).

Sobre esta cuestión, ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional: *"…el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota (Fallos: 323:3115; 325:3467), de modo que quien pretenda exceptuarse de esa regla debe demostrar acabadamente las circunstancias que justificarían el apartamiento de ella (Fallos: 312:889; 329:2761)…de la regla general se desprende que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el*

reconocimiento de su derecho, y la existencia de jurisprudencia o doctrina discrepante… no resulta ser razón suficiente para apartarse del principio objetivo de la derrota". "…por otra parte, la exención de costas a la vencida sin apoyarse en elementos fácticos y jurídicos suficientes puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, puesto que, indirectamente, se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso" (C.S.J.N., 10/04/2012, B. 638. XLVI, Rec. de Hecho, *"B., M.L. c/ E., S. y Otros s/ Simulación"*).

Advierto que en la queja en tratamiento la apelante pretende exceptuarse de la regla que fija la norma del art. 69 del ritual sin demostrar acabadamente las circunstancias que justifican apartarse de ella. Por otra parte, al contestar la demanda, inicialmente solicitó *"…el rechazo de la acción entablada, con costas…"* y en el punto "5" de su "Petitorio" solicitó: *"…Oportunamente rechace la demanda, con costas…"*, obligando a tramitar todo el proceso para que el reclamante obtenga el reconocimiento de su derecho. No veo, entonces, que corresponda hacer una excepción al principio general que rige en la materia y de allí que propongo al Acuerdo rechazar el agravio en análisis y confirmar lo dispuesto en la sentencia en crisis sobre el punto (conf. esta Cámara, in re: *"F. de A. U. c/ G., E. y/u Otro s/ Cobro de Pesos"*, 18/05/2012, Reg. N° 16/12, entre muchos otros).

6 – <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>

<u>El Daño Punitivo</u>

La sentencia rechazó la petición del actor en el sentido de imponer una condena a la demandada por "Daño Punitivo", lo cual agravia al apelante y corresponde analizar y resolver la cuestión.

A-) Nuestra Constitución Nacional hace referencia a la protección de los derechos de la salud del ser humano; así el art. 42 de la misma dice lo

siguiente: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno"*.

El citado artículo 42 resulta compatible con la protección integral de la persona humana, puesto que el amparo de la salud, es una derivación del derecho a la vida y a la integridad física de la persona humana, también reconocido en los contextos internacionales y constitucionales.

Por ello, desde el año 1994, a través de la reforma de la Constitución Nacional, se incorporaron a su plexo normativo diferentes Pactos, Convenciones y Tratados de Derechos Humanos, en cuyos instrumentos se reconoce taxativamente el derecho a la salud como derecho humano esencial. Estas normas de carácter internacional tienen jerarquía constitucional y se encuentran establecidas en el art. 75, inc. 22 de la C.N., siendo plenamente operativos.

Nadie puede negar que el acceso a la salud resulta ser un derecho humano y social de primer orden, entendido entonces como un derecho subjetivo, esto es, la salud como un bien jurídico reconocido y tutelado por todos los ordenamientos jurídicos legales, donde impera el estado de derecho.

En nuestra provincia, a su vez, se han incorporado normas en la Constitución local que versan sobre la protección de derechos personales (art. 18 y concs.).

La parte actora sostiene que la relación que existe entre ella y la accionada, es una relación de consumo, en virtud de un servicio de cobertura de un infortunio laboral.

La normativa consumeril ha transversalizado también al Derecho Laboral; puntualmente para el caso, al régimen de Riesgos del Trabajo; determinando una relación de consumo entre la aseguradora y el trabajador demandante.

Coincido con Chamatrópulos, respecto a que si bien no resultan frecuentes los pronunciamientos de jueces laborales aplicando el estatuto del consumidor en relación a litigios con dichas entidades, eso puede tener su origen en que la mayoría de los pleitos son "sistémicos", es decir, se reclaman las prestaciones del microsistema, y no conforme los parámetros del derecho común. Sin perjuicio de lo cual, al ser la LDC una norma de orden público, corresponde la aplicación del régimen consumeril por los jueces laborales (conf. CHAMATROPULOS, D.A., *"Estatuto del Consumidor Comentado"*, T. I, Edit. La Ley, 2019, pág. 225; Juzg. del Trabajo III Tucumán, 07/03/2022, *"F., L. S. c. A. A. s/ Amparo"*, LLOnline AR/JUR/21349/2022).

Convergen, en los casos de actuación de la ART ante un siniestro o enfermedad profesional, la existencia de tres vínculos distintos, más no aislados: 1) uno de tipo laboral, entre el trabajador y su empleador; 2) luego uno comercial, por el contrato de seguro entre el empleador y la ART; y por último,, 3) una relación de consumo, en los términos del art. 3 de la Ley 24.240, entre el trabajador y la ART (conf. COSENTINO, P.M., *"El trabajador como consumidor del seguro de riesgos del trabajo"*, https://www.juschubut.gov.ar/indez.php/inicio-temisnet/1748-doctrina-eltrbjador-como-consumidor-del-seguro-de-riesgos-del-trabajo-primeraparte-de-riesgos-del-trabajo-1)

Ya se refirió nuestra CSJN, en la causa *"Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aores (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios"* (06/03/2007), a la amplitud de las relaciones de consumo, las que exceden del marco de un contrato, y abarcan no solo a ellos, sino también a los actos unilaterales (en la etapa pre-contractual) y a las actuaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de los sujetos no contratantes, en virtud del deber de seguridad.

En el ámbito del derecho laboral, el sistema de riesgos parte de un seguro contratado por los empleadores con las aseguradoras, en beneficio de los trabajadores en relación de dependencia, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 24.557. Tal seguro contratado resulta un negocio jurídico que vincula a la A., en su carácter de proveedora de un servicio, con el trabajador como beneficiario directo.

Corolario de lo anterior, no resultaría razonable excluir de la protección del régimen consumeril al trabajador por el mero hecho de no haber contratado en forma directa un bien o servicio con la A., sobre todo cuando aquél es beneficiario directo de sus prestaciones y destinatario final de éstas. Lo contrario, significaría un tratamiento desigual del trabajador respecto de cualquier otra persona que no actúe en tal carácter y que pueda ampararse en la Ley 24.240, ante una situación análoga.

Conforme lo expresa el art. 3 de la Ley 24.240, el régimen no es exclusivo, sino integrativo de normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo; consagrando que en caso de duda, prevalecerá la norma más favorable al consumidor, de forma similar al principio pro operario del art. 9 LCT (conf. COSENTINO, P.M., ob. cit.).

Con base en ello, ambos sistemas, tanto el sistema de riesgos laborales, como así también el de defensa del consumidor, resultan coherentes y complementarios en su objetivo común de tutelar al sujeto vulnerable. Esto así, dado que el mismo art. 11 de la LCT es el que remite a la aplicación de las leyes análogas; lo que hace compatible la aplicación de un régimen tutelar, en analogía de situaciones fácticas y siempre que se susciten dentro del ámbito del trabajo.

Asimismo, la Ley 24.240 incluye en la definición de “consumidores” a una universalidad de sujetos, de manera de darle el mayor alcance posible, es decir, incluye a los denominados consumidores fácticos o indirectos.

En este caso, el trabajador, como consumidor de las prestaciones de la aseguradora, presenta una hipervulnerabilidad derivada de la desigualdad estructural que surge del vínculo jurídico, en tanto se trata de un contrato en el que no formó parte de la negociación (conf. Juzg. del Trabajo III Tucumán, 07/03/2022, cit.).

No es dable soslayar, además, que dicho contrato de seguro lo afecta directamente en sus derechos esenciales, puesto que se trata de la cobertura de su salud e integridad física, y que lo vincula directamente a otro factor de vulnerabilidad, que requiere de tutela especial, como es la propia relación laboral.

Como se expuso anteriormente, el trato diferenciado del trabajador/consumidor se basa en el bien jurídico primordial tutelado, que es la salud. Es procedente recordar también que el trabajador se encuentra cautivo de la ART contratada por su empleador, en forma unilateral. Tan es así, que se ha decidido en jurisprudencia que comparto, emitida por el Tribunal del Trabajo N° 4 de Morón en autos: *"M., J. A. c. M. A. SRL y otros s/ despido"*, la condena contra la A. demandada para el pago de daños punitivos, de conformidad con lo establecido en el art. 52 bis de la Ley 24.240, entendiendo al trabajador como un usuario indirecto de la relación de consumo.

En igual sentido, también se ha resuelto que: "*Como consecuencia de la aplicación de la ley de defensa del consumidor en la relación entre los trabajadores y su aseguradora de riesgos del trabajo, les son aplicables a éstas lo previsto en su artículo 52 bis, que introduce en el derecho positivo argentino los denominados "daños punitivos", consistentes en sumas de dinero que deben abonar los proveedores (las aseguradoras de riesgos del trabajo) a los consumidores (los trabajadores) cuando se ha producido un daño a su patrimonio, y ese daño se ha ocasionado por incumplimiento a la ley"* (conf. Juzg.1ª.Inst.Civ.Com.Lab. de

Rufino, 25/11/2011, in re *"S., J. L. c. C. A. SA s/ demanda laboral"*, Legaldoc.com.ar).

Es decir, que al resultar coincidentes la Ley de Riesgos del Trabajo, con el Régimen de Defensa del Consumidor, y en virtud de lo dispuesto por el art. 42 C.N. –citado en dicho fallo— los usuarios de servicios tienen derecho –en el caso particular, el actor— en el marco de una relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo (conf. Juzg. del Trabajo III Tucumán, 07/03/2022, cit.).

B-) En nuestro derecho, el daño punitivo se encuentra normado en la LDC 24.240, en su artículo 52 bis que establece: *"al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan"*.

Se trata de una sanción que busca reeducar conductas del proveedor haciendo que el incumplidor no las repita, desalentándolo en conductas intolerables para el ordenamiento jurídico. La finalidad del instituto, no es dotar a la víctima de una suma más de dinero, sino de lograr que la inconducta no vuelva a repetirse y que tampoco sea imitada por otros proveedores del mercado (conf. PANOZZO, O. R., LLOnline AR/DOC/717/2021).

Entonces, la función principal de los daños punitivos es la disuasión de conductas dañosas conforme los estándares deseables socialmente y se ejecuta a través de su función accesoria: la sanción.

Respecto del factor de atribución del daño punitivo, se planteó la necesidad

de aplicar esta multa a quienes causan un daño con una connotación subjetiva: grave menosprecio hacia los derechos ajenos, culpa grave o lucrativa o ánimo malicioso, son algunas de las expresiones que se han empleado para referirse a la conducta merecedora de esta sanción ejemplar. Por lo tanto, un elemento distintivo es la necesidad de un factor de atribución subjetivo agravado, ya que la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos (conf. LOPEZ HERRERA, E., *"Los daños punitivos"*, 1ª. ed., Abeledo-Perrot, Bs.As., 2008, pág. 317; OTAOLA, M.A., *"La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino"*, Revista de la Facultad, Vol. V N° 1 Nueva Serie II (2014) 135-156).

En el presente caso traído a decisión considero que el actuar de la empresa demandada es gravemente reprochable ya que atentó contra el derecho fundamental del trabajador de ser indemnizado en tiempo y forma por el daño sufrido en el accidente laboral del cual fue víctima, obligándolo a litigar para obtener, mediante sentencia judicial, el reconocimiento de su derecho indemnizatorio.

El proceso de "constitucionalización" de los derechos de los consumidores ha evolucionado, tanto a través de vertientes sustanciales como procesales. Estas últimas representan garantías procedimentales que el ordenamiento ofrece a los consumidores para asegurarles una tutela judicial efectiva y oportuna, agravada en razón de la vulnerabilidad económica e informativa que pesa sobre ellos, lo que justifica –particularmente en el caso de los consumidores— que aquel derecho se lleve a cabo bajo la vigencia de una nueva concepción de la garantía de igualdad o principio de la igualdad real, que se hace cargo de las diferencias en las asignaciones previas y prevé la tutela de los vulnerables.

Tales específicas garantías no revisten rango meramente legal, sino que emergen del propio bloque de constitucionalidad, lo que provoca un

atrayente diálogo de fuentes entre el Derecho Constitucional, el Procesal, el microsistema de defensa de los consumidores y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ciertamente, tal como apunta el Dr. José H. Sahián, la "constitucionalización" de la tutela procesal de los consumidores no es una mera elucubración teórica, sino que alcanza expresa y concreta "fundamentalidad" en nuestro régimen, a partir de lo consagrado en el artículo 42 de la Constitución Argentina (conf. SAHIAN, J.H., *"Dimensión constitucional de la tutela judicial efectiva de los consumidores"*, SJA 07/02/2018, 173, LLOnline AR/DOC/4317/2017).

Dicho dispositivo prescribe en su segundo párrafo, luego de enunciar los derechos sustanciales básicos (a la salud, seguridad e intereses económicos; información adecuada y veraz; libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno), que *"las autoridades proveerán a la protección de esos derechos"*, imponiendo una obligación a todos los departamentos estatales de arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivo el resguardo de tales intereses (conf. Juzg. del Trabajo III Tucumán, 07/03/2022, cit.).

C-) El accionante cita en su demanda la normativa consumeril, para concluir que la accionada la ha violado flagrantemente.

Es aquí donde escalo en la gradación de la normativa legal, para focalizar los tratados internacionales que instituyen el deber de diligencia del Estado –que debe ser observado por sus tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial— y que trasunta básicamente en el deber de investigar, prevenir, sancionar y reparar el daño generado.

En el caso particular, el mentado deber de diligencia requiere a esta Alzada una acción positiva concreta tendiente a corregir la inconducta de la aseguradora de riesgos del trabajo, prevenir que esa conducta disvaliosa se repita en el futuro, y sancionar el daño generado al accionante –por la violación de su derecho fundamental de ser indemnizado en tiempo y forma

por el daño sufrido en el accidente laboral— consistente en la aplicación del art. 52 LDC, daño punitivo; transversal a todo el derecho.

Con relación al tema que es objeto de mi consideración, se ha dicho que las convenciones internacionales de derechos humanos que la República Argentina ha ratificado y constitucionalizado imponen al Estado tres tipos de obligaciones en relación con los derechos que ellas consagran. Primero, una obligación de "respeto", que demanda de los Estados que se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho de que se trate. Es decir, que no incurran por sí mismos en prácticas que impliquen lesionar el derecho. En segundo lugar, una obligación de "garantía", asociada a la remoción de los obstáculos al ejercicio efectivo de los derechos, esto es, la provisión de los recursos y la facilitación de las actividades necesarias para un acceso igualitario a ese ejercicio. Y, por último, la obligación de "protección", que requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho. El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, empresas, corporaciones y otras entidades, por lo que proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto privado la realización de conductas lesivas. El Estado no sólo debe observar por sí mismo las reglas de los pactos, sino que también tiene a cargo asegurar que los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas. El Estado debe encargarse de diseñar las herramientas que eviten que ciertos particulares vulneren los derechos de otros, y para eso tiene que recurrir a la labor de reglamentación y de aplicación del ordenamiento a cargo de sus autoridades legislativas, jurisdiccionales, administrativas y similares.

Existe, entonces, una obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales y, por consiguiente, la omisión del Estado en

prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos lo hace responsable.

Es importante remarcar que esas obligaciones positivas alcanzan no sólo al ámbito legislativo, sino que se proyectan hacia todos los planos del ejercicio del poder público, en especial los tribunales. Por ello, si los criterios judiciales internos no resultan suficientes para asegurar la efectiva protección del derecho en juego nos hallaremos también ante una violación. Ello implica –con especial gravitación para este estudio— que los jueces deben adaptar sus esquemas interpretativos de modo de acatar las directivas y estándares provenientes de los pactos y conjurar la convalidación de situaciones de desamparo en el goce de los derechos convencionales (conf. Juzg. del Trabajo III Tucumán, 07/03/2022, cit.).

Lo expuesto conduce a destacar que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas y ejercer la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas en los derechos humanos (conf. ONU, Comité de Derechos Humanos, bservación General N° 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 (2004), párr. 8).

Tengo en cuenta que surge de autos que el accidente laboral sufrido por el actor sucedió el 05 de Agosto de 2019 y que, si bien el accidentado recibió las "prestaciones médicas" por parte de la ART, ello sucedió hasta que con fecha 04 de Octubre de 2019 se dio por finalizado su tratamiento por la aseguradora, otorgándosele el "alta médica" con "secuelas incapacitantes" (conf. "Constancia de Alta Médica / Fin de Tratamiento" obrante en autos).

La falta de una respuesta positiva de la ART motivó que el accionante remitiera a la misma el Telegrama despachado el día 20 de Octubre de 2020 obrante en autos. Me remito a la claridad de su texto, del cual surge que se le hizo saber a la aseguradora que dentro de los plazos legales el actor no

tuvo ninguna respuesta sobre el pago de la prestación dineraria a la que tiene derecho por su incapacidad física consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el día 05 de Agosto de 2019. Es por ello que despachó el referido telegrama mediante el cual intimó a la ART para que concretara el pago de su obligación dineraria dentro del plazo de diez días de recepcionado el mismo, bajo apercibimiento de accionar judicialmente. Esta intimación fue recibida el 26/10/2020 y no tuvo ninguna respuesta de la demandada y, obviamente, el pago no fue cumplimentado por la obligada. Adelanto que corresponde que declare la procedencia del "daño punitivo" alegado, con el exclusivo fin disuasorio de conductas dañosas omisivas y recurrentes, como la que ha desplegado aquí la demandada.

La finalidad de la presente multa, es corregir conductas contrarias a derecho y, en consecuencia, inculcar en la sancionada, y mediante este precedente, a las demás empresas del rubro, hábitos de conducta adecuados con el apego a la ley en tiempo y forma, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores beneficiarios de sus servicios, para que observen la relevante función social que cumplen las ART en su ámbito de actuación, que evidencia un interés público vinculado con la preservación de la salud de los trabajadores, lo cual justifica la rigidez en la reglamentación de su actividad.

En consecuencia, por los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos y teniendo presente las constancias de autos de las que surgen con nitidez el incumplimiento de la accionada en lo que hace al pago en tiempo y forma de la indemnización a la que tiene derecho el actor que fue víctima de un accidente de trabajo (incumplimiento al deber legal de prestación económica/dineraria), considero que la demandada S. M. A. S.A., es pasible de la aplicación del "daño punitivo" prescripto por el art. 52 bis de la Ley 24.240. Esta conclusión me conduce a proponer al Acuerdo la revocación

parcial de la sentencia en crisis en cuanto ha rechazado esta pretensión de la parte actora.

Es más que obvio que avala también mi decisión el hecho de que al contestar la demanda, la accionada negó adeudar suma alguna al actor; negó que el accidente de trabajo haya ocurrido por la mecánica y circunstancias descriptas en la demanda; negó que S. M. hubiera incumplido sus obligaciones legales; negó el IBM correspondiente al actor; negó la existencia de una relación de consumo entre las partes y solicitó el rechazo de la demanda, con costas. Es evidente que esta postura obligó al reclamante a tramitar todo el proceso hasta llegar al dictado de la sentencia. Siguiendo con el análisis de las partes relevantes de este proceso, surge de la Pericia Médica practicada por un médico del Cuerpo Médico Forense local, que el actor *"…Padece una lesión en su mano izquierda, relacionada con su actividad laboral…"* y que como consecuencia del accidente laboral que sufriera, padece una *"…Incapacidad, parcial, permanente y definitiva del 2,3% T.O…."*. Este dictamen fue impugnado por la demandada y la misma fue respondida sólidamente por el experto diciendo*: "…se ratifican todos y cada uno de los conceptos emitidos en la experticia del 4/2/22…"*. A mayor abundamiento, la sentencia ha dicho que los puntos objeto de la impugnación fueron evacuados con sólidos argumentos científicos por el Cuerpo Médico Forense. Ello hizo que la impugnación no haya sido considerada relevante por la sentencia, por lo que el a quo otorgó al dictamen pericial pleno valor probatorio (arts. 390 y 481 CPCC). A renglón seguido, el sentenciante realizó el cálculo correspondiente y determinó la indemnización que le corresponde recibir al actor según los términos del art. 14.2 a) de la Ley 24.557 y su adicional fijado por el art. 3 de la Ley 26.773, resultando de ello el monto de la condena impuesta a la ART demandada, con más los intereses correspondientes.

Lo que he precedentemente desarrollado relacionado con pasos cumplimentados dentro de este proceso, son una cabal demostración de la necesidad de la parte actora de promover y tramitar este proceso para lograr el dictado de una sentencia que condene a la A. demandada al cumplimiento de la obligación que por ley le correspondía hacerla efectiva en tiempo y forma. No sólo dicha obligación no fue cumplimentada por la obligada, sino que –además— le negó el derecho que por ley le corresponde al reclamante, obligándolo –reitero— a promover y proseguir este proceso para percibir lo que por derecho le corresponde. Adviértase que –sin perjuicio de los reclamos extrajudiciales realizados por el actor a la demandada— la demanda judicial fue promovida el día 03 de Diciembre de 2020 y la sentencia de primera instancia se dictó el día 14 de Febrero de 2023, la cual no se encuentra firme por la apelación interpuesta por la A. demandada y de allí que todavía el accionante no ha podido percibir la suma indemnizatoria por incapacidad que le corresponde por ley. El incumplimiento de la demandada a las obligaciones impuestas por la normativa aplicable surge más que evidente y ello apunta a un claro perjuicio, desprecio y mal trato hacia la parte actora, que debe ser objeto de una sanción ejemplarizadora mediante la aplicación de una multa civil en concepto de "daño punitivo" conforme se reclama en la demanda.

Es que **encontrándose probada la relación causal existente entre la patología incapacitante y las tareas desempeñadas por el trabajador, corresponde declarar a la A. como deudora exclusiva de la prestación dineraria que establece la LRT.** Es que las condiciones laborales en que fueron desempeñadas las tareas, tuvieron aptitud tal como para constituirse en un elemento coadyuvante en el origen, provocación o agravamiento de la dolencia padecida por el dependiente

Respecto de los servicios de salud que se ofrecen a los trabajadores, el destinatario no tiene opción de elegir. Las obligaciones de las A. en su calidad de efectores de la salud deben hacerse jugar con los derechos de los trabajadores emergentes de la Ley 26.529 en su calidad de pacientes; así como con aquellos derechos nacidos de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en su calidad de usuarios indirectos de una relación de consumo (conf. Trib.Trab. Nº 4 Morón, *"Muñoz, Jorge Alberto c/ Membrana Alumantec S.R.L. y otro /a s/ Despido"*, 23/12/2020, LLOnline AR/JUR/79344/2020).

A diferencia de otros servicios brindados por el sistema general de salud, el trabajador usuario indirecto de esta relación de consumo generada por la LRT carece del derecho a la libre elección que caracteriza al régimen de la LDC, pues, una vez siniestrado en el ámbito del trabajo, resulta obligatorio acudir a la ART contratada por el empleador y debe someterse necesariamente a la atención médica de los efectores propios o contratados por la aseguradora, sin posibilidad de interconsultas fuera del sistema, ya que el abandono del tratamiento médico obsta al cobro de las prestaciones dinerarias devengadas.

Agrego a lo que hasta aquí vengo fundamentando, que es procedente la indemnización del daño punitivo con fundamento en el art. 52 bis de la Ley 24.240, por la inactividad de la aseguradora de riesgos a lo largo de los años en los que el actor prestó servicios de esfuerzo con riesgo ergonómico y sin capacitación adecuada al manejo de cargas con el objeto de prevenir/evitar la producción de accidentes como el que sufriera el reclamante.

A la luz de lo analizado y en el entendimiento de que es adecuado el encuadramiento de la relación jurídica dentro del estatuto del consumidor –según hemos visto hasta aquí— en que el actor es el usuario indirecto de una relación de consumo pautada entre el empleador y la aseguradora de

riesgos, corresponde hacer lugar a la aplicación de la pena reclamada ente la falta de cumplimiento de las obligaciones emergentes de aquel vínculo consumeril (arts. 1 a 3, Ley 24.240, 354 inc. 1, Cód. Proc. Civ. y Comercial), ello con fundamento en el artículo 52 bis de la Ley 24.240, conforme Ley 26.361 (conf. Trib.Trab.Nº 4 Morón, 23/12/2020, cit.).

D-) Retomando la cuestión que hace a la cuantificación de la multa por "Daño Punitivo", corresponde dejar sentado que Pizarro menciona entre las pautas de valoración para cuantificar estos daños, las siguientes: 1) la gravedad de la falta; 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; 4) la posición de mercado o de mayor poder del punido; 5) el carácter antisocial de la inconducta (conf. PIZARRO, R.D., *"Daños Punitivos". Derecho de Daños;* libro en homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2ª. parte, KEMELMAJER de CARLUCCI, A. (dir), La Rocca, Bs.As., 1993, pág. 291).

Por su parte, el art. 52 bis especifica que la multa debe graduarse considerando la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Siguiendo en parte a Pizarro, agrego que debe tenerse en cuenta también, la repercusión social de la conducta asumida por el incumplidor, el peligro de dicha conducta en términos del beneficio que obtiene, el perjuicio que la infracción genera en el trabajador/consumidor y el grado de intencionalidad. En consecuencia, en base a los principios de congruencia y sana crítica considero justo y razonable (arts. 165 y concs. CPCC y 52 bis L.D.C.) aplicar a la A.R.T. demandada una "multa civil" (Daño Punitivo) en la suma de $ 300.000.- (Trescientos Mil Pesos) que se fijan a la fecha de dictarse esta sentencia y que deberán pagarse por la obligada dentro del plazo fijado en la primera instancia para el cumplimiento de la condena. En caso de

incumplimiento, se deberán adicionar los intereses a la tasa fijada en la instancia originaria (tasa activa del B. del C. S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales) computando los mismos desde la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago. Una vez firme esta sentencia, deberá ponerse la misma en conocimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de su registro correspondiente y de tomar la intervención que la ley determine (conf. CSJN in re "Trejo", 24/11/09).

7 – <u>Conclusión</u>

En atención a los fundamentos precedentemente expuestos es mi conclusión que corresponde: **a) revocar parcialmente** la sentencia apelada en cuanto ha rechazado condenar a la demandada por "Daño Punitivo"; **b) condenar** a la ART demandada a abonar al actor la suma de **$ 300.000.- (Trescientos Mil Pesos)** en concepto de "Daño Punitivo" dentro del plazo fijado en la sentencia de primera instancia para el pago de la indemnización por incapacidad. En caso de incumplimiento se deberán adicionar los intereses a la tasa fijada en la instancia originaria (tasa activa del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales) computando los mismos desde la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago. Una vez firme esta sentencia, deberá ponerse la misma en conocimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de su registro correspondiente y de tomar la intervención que la ley determine (conf. CSJN in re "Trejo", 24/11/09) y **c) confirmar** la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios. Así lo voto.

8 – <u>Readecuación de costas y honorarios</u>

El alcance de la revocación parcial de la sentencia propuesto precedentemente, no amerita realizar la adecuación de las costas y

honorarios de la primera instancia que dispone la norma del art. 282 del ritual.

9 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen de la siguiente manera: **a) <u>Por el</u> <u>recurso interpuesto por la parte demandada</u>**: se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. M. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los que corresponden a los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** se le imponen a la parte demandada que resulta vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la recurrente, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los que corresponden a la letrada apoderada de la parte demandada, Dra. M. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara G. D. HANSEN dijo:

1).- Antecedentes del caso:

Por razones de brevedad me remito al voto de mi colega

preopinante, en cuanto al relato de los hechos y la exposición de los agravios por cuanto el Dr. Fiordelisi, ha realizado una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de los agravios expresados por la parte demandada por lo que resulta innecesario reiterarme sobre dichos aspectos.

Por ello, seguidamente me adentraré en las cuestiones planteadas como fundamento recursivo de la parte demandada.

2).- Previo al tratamiento de las quejas vertidas por los recurrentes, debo señalar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. CSJN, Fallos: 274:113, entre otros, CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).

3).- Los agravios de la parte demandada:

3.1).- Violación de la ley en el cálculo del IBM:

Se agravia la apelante en cuanto al IBM utilizado para el cálculo de las prestaciones de ley debidas, por considerar que el a quo ha aplicado para resolver el ingreso base mensual de este caso, normativa que ya no se encuentra vigente (Circular SRT 2/98), reglamentaria de un artículo de la LRT que fue sustituido por el Art. 11 de la Ley 27.348.

Debo señalar que lo expresado al momento de fundar el recurso, resulta ser una reiteración de lo expresado sobre el punto en cuestión al momento de contestar demanda.

No cabe, en consecuencia, remitirse a los argumentos

sostenidos en primera instancia pues ello no cumplimenta la carga de realizar la crítica razonada y concreta de las cuestiones resueltas por la jueza a quo.

Ello no constituye una fundada réplica a fin de que este tribunal de alzada tome conocimiento de los pretendidos errores del fallo, pues el agravio es la medida del recurso.

Y tal circunstancia resulta ser una cuestión de lógica jurídica, ya que, la impugnación del fallo reproduciendo los argumentos vertidos en la contestación de demanda, no constituye expresión de agravios, en razón de que en el momento de redactarse aquéllos no existía la resolución atacada, mal puede constituir crítica concreta y razonada de ésta y, por lo demás, tales argumentos ya han sido puestos a consideración del Magistrado de grado y han sido tratados.

La misma recurrente señala que desde su contestación de demanda impugna la pretensión del actor de asimilar su ingreso base al pago por jornal de un único contrato de trabajo eventual y que no corresponde dividir el total de haberes en los términos de la Circular cuestionada.

Tal circunstancia, evidencia que los argumentos esgrimidos ya han sido planteados en la instancia anterior, habiendo sido tratados y, en el caso rechazados, por el juez a quo, lo que claramente impide su consideración en esta instancia.

Se ha sostenido al respecto que: "*En suma, la expresión de agravios es un escrito técnico que impone al recurrente la carga procesal de fundar su postura efectuando una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que considera equivocada, debiendo declararse desierto el recurso si la expresión de agravios es la mera reproducción de lo contenido en el escrito de demanda inicial que ya fuera analizado por el sentenciante de grado o si se plantean meras discrepancias*

que no alcanzan a suplir la obligación de cuestionar en forma precisa y puntual los motivos de orden fáctico, probatorio y jurídico que dieron sustento al pronunciamiento impugnado."-GOZAINI O., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", tomo II, pág.164, LA LEY, 2011-.

Reitero, este es el caso de autos, donde el impugnante reproduce casi fielmente los argumentos que esgrimiera al momento de contestar demanda.

De otro lado, debo señalar que resulta improcedente el planteo efectuado respecto de la Resolución SRT N°45/2022 que pretende introducir la apelante.

Sabido es que el recurso de apelación no es un nuevo juicio sino la revisión de la sentencia impugnada y, en consecuencia, como principio, el tribunal de alzada está limitado a pronunciarse sobre los capítulos propuestos a decisión del juez de primera instancia, tal como expresamente lo dispone el art.280 del CPCC, salvo las excepciones que contempla la citada norma, tratándose únicamente de verificar, en consecuencia, el mérito de la decisión de primera instancia, es decir, el acierto o el error con que dicho pronunciamiento se motiva.

Y es precisamente esta norma del Código ritual la que nos deja establecidas las proyecciones que tienen tanto el principio de congruencia como el principio dispositivo en el proceso.

Esta congruencia, se encuentra íntimamente ligada con las investigaciones y conclusiones que pueda realizar el juez, en base o con contenido en las argumentaciones, hechos y pruebas arrimadas a la causa tanto por la demandante como por la encausada.

Claro está que este órgano de Alzada, únicamente debe fallar respecto de las pretensiones deducidas en el juicio.

La Corte Suprema ha explicado que el principio de congruencia exige la existencia de conformidad entre la sentencia, y las pretensiones y defensas deducidas en juicio, es decir, que debe mediar correspondencia entre el contenido de las pretensiones y oposiciones de las partes, y la respuesta que surge del órgano jurisdiccional en su pronunciamiento (Fallos: 336:2429).

Esta circunstancia resulta dirimente en el caso de marras.

Es que, como surge de las constancias de autos, la pretensión de la apelante no ha sido dirimida en la presente litis, ello, en razón de no haber sido expuesto al juez de la instancia anterior.

Esto sella la suerte que correrá este punto del agravio planteado por la demandada, por cuanto, como he venido sosteniendo, esta Alzada no se puede pronunciar sobre capítulos no propuestos en la etapa de demanda y contestación, circunstancia que -reitero-, no aconteció.

En relación al supuesto error de derecho que la apelante atribuye al juez de grado y que radica en considerar "vigente" a la invocada Circular SRT 2/98, reglamentaria del Art. 12 de la LRT según su versión originaria.

Adelanto aquí que disiento con el demandado.

Es que, si bien, el recurrente señala que no resulta de aplicación lo normado por la Circular SRT N° 002 del 10/07/1998, lo cierto es que no esgrime argumentos que conmuevan lo decidido en la instancia anterior.

Ello así, en tanto no explica el recurrente, en todo caso cual sería la fórmula adecuada a aplicar si se prescinde de la prevista en la Circular citada.

Reitero, si bien la recurrente señala que no sería de aplicación lo dispuesto por el juez a quo, no aporta en su queja, elementos que establezcan el procedimiento que-según su entender-, sería el correcto.

Resulta oportuno recordar que para que cumpla con su finalidad, el agravio debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la resolución apelada tendiente a demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho.

Es decir que el acto procesal debió refutar total o parcialmente, la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto por parte del Juez de Primera Instancia, debiendo efectuar el recurrente un análisis de la sentencia exponiendo los motivos por los cuales considera que el fallo apelado es erróneo.

Esto no ha ocurrido.

Se ha dicho al respecto que: "*En resumidas cuentas, la expresión de agravios debe ser una crítica, esto es un juicio impugnativo; concreta, esto es precisa y determinada; y razonada, vale decir, expresar los fundamentos que sustentan los agravios; lo cual exige ineludiblemente precisar punto por punto los errores y omisiones -tanto fácticos como jurídicos- que se atribuyen al fallo en crisis*."-Cám.Nac.Civil, sala B, "SYNGENTA AGRO S.A. c/ AGRO TIUN S.R.L. Y OTRO s/EJECUCION HIPOTECARIA", 10/08/2016-.

La afirmación de la apelante en relación a que la ley 27.348 dejó sin efecto la Circular 02/98 no encuentra asidero en el texto de la norma aludida.

Que, en consecuencia, a lo señalado precedentemente, debo agregar que el cuestionamiento realizado, aparece mas como una discrepancia a lo resuelto por el juez de grado que como un cuestionamiento certero de lo sentenciando.

Por los argumentos expuestos el agravio será rechazado.

3.2).- La condena en costas:

El régimen de Comisiones Médicas previsto en el Título I de la ley 27.348 no se encuentra vigente en la provincia de Chubut por cuanto no se ha adherido a dicho capítulo, circunstancia que hace inaplicable el sistema allí establecido y, en consecuencia, la pretensión de la recurrente de su aplicación resulta improcedente.

Ello implica que no resulta adecuado el planteo efectuado por la recurrente, respecto que la intervención de las Comisiones Médicas lo exime del pago de costas en ese proceso.

La imposición de costas al vencido, forma parte del principio objetivo de la derrota establecido en el art.69 del CPCC.

La regla general sentada tiene razón de ser en el hecho de que quien gana el juicio tiene derecho a cobrar de su parte contraria los gastos incurridos por su conducta, pues si ésta hubiese actuado jurídicamente, los gastos no se hubieran ocasionado.

Esta regla está basada en el hecho objetivo de la derrota, pues la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado.

No se trata de penar al vencido, sino de resarcir al vencedor de los gastos en los que debió incurrir por la conducta del perdidoso.

Esto así, en tanto las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio.

Se ha dicho que: "*El art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho y las excepciones a la regla de la norma citada deben admitirse restrictivamente*."- CSJN, "Recurso de hecho deducido por Marta

Myriam Antonio por sí y en representación de sus hijos menores P. M. A. y A. M. A. en la causa (A., M. M. c/ P. A. S.A. s/ accidente - ley especial)", 26/11/2020-.

En virtud de ello, la pretensión de la apelante no tendrá favorable acogida y el agravio será rechazado.

4).-Tratamiento del agravio de la parte actora:

4.1).- El daño punitivo:

La cuestión traída en análisis amerita que me expida en primer término respecto de la aplicación o no, del régimen consumeril a la relación laboral, específicamente en el ámbito de un accidente de trabajo. Para ello, debo partir de la existencia de una relación de consumo entre el empleador y una Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Así, la norma del art.1 de la ley 24.240 señala que: "*Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*".

Resulta clara la relación de consumo existente entre el empleador y la ART, por cuanto, aquel contrata a la Aseguradora como destinatario final, con el objeto de dar cobertura a la siniestralidad de sus empleados en los términos que prevé la norma citada.

Sentado ello, la letra del Art. 1092 segundo párrafo del CCyC y del Art. 1° de la ley 24.240 claramente equiparan a la noción de consumidor, a aquellas personas que como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, adquieren o utilizan bienes o servicios en forma gratuita u onerosa, como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Es aquí donde comienza a tallar la posición del tercero trabajador, al verse afectado por la relación de consumo existente entre su empleador y la A.

Se ha sostenido que: "*El establecimiento de situaciones equiparables a la del consumidor se relaciona con el objeto buscado por el sistema protectorio en cuanto a que éste no se limite únicamente a quienes resultan ser consumidores específicos o materiales, ya que en gran cantidad de situaciones éstos no resultan ser los necesitados de la tutela legal. Precisamente la realidad demuestra que usualmente las consecuencias dañosas que se producen en el mercado no encuadran en el "vínculo material" entre proveedor y consumidor, sino mas bien parten del mismo y "rebotan" en otros sujetos."*-WAJNTRAUB, J., "Régimen Jurídico del Consumidor", pág.21, RUBINZAL-CULZONI, 2020-.

Surge así que el vínculo material señalado, existe entre el empleador y la A. mediante el contrato de consumo y que el otro sujeto en el que "rebotan"-en términos de Wajntraub- sus efectos es el trabajador. No caben dudas que el trabajador es el destinatario final de las prestaciones de la ley de riesgos del trabajo a través del desempeño de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo, que sólo tienen sentido si son analizadas en un contexto mas general, como desprendimiento de la existencia de un contrato de trabajo, por cuanto, éste instrumento es la razón de ser de la relación de consumo, y dicho señalamiento como

destinatario final del trabajador en el régimen de la ley 24.557 –ver art.3-, explica la existencia de una relación de consumo.

Al respecto se ha sostenido que: "*De tal relación, surge la vinculación de la LDC con el trabajador siniestrado, y ello se ve en la segunda parte del texto legal cuando dice:…()…"Queda equiparado al consumidor quien, sin ser*

parte de la relación de consumo como ***consecuencia o en ocasión*** *de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"…()…Es decir, que como "consecuencia o en ocasión de ella" se afecta otro sujeto, en el caso el trabajador siniestrado, que sin ser parte de la relación de consumo (empleador-ART) "adquiere o utiliza" los bienes o servicios contratados por su empleador como consumidor equiparado y beneficiario del seguro*."-FAVIER D., "Los daños punitivos en el ámbito de la siniestralidad laboral", Revista IDEIDES, 04/01/2021-.

Entre los fundamentos que han dado nacimiento a la tutela del consumidor y a su recepción como principio constitucional (CN art. 24 y art. 33, Constitución Provincial), se destaca la situación de desequilibrio, desventaja o inferioridad negocial de la persona del consumidor, quien se introduce o es introducido en el ámbito de un mercado cuyas relaciones difícilmente pueda modificar.

Es precisamente esta situación la que se verifica entre el trabajador y la aseguradora de riesgos del trabajo, que desarrolla de manera profesional la prestación de servicios, a través de una organización acorde a las pautas fijadas por el artículo 26 de la ley 24.557, circunstancia claramente agravada en tanto el trabajador resulta ser un sujeto legalmente cautivo de la selección por parte del empleador de una ART determinada, quien a su vez impone el tratamiento y el profesional o establecimiento sanitario que lo realizará, y que solo determinan una situación de mayor vulnerabilidad que reafirma la aplicación de las tutelas de la ley 24.240.

Y esta vulnerabilidad señalada precedentemente es lo que el legislador ha pretendido tutelar, brindando una legislación del consumidor, tendiente a equilibrar de alguna manera esta situación a la que los consumidores, y en este caso el trabajador, se ven expuestos.

Tal ha sido la preocupación por paliar los desequilibrios entre usuarios consumidores y proveedores, propios del mercado, que, sin que resulte aplicable al caso, y sólo a modo de ejemplo, entre otras normas se ha dictado en fecha 27 de mayo de 2020 la Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

En ese marco, se crea la definición de consumidor hipervulnerable, entendiendo por tal a aquellos consumidores que sean **personas humanas y que se encuentren en situaciones particulares de vulnerabilidad.**

Así, en su art. 2, dicha Resolución establece: " *A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones:…()…i) situaciones de vulnerabilidad socioeconómica acreditada por alguno de los siguientes requisitos:…1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles…*".

Reitero que esta normativa en principio no es aplicable al caso de marras, pero sirve para clarificar la preocupación por legislar a los fines de tratar de equiparar los desequilibrios propios del mercado, y en dicha preocupación, se ha establecido que los trabajadores/as en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos Salarios Mínimos Vitales y Móviles, podrían encontrarse en grado de consumidores hipervulnerables.

Sentado ello, debo concluir necesariamente, y en lo que aquí interesa, la existencia de relación de consumo a la que es sometido el trabajador, y por tanto resultan de aplicación, las disposiciones de la ley 24.240 en lo que resulten pertinentes.

Ahora bien, se debe establecer si en el caso, resulta de aplicación el denominado daño punitivo que tiene su génesis en la legislación consumeril.

Tengo en claro que la imposición de daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable por su fuerte desapego por el respeto de los derechos ajenos que, por supuesto, requiere de cierta actividad probatoria por parte del reclamante orientada a su demostración con el fin de generar la debida convicción en el sentenciante.

Denominada también multa civil, ha dicho la doctrina en cuanto a su regulación que: *"...la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidas en ella al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto sancionado, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de ésta), haya o no un daño realmente causado al consumidor, y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La g.d.h. es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, mas no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez -a quien la expresión p., empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto- no se encuentra constreñido más que por su buen sentido, puesto que el artículo sólo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar daños punitivos*" -cita de Picasso, conf. Mosset Iturraspe, Jorge., Wajntraub, Javier H., "Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240", pág.281, RUBINZAL CULZONI, 2008-.

Se ha dicho asimismo que: "*Procede condenar a abonar una suma por daño punitivo a la demandada considerando su conducta desaprensiva frente a la consumidora, quien cumplió todas sus obligaciones en el marco de una*

contratación electrónica y a distancia, mientras que aquella no cumplió con su obligación principal que es la entrega del sillón adquirido, siendo evidentemente una tarea muy simple para una empresa de alto prestigio, a lo cual se adiciona que cuando se le requirió la entrega a través de un expediente administrativo en las oficinas de Defensa del Consumidor, sin acudir ningún representante a esa sede, simplemente envió un e-mail ofreciendo un arreglo, acuerdo que inclusive fue aceptado por la consumidora para no dilatar más la cuestión y siendo que deseaba disponer del bien mueble, pero aún así la empresa tampoco cumplió, obrar que puede tacharse de desaprensivo y de falta de trato digno (art. 1.097 , CCivCom.)."- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, sala B, "F. V. L. c/ F. S.A.C.I.E.I.", 09/02/2021-.

En autos, pese a no advertirse en el caso un actuar doloso por parte de la demandada en cuanto intención deliberada de dañar, se aprecia en su conducta caracterizada por el menosprecio a los derechos del trabajador-consumidor.

Es que, conforme se desprende de la documental aportada, la demandada no ha dado un trato digno al reclamante ante las consecuencias del siniestro acaecido.

En todo caso, resulta necesario destacar asimismo, que, de haber la demandada dado cabal cumplimiento y en forma adecuada a lo que resultaban ser sus obligaciones en la relación con el actor, jamás debió tener la necesidad de recurrir a la vía judicial para obtener el cumplimiento de las prestaciones que le correspondían.

Debemos recordar que el art. 52 bis de la ley 24.240 establece: "*al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás*

circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

Advierto en el caso, que la demandada no ha dado cumplimiento con la manda constitucional de trato equitativo y digno que merece el actor de conformidad con las disposiciones del art.42 de nuestra Carta Magna.

De lo que se trata entonces con la aplicación del daño punitivo, es la disuasión de conductas dañosas que puedan reiterarse, resultando saludable, el respeto de estándares deseables socialmente a los fines de evitar sanciones futuras.

Se ha dicho que: "*...los 'daños punitivos' han sido definidos como aquellos 'otorgados... para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro'.*
También se los define como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (conf.: Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial La Ley, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril /2008)."-Cám.Nac.Civ. Sala F, "Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios", 18/11/2009-.

Especial relevancia toma la cuestión debatida en estas actuaciones, referidas a situaciones vinculadas con la salud del actor, las que, evidentemente al no ser debidamente respondidas por la demandada, generaron un perjuicio en el ámbito propio de la vida del demandante.

Tales circunstancias coadyuvan a la conformación de un supuesto calificable como de singular gravedad y temeridad que habilita la

sanción punitiva dispuesta por tratarse de un instituto necesario a la hora de poner coto a las conductas desaprensivas por parte de los proveedores que generen perjuicios a los usuarios de los servicios que prestan como en el caso de marras conforme lo vengo expresando.

Si bien, las circunstancias relacionadas con la salud del actor no determinan per se la aplicación de los daños punitivos, debo resaltar en el caso que ante el accidente acaecido en fecha 05 de agosto de 2019, el accionante recibió prestaciones médicas por parte de la A. hasta el momento del alta médica con "secuelas incapacitantes" el día 04 de octubre del mismo año.

Que al no haber recibido el actor las prestaciones dinerarias a la que claramente tiene derecho por la incapacidad física consecuencia del siniestro, remitió comunicación epistolar recibida por la ART en fecha 26 de octubre de 2020, es decir mas de un año después del alta otorgado, sin que dicha misiva obtuviera respuesta alguna.

En consecuencia, no me caben dudas de la procedencia del daño punitivo, en consonancia con lo dispuesto por el juez de grado.

A dicho requisito, se debe sumar la circunstancia que el actor se vio obligado a transcurrir la instancia judicial en la totalidad de sus etapas sin obtener respuesta favorable de la demandada.

Resta en consecuencia, establecer el quantum de la sanción.

Tengo en claro que sumado a los parámetros que pueda justipreciar el juez al momento de determinar el monto del daño punitivo, debe analizar los presupuestos mencionados precedentemente respecto al obrar del proveedor del servicio y que todo ello se debe complementar con el objetivo que en definitiva tiene la aplicación del daño punitivo, cual es,

como ya lo he señalado precedentemente, el de disuadir a quien brinda el servicio para que no se reitere en el tipo de conductas que se sancionan.

Al respecto se ha dicho que: "*Es necesario tener en consideración la función social que cumple el seguro, al punto de que es posible detectar aquí la prestación de un servicio que involucra el interés público. Correlativamente, quienes proveen la prestación de tal servicio deben ser especialmente diligentes para impedir que, producido el siniestro del cual se quiso preservar el asegurado, éste deba, no obstante, enfrentar la desprotección y el abandono que mediante la contratación de este servicio procuró evitar. No es posible convalidar conductas como la que aquí se ha verificado, debiendo tenerse en consideración que el llamado daño punitivo debe servir también para desalentar el abuso en el que puede incurrir quien, desde una posición de privilegio, advierte la debilidad del usuario y el largo, tedioso y riesgoso camino que éste habría de verse obligado a seguir para finalmente, tras la incertidumbre propia de todo juicio, lograr el reconocimiento de su derecho.*"-Cám.Nac.Com., sala C, "Denis Jorge Raúl c/Provincia Seguros S.A.", 15/06/2017-.

Que, atento lo que vengo argumentando en el presente voto, queda claro que la demandada resulta pasible de la multa civil, haciendo lugar a lo peticionado por el actor.

Coincido con la corriente jurisprudencial que dispone que, si bien la determinación de la multa depende del prudente arbitrio judicial, el juzgador debe tener en cuenta a los fines de su determinación la capacidad económica del dañador, la naturaleza y grado de reproche, la extensión del beneficio obtenido, la propagación de los efectos de la infracción, la prolongación en el tiempo del daño y la extensión de los riesgos sociales, cuando, como en el caso, como ya lo he señalado, se encuentran comprometidas circunstancias referidas a la salud del actor, y que

merecieron una desatención injustificada y prolongada en el tiempo por parte de la ahora demandada.

Ahora bien, teniendo en consideración el máximo previsto por la ley a los fines de responder por el daño punitivo, apreciando la sanción en forma prudente y proporcionada, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, he de establecer el monto por el cual procede el daño punitivo en la suma de $ 300.000 (PESOS TRECIENTOS MIL)-art.52 bis ley 24.240-.

El monto del daño punitivo se fija al momento de la sentencia conforme criterio de este Tribunal.

Atento el carácter sancionatorio y disuasivo de la sanción por daño punitivo derivada de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), por tratarse de una multa, los intereses sólo pueden devengarse con posterioridad a su imposición por sentencia firme y, en su caso, vencido el plazo fijado para el cumplimiento.

Al respecto se ha dicho que: "*En efecto, la fijación del monto de la multa por daños punitivos constituye una tarea delicada, siendo premisas a tener en cuenta: que no se trata de un resarcimiento; que es una sanción; que la gravedad de la falta tiene directa incidencia en su cuantificación y, por último, que debe cumplir una función preventiva, disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas. Ello me lleva a la conclusión que el decisorio que impone la multa es de indudable carácter constitutivo del derecho del consumidor y que, por lo tanto, es a partir de allí desde cuando se deberán computar los intereses.*"-STJ, Río Negro, "G., D. M. c/G. S.A. y otros s/Sumarísimo s/Casación", 04/05/2020-.

A partir de allí, en caso de incumplimiento de pago, transcurridos los cinco días establecidos por el juez de grado, se le adicionará la tasa de interés a la tasa fijada en la sentencia de primera instancia.

5).- Conclusión.

Conforme los argumentos expuestos corresponde: **a)** revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto dispuso el rechazo de la condena de los daños punitivos peticionados; **b)** condenar a la A. demandada a abonar al actor la suma de $ 300.000 (PESOS TRESCIENTOS MIL), en concepto de "Daño Punitivo" dentro del plazo fijado en la sentencia de primera instancia para el pago de la indemnización por incapacidad, monto al que se deberán adicionar los intereses a la tasa prevista por el sentenciante de grado calculándose a partir del dictado de la sentencia de la instancia anterior, en caso de incumplimiento.

Una vez firme este decisorio, deberá ponerse el mismo en conocimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de su correspondiente registro y de tomar la intervención que la ley determine y c**)** confirmar la sentencia en todo lo demás que fuera materia de agravios.

6).- Adecuación de costas:

Que, se advierte que la revocación parcial de la sentencia en crisis no constituye argumento suficiente para proceder a la modificación de la misma en lo que refiere a la imposición de costas efectuada por la a quo.

Dicha revocación no altera lo medular del decisorio atacado.

Ello fundamenta mi convencimiento que no corresponde modificar la imposición de costas de primera instancia ni tampoco la regulación de honorarios allí dispuesta, la que propongo se confirme.

7).- Imposición de costas en la alzada:

Las costas causídicas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso, para la iniciación, prosecución y

culminación de éste, la imposición de costas constituye entonces, una indemnización acordada al vencedor para el reintegro de los perjuicios sufridos por él durante el juicio o incidente de que se trate, debido a que la condena en costas tiene por objeto resarcir los gastos del juicio que el vencedor realizó por haberse visto obligado a promover la acción o a contestar demanda para el reconocimiento de su derecho.

Se ha sostenido que: *"…el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho, quien debe salir incolumne del proceso."*-CHIOVENDA, "Instituciones..", pág.332/35, citado por FENOCHIETTO-ARAZI, "Código…", tomo 1, pág.281, ASTREA, 1993-

La imposición de costas al vencido, en consecuencia, forma parte del principio objetivo de la derrota.

Que, en consecuencia, atento la suerte corrida por los recursos interpuestos las costas se imponen: **a)** por el recurso interpuesto por la parte demandada, se imponen a la demandada vencida –art.69 CPCC-, **b)** por el recurso interpuesto por la actora, se imponen a la demandada vencida –art.69 CPCC-.

8).- Regulación de honorarios en la Alzada:

Corresponde a esta altura, proceder a la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia –art.46, Ley XIII, N°4-.

A los fines de la regulación de honorarios, se hará mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión de la labor desarrollada por los letrados intervinientes en el presente recurso – art.5, Ley XIII, N°4-.

Teniendo en consideración el destino de los agravios planteados y las restantes pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados: **a)** por el recurso interpuesto por la demandada corresponde fijar los honorarios de su letrada, Abogada M. C. en el 25%, y fijar los honorarios correspondientes a los letrados de la parte actora, Abogados V. F. y S. F., en conjunto en el 30%, **b)** por el recurso interpuesto por la actora corresponde fijar los honorarios de sus letrados, Abogados V. F. y S. F., en conjunto en el 35% y a la letrada de la parte demandada, Abogada M. C. en el 25%,.

Todos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último –arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara, G. D. HANSEN, vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

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

De compartir los restantes Sres. Jueces que integran esta Excma. Cámara los fundamentos que he expuesto precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1ero.) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada en cuanto ha rechazado condenar a la demandada por "Daño Punitivo".

2do.) CONDENAR a la A. demandada a abonar al actor la suma de **$ 300.000.- (Trescientos Mil Pesos)** en concepto de "Daño Punitivo" dentro del plazo fijado en la sentencia de primera instancia para el pago de la indemnización por incapacidad. En caso de incumplimiento se deberán adicionar los intereses a la tasa fijada en la instancia originaria (tasa activa

del B. del C. S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales) computando los mismos desde la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago

Una vez firme esta sentencia, deberá ponerse la misma en conocimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de su registro correspondiente y de tomar la intervención que la ley determine (conf. CSJN in re "Trejo", 24/11/09)

3ro.) CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios.

4to.) SIN ADECUAR las costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 CPCC).

5to.) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera:

a) **Por el recurso interpuesto por la parte demandada**: se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. M. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los que corresponden a los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b)** **Por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la parte demandada que resulta vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la recurrente, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los que corresponden a la letrada apoderada de la parte demandada, Dra. M. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, en ambos casos sin

perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6to.) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez. de Cámara, G. D. HANSEN, dijo.

Atento a como resuelvo, corresponde se dicte el pronunciamiento propuesto por mi colega preopinante Dr. Fiordelisi, al cual adhiero.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil JALIL no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2023.

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

S E N T E N C I A

1ero.) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada en cuanto ha rechazado condenar a la demandada por "Daño Punitivo".

2do.) CONDENAR a la A. demandada a abonar al actor la suma de **$ 300.000.- (Trescientos Mil Pesos)** en concepto de "Daño Punitivo" dentro del plazo fijado en la sentencia de primera instancia para el pago de la indemnización por incapacidad. En caso de incumplimiento se deberán adicionar los intereses a la tasa fijada en la instancia originaria (tasa activa

del B. del C. S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales) computando los mismos desde la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia hasta su efectivo pago

Una vez firme esta sentencia, deberá ponerse la misma en conocimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a los fines de su registro correspondiente y de tomar la intervención que la ley determine (conf. CSJN in re "Trejo", 24/11/09)

3ro.) CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios.

4to.) SIN ADECUAR las costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 CPCC).

5to.) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera:

a) **Por el recurso interpuesto por la parte demandada**: se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. M. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los que corresponden a los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b)** **Por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la parte demandada que resulta vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la recurrente, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los que corresponden a la letrada apoderada de la parte demandada, Dra. M. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, en ambos casos sin

perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6to.) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente,

REGISTRADA BAJO EL N° /23 SDL.