

En la ciudad de Puerto Madryn, a los _____ días de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne la Excm. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldito Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:

“F., M. c/ ART F. P.

S. S.A. s/ Accidente de trabajo (acción civil)“ (Expte. N° 188 Año 2016) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 61/13), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION:** ¿son justos los honorarios regulados a los letrados de la parte demandada?; **TERCERA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 608.

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 569/574, la cual fue apelada por la parte actora a fs. 576, siéndole concedido el recurso a fs. 577. Asimismo, los letrados de la parte demandada apelaron por bajas sus regulaciones de honorarios y fundaron sus respectivos recursos a fs. 579/584, los cuales les fueron concedidos a fs. 585. Expresó agravios la parte actora a fs. 586/593 vta., sin que haya sido contestado por la contraria el traslado oportunamente conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia de primera instancia hizo lugar a las inconstitucionalidades peticionadas por la parte actora con respecto a los arts. 1, 8 inc. 3, 21, 22, 39

incs. 1 y 2 y 46 de la LRT; rechazó la demanda interpuesta por M. A. F. contra ART F. P. S. S.A.; impuso las costas al vencido y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes con excepción de la letrada del reclamante en razón de existir un pacto de cuota litis homologado en autos.

La sentenciante plasmó que ha existido una teórica imputación de responsabilidad hacia la demandada por parte de la actora y que no hay una sola descripción del factor de atribución utilizado para imputar responsabilidad a la misma. Agrega que no se atribuyó a la accionada ninguna conducta culpable que hubiese incidido en la producción del daño. Ha dicho que el actor reconoce que recibió cursos de capacitación y todos los elementos de seguridad necesarios para desarrollar sus tareas y que contaba con experiencia. Además, tuvo en cuenta que el actor contaba -el día del accidente- con las gafas protectoras de seguridad suministradas por su empleador.

Remarca que el actor omitió especificar cuál ha sido la cosa riesgosa o viciosa que intervino en la causación del daño y cuál sería el obrar antijurídico de la accionada. Concluye afirmando que la imputación de responsabilidad es meramente teórica, que se desconoce cuál es el incumplimiento de la demandada en base al cual imputa responsabilidad y que el actor debió probar el acto ilícito, la imputación y el nexo de causalidad con el daño sufrido.

3 – Agravios de la parte actora

3.1) En primer término, agravia a la actor que la a quo no haya considerado que su parte imputó responsabilidad a la demandada en los términos del art. 1074 del anterior Código Civil vigente, con lo cual se apartó del

principio de congruencia. Plantea que la sentencia es incongruente en razón de haber modificado el encuadre jurídico de la responsabilidad que su parte le imputó a la contraria.

3.2) En segundo lugar se agravia la parte actora por la conclusión de la sentencia al decir que su parte realizó una teórica imputación de responsabilidad a la demandada. Afirma que en la demanda se indicó puntual y taxativamente la imputación de responsabilidad y allí se señaló: la falta de medidas de seguridad y prevención de riesgos del trabajo respecto de la modalidad de prestación de tareas y mecánica de trabajo cumplido por el actor; falta de capacitación al empleador y al actor; falta de control de las medidas de prevención y seguridad adoptadas por el empleador y la idoneidad de los elementos de protección personal; falta de inspección al lugar de trabajo antes del accidente y falta de planes de mejoramiento establecidos por la LRT.

Insiste en que su parte indicó taxativamente los hechos por los cuales imputó responsabilidad a la demandada e indicó cuales fueron los incumplimientos emergentes de su obligación, que coadyuvaron como factor de atribución del accidente y el consecuente daño sufrido por el actor.

3.3) El tercer agravio constituye una reiteración del anterior y ratifica el incumplimiento de la demandada a los deberes legales de prevención, control y capacitación al Sr. F. y asesoramiento y asistencia técnica al empleador. Esgrime que se ha probado en autos el nexo de causalidad entre la omisión de la ART de sus deberes legales y el daño sufrido por el actor y remarca que, de haber cumplido la contraria con sus obligaciones, se hubiera evitado la producción del accidente y el daño sufrido por el reclamante.

Deja constancia que las visitas y capacitaciones en prevención de riesgos del trabajo realizados por la contraria fueron posteriores al accidente y que

jamás hasta ese momento se habían realizado cursos y/o tareas de prevención en el lugar de trabajo.

Culmina dejando constancia que tampoco se valoró la “Confesión Ficta” en que incurriera la parte demandada y la cual demuestra el incumplimiento por parte de la contraria a las obligaciones a su cargo que ya describiera. Insiste en que se ha probado la responsabilidad de la ART por omisión en los términos del art. 1074 del anterior C.Civil.

3.4) El cuarto agravio también está relacionado con los dos anteriores. Se esgrime que es un error considerar que porque el actor recibió cursos de capacitación y elementos de seguridad por parte del empleador, corresponde deslindar responsabilidades de la ART. Reitera los argumentos precedentemente expuestos en lo que hace a la existencia de un obrar negligente de la demandada: falta de medidas de seguridad y prevención en riesgos del trabajo; falta de capacitación al empleador y al actor; falta de control sobre medidas de prevención y seguridad; falta de inspección al empleador y falta de planes de mejoramiento previstos por la LRT.

Respecto de los lentes utilizados por el actor y provistos por su empleador, afirma que los mismos no cumplieron con su función de prevenir dado que el actor sufrió el siniestro y que de haber sido los correctos, el siniestro se hubiera evitado.

Culmina dejando constancia que la demandada adulteró documental (fotocopias) colocando fechas en las constancias de visitas al empleador, las cuales no aparecen en los originales de dichos documentos que presentara en autos el mismo empleador. Ello constituye, según la queja, una demostración más de los incumplimientos de la contraria.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – Sentencia incongruente

Genéricamente se alude a la congruencia como la correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Sin embargo, como bien advirtiera Guasp, por congruencia ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones, en cuanto delimitan este objeto (conf. GUASP, J., “Derecho Procesal Civil”, Madrid, 1956, T. I, pág. 974). De lo expuesto resulta que la resolución judicial debe guardar correlación con el “*thema decidendum*” integrado por pretensiones (principales o reconventionales) y oposiciones.

La incongruencia será por defecto y dará lugar a una resolución “*citra petita*”, si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio.

Hay incongruencia objetiva “*extra petita*” cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia se refiere a hechos no planteados por las partes (por exceso), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (por defecto) y cuando se resuelve una cuestión distinta (mixta), entendido el término “cuestión” como el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgarse el caso.

Queda claro que el juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.

Teniendo en cuenta los principios y doctrina a la que he hecho referencia, es evidente que surge de las constancias del proceso que la sentencia dictada, en el punto en análisis y que es objeto del recurso en tratamiento, en ningún momento ha violado las normas que contienen los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del ritual. Y ello es así porque la regla que en el art. 34, inc. 4° del Cód. Procesal establece la obligatoriedad del respeto al principio de congruencia no se relaciona con la interpretación de las pruebas sino con la correspondencia entre el contenido de la decisión y el modo propuesto en la traba de la litis.

Tengo presente en el estudio de esta cuestión y para sostener la conclusión que acabo de expresar, que el objeto y fundamentación de la demanda ha sido claramente expresado en la primera presentación de la actora conforme los términos de la misma. En el objeto se expresa la pretensión indemnizatoria por las consecuencias de un accidente de trabajo sufrido por el reclamante. A su vez, la demandada al contestar la demanda hizo una negativa de los hechos que expusiera la actora y ofreció las pruebas de las que intentó valerse en apoyo de su postura. Al dictar sentencia, la a quo rechazó la demanda por los fundamentos que ya he referido supra.

Por lo tanto, si tenemos presente que el principio de congruencia comprende la prohibición de cambiar una acción por otra o condenar a algo distinto a lo pedido o a rubros no deducidos, sentenciando el juez sobre cuestiones extrañas a la controversia o no articuladas por las partes, es más que claro que ello no se ha dado aquí. De allí que no se encuentra incumplida la obligación que le impone al Juez del proceso la norma del art. 165, inc. 6° del CPCC, esto es, que su decisión debe ajustarse a “las pretensiones deducidas en el juicio”, lo que significa que la sentencia se ha ajustado al tratamiento de las cuestiones expresa y específicamente

expuestas por las partes en sus escritos postulatorios.

La sentencia trató y resolvió las cuestiones sometidas a su decisión tal como quedara trabada la litis y sin realizar ningún cambio, es decir, sin desviarse hacia un camino que no fuera el planteado por las partes en el proceso.

A todo evento y de conformidad con lo que hasta aquí he fundamentado, en modo alguno ha constituido una incongruencia de la a quo el hecho de haber rechazado la demanda por considerar que el actor no acreditó lo que debió acreditar según su criterio y fundamentación.

En virtud de lo expuesto, no es admisible este punto del agravio en tratamiento.

4.2 – La acreditación de la responsabilidad civil de la ART demandada

A) Procede tratar conjuntamente los términos del 2do., 3ro. y 4to. agravio en razón de la evidente conexidad existente entre ellos, la reiteración de los planteos que se realizan en cada punto y también porque es posible dar una respuesta única a la cuestión central en debate, esto es: si se encuentra acreditada o no en autos la responsabilidad de la parte de la demandada en los términos del anterior Código Civil.

B) La a quo ha dicho en su decisión –fundamentalmente- que ha existido una teórica imputación de responsabilidad por parte de la actora y que no se ha descrito un factor de atribución. Agregó que se invocó un daño sufrido por el actor, ajeno a los arts. 1109 y 1113 en los que se funda la acción y que no se atribuyó a la accionada ninguna conducta culpable que hubiese incidido en la producción del daño. Agregando que no se alegaron circunstancias de hecho y/o de derecho por las que estuviera obligada la demandada a responder en razón de un factor objetivo de atribución.

Analizando los términos de la demanda, surge de la misma que la parte actora ha dicho, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “...la demandada no cumplió por el contrario con sus deberes de prevención, denuncia, control, asesoramiento, promoción, inspección, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, mejoramiento, capacitación, instrucción y entrenamiento de los trabajadores...” (fs. 57 vta.); “...en el presente caso, al no haber la demandada cumplido con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, control, capacitación, etc., debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho común los daños, ya que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión y le son imputables por su negligencia...” (fs. 59); “...En el presenta caso, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo resulta responsable, en los términos del art. 1074 del Código Civil, por los daños de mi mandante. Su conducta negligente, consistente en la falta de: medidas de protección y prevención adecuadas, con respecto a la modalidad de la prestación de las tareas y la mecánica del trabajo cumplido; capacitación; inspección, etc.; constituyeron el obrar antijurídico que culminó con los daños denunciados, máxime teniendo en cuenta que dichas dolencias pudieron eficazmente haber sido evitadas si ésta hubiera cumplido con sus deberes legales a cargo en materia de seguridad y control...”; “...Las obligaciones de la ART surgen claras y precisas de las normas especiales, este

es están impuestas formalmente. Así la ley 24557 establece que las ART están obligadas a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales (art. 4, apart. 1) siendo ésta una finalidad prioritaria..., deben promover la prevención de los siniestros laborales (art. 31, apart. 1, inc. c, LRT); exigir a las empresas planes y programas de prevención informando a la SRT (norma citada); capacitar a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos laborales (art. 19, inc. c dec. 170/1996); asesorar y ofrecer asistencia técnica a los empleadores en las siguientes materias (art. 18, dec. 170/1996...”; “...ART F. P. S. S.A., no efectuó los cursos de capacitación que la Ley 24.557 y sus decretos reglamentarios establecían, no capacitando al actor sobre normas de seguridad e higiene en el trabajo, ni respecto de los mecanismos de prevención de infortunios laborales, tampoco lo instruyó sobre la forma de efectuar las tareas, a los fines de evitar siniestros; ni le entregó elementos de seguridad e higiene acordes con la labor realizada, no realizó visita alguna a su lugar de trabajo, tampoco efectuó los planes de mejoramiento que la Ley 24.557 establece, ni controló las medidas de prevención y seguridad adoptadas por su empleador, con sus consecuentes denunciar a la SRT; por lo que queda demostrado con lo dicho la relación de causalidad adecuada entre los incumplimientos de la aseguradora y los daños sufridos por el trabajador, ya que si la misma que es quien se halla capacitada y especializada en materia de seguridad y prevención, hubiera cumplido con sus deberes legales, considerando que el Sr. F. en el momento del accidente contaba con las antiparras de seguridad que le había suministrado su empleador, hubiere probablemente evitado el resultado dañoso...”; “...es relevante tener en cuenta que la ART conforme el diseño de la ley 24.557, es la especializada en lo que corresponde a la seguridad. Más aun que el empleador, ya que es la encargada de diseñar lo que éste debe hacer para tutelar la salud psicofísica de los trabajadores. Por ello resulta de palmaria aplicación al respecto lo previsto por

el art. 902 del CC...”; “...En virtud de todo lo narrado, habiendo la demandada incumplido con tales obligaciones legales debe responder civilmente, por la producción del accidente de trabajo...” (fs. 59 vta./60).

He realizado la transcripción de las razones y fundamentos invocados por el reclamante para imputarle responsabilidad civil a la demandada, en virtud de que las mismas hacen caer la postura de la Sra. Magistrada sentenciante en cuanto ha dicho que el actor ha realizado una *“teórica imputación de responsabilidad”*. Por el contrario, considero que la atribución de responsabilidad por parte del reclamante hacia la demandada ha sido clara, concreta y terminante, conforme surge de los términos de la demanda y de allí que no sea posible compartir las conclusiones de la sentencia en este punto.

C) Como paso previo al tratamiento del fondo de la cuestión, esto es, la posibilidad -en el caso- de responsabilizar civilmente a la ART por el accidente de trabajo a la luz de las normas del código de fondo, es necesario recordar que el artículo 1113 del Código Civil -referido expresamente por la sentencia en crisis- establece que en los supuestos de daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa, se produce una inversión de la carga probatoria y el principal debe probar la culpa del damnificado para eximirse total o parcialmente de su responsabilidad.

Puede afirmarse que la cosa generadora de riesgos se configura como propiamente *“riesgosa”*, mientras que la cosa *“viciosa”* es aquella que posee un defecto que la torna impropia para su destino. En este orden de ideas es que no hay cosas *“peligrosas”* en función de su naturaleza sino de las circunstancias de cada caso particular.

La jurisprudencia más moderna ha extendido el concepto trascendiendo el puro criterio físico del término “cosa”, incluyendo la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por el trabajador pudiendo la propia actividad laboral constituirse en factor de causación, ya que en el ámbito del art. 1113 no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto. En otras palabras, el vocablo “cosa” se extiende para abarcar en la actualidad las tareas específicas del trabajador y toda la actividad laboral. Si a ello se agrega el hecho de que las referidas tareas pudieran generar un resultado dañoso, deberían ser incorporadas al concepto de riesgosas, de donde se deriva que deberían quedar incluidas en las previsiones del art. 1113 del Cód. Civil (conf. SCBA, 29/09/04, “*Ferreira, G.R. c/ Benito Roggio e Hijos y Ots. s/ D. y Perj.*”; CSJN, Fallos 308:248; ídem, Fallos 311:1694).

Igualmente se ha dicho que el agente dañoso no comprende al ambiente laboral en abstracto sino a las cosas propias de las que se sirve el empleador para el desarrollo de la actividad y del modo que impone para la utilización de dichas cosas (conf. CSJN, 03/05/84, “*Vigilio, H. c/ Tamet SA*”).

D) En este caso y conforme surge de autos, se desestima el hecho de que se hubiera probado que el actor hubiese incurrido en alguna negligencia o imprudencia determinante del siniestro. De las circunstancias fácticas del caso sub examine emerge con toda evidencia que el actor no cometió ningún acto reprochable.

Es más, al contestar la demanda la demandada solamente hizo una breve referencia a que el actor no estaba en condiciones de realizar las tareas que por su categoría le corresponden, sin aclarar ni fundamentar esta afirmación y simplemente agregó que el mismo incurrió en *negligencia*, sin tampoco hacer ninguna aclaración, fundamento y/o imputación concreta al respecto (ver fs. 184 vta.). Se advierte que en ningún momento la demandada

invocó concretamente la “culpa de la víctima” como eximente de su responsabilidad en el evento, ni produjo probanza alguna conducente a su admisión como solución final en este proceso.

Aunque no es el caso, también merece poner de relieve, que a pesar del acostumbramiento del operario a desempeñar su actividad en maquinarias con imperfecciones o defectos -soslayando el riesgo que ello trae aparejado y resultando determinante del infortunio-, no significa que la víctima hubiese incurrido en el *proprie dolum*. El obrar culposo por imprudencia, torpeza, distracción o ligereza, no enerva el derecho del damnificado de ser resarcido. La culpa grave de la víctima se configura por la libre determinación del trabajador de llevar a cabo un acto que se sabe ilícito (conf. CNAT, Sala VII, 19/07/06, S.D. 39.425, Expte. N° 17.814/01).

La CSJN ha señalado que *“cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del artículo 1113, párrafo segundo, del Código Civil, en el que se funda la demanda. En ese marco, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”*. Siendo procedente remarcar también que es preciso una *“prueba concluyente”* demostrativa de que el accidente de trabajo tuvo por causa una actuación negligente del damnificado *“para dar adecuado sustento a la imputación de culpabilidad en que se centra el rechazo de la demanda de indemnización fundada en disposiciones del derecho civil”* (conf. CSJN, R. 1738.XXXVIII, 11/07/06, *“Rivarola c/ Neumáticos Goodyear SA”*; Fallos 329:2667; ídem, R. 134.XLIII, *Rec. de Hecho “Rodríguez, R. c/ Electricidad de Misiones SA”*).

No puedo dejar de señalar que el infortunio no se debió tampoco en este caso a un hecho fortuito o imprevisible, si tenemos en cuenta la actividad específica a la cual se dedica la empleadora del reclamante.

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

La CSJN dictó un pronunciamiento trascendente en el caso *"Torrillo, A.A. c/ Gulf Oil Argentina SA y Otro s/ D. y Perj."* el 31/03/09. En el mismo plasmó la doctrina por la que las ART deben responder civilmente por los daños que sufra un trabajador a raíz de una enfermedad o accidente laboral, siempre que se demuestre la existencia de un nexo de causalidad entre el daño en la persona y la omisión o deficiencia en el cumplimiento por parte de la ART de sus deberes legales en materia de prevención y seguridad en el trabajo. Conforme la postura asumida en esa decisión, las ART no son sólo compañías aseguradoras, sino que la LRT las obliga, además, a promover la prevención de los riesgos, a adoptar expresos deberes de contralor con el cumplimiento, por parte de las empleadoras afiliadas a cada ART, de las normas de prevención y seguridad que la propia Ley 24.557, junto con la Ley

de Higiene y Seguridad 19.587 y sus decretos reglamentarios, dispone y, en su caso, se encuentran obligadas a denunciar ante la SRT los incumplimientos que verifique en sus aseguradas. Estas también deben brindar capacitación en materia de prevención a los trabajadores. Dichas obligaciones surgen de lo dispuesto por los artículos 4 inc. 1 y 31 de la LRT y del Decreto 170/96.

Ante las distintas posiciones existentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con respecto a la materia en tratamiento, la sentencia de la CSJN dictada en el caso “*Torrillo*” determinó -por mayoría- la adhesión del Máximo Tribunal Nacional a la postura que admite la responsabilidad civil amplia de las ART, en el sentido de que éstas no pueden limitarse a la percepción de las cuotas y al otorgamiento de las prestaciones del sistema, sino que deben desarrollar un auténtico rol preventivo, controlador y supervisor de la higiene y seguridad en los lugares de trabajo, así como también capacitador del personal asegurado.

El fallo pone de relieve las principales funciones preventivas que la LRT les impuso a las ART, sobre cada una de sus empresas afiliadas, las que superan ampliamente la condición de meras aseguradoras, para convertirse en actores principales de esa función por expresa disposición legal (conf. SCHICK, H., “Aspectos relevantes de la reparación civil de los accidentes del trabajo”, DT 2010 (marzo), 644).

Es por ello que el fallo dice que *“la LRT, para alcanzar el objetivo que entendió prioritario, la prevención de riesgos laborales, introdujo e impuso un nuevo sujeto: las ART. En este dato, y no en otro, finca la diferencia esencial que, para lo que interesa, separa a la LRT del régimen anterior, juzgado insatisfactorio. De ahí que las ART hayan sido destinadas a guardar y mantener un nexo ‘cercano’ y ‘permanente’ con el particular ámbito laboral al que quedarán vinculadas con motivo del contrato oneroso que celebrasen. De ahí las obligaciones de control,*

promoción, asesoramiento, capacitación, información, mejoramiento, investigación, instrucción, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, vigilancia, visitas a los lugares de trabajo y denuncia, por emplear algunos de los términos de la normativa” (Considerando 6° del voto de la mayoría).

Es de destacar que la Corte ha puesto de relieve que ninguna norma puede eximir a las ART para colocarse al margen del régimen sobre responsabilidad regulada por el derecho civil y aplicable a todos los habitantes de la Nación, siempre que se cumplan los requisitos que tornen aplicable dicho régimen, en especial el nexo de causalidad adecuado entre el daño y las omisiones de los deberes legales.

Esto significa que en el caso de que las aseguradoras no cumplan con la actividad diligente que le impuso el legislador en relación a la prevención de los riesgos, pueden ser condenadas civilmente por los daños sufridos por el trabajador, que tengan un nexo de causalidad adecuado con las omisiones a los deberes de higiene y seguridad del trabajo, en el que hubiera incurrido la empleadora y que no fuera prevenido, controlado o denunciado por la Aseguradora. La verificación de los presupuestos de responsabilidad remite a cuestiones de hecho y de prueba que se deben analizar en cada caso. Frente a cada siniestro debe investigarse y estudiar si la omisión en que ha incurrido la ART a sus deberes de controlar, informar y capacitar al personal, ha sido una condición para que el mismo se produzca.

En consecuencia, para determinar la causa del daño se debe hacer *ex post facto* un juicio o cálculo de probabilidad: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión de la ART tuvo incidencia en la producción del daño según el curso ordinario de las cosas. Si se responde afirmativamente, de acuerdo a la experiencia diaria de la vida, se declarará que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será

entonces objetivamente imputable a la ART, mientras que de lo contrario, faltará la relación causal.

La obligación de prevenir los riesgos laborales constituye una obligación de medio que, si no está cumplida, conduce como consecuencia lógica y legal (art. 1074 del Cód. Civil) a que la ART deba responder plenamente. Si cumple con las obligaciones que le asigna la LRT, verificando en forma efectiva el estado de las instalaciones y denunciando ante la SRT el déficit e incumplimientos de la empleadora, la aseguradora estará exonerada de responsabilidad.

En las omisiones ilícitas, el omitente se abstiene de realizar una conducta que le es exigible por el ordenamiento jurídico. El art. 1074 se refiere a estas omisiones puras y se vincula con la antijuridicidad. En consecuencia, aunque el sujeto no cause el daño, ni su actitud negativa sea condición de él, puede suceder que la acción esperada y jurídicamente exigible hubiera evitado o disminuido ese daño.

No se pretende -dice Schick- que las ART eviten todo accidente, por ser materialmente imposible, sino que se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación con sus obligaciones legales. Su deber consiste en no actuar culposamente. En concreto, se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla general establecida en el artículo 1109 del Código Civil. Se la exime de responsabilidad si prueba que cumplió con las obligaciones que le eran exigibles y que hubieran evitado el infortunio (conf SCHICK, H., ob. cit.).

F) He dicho supra que, ante un reclamo por la vía civil por las consecuencias de un accidente de trabajo, corresponde analizar

concretamente el caso planteado y lo resuelto por la sentencia en crisis a fin de determinar si la conclusión de la sentenciante, con respecto a que no se acreditó la existencia de responsabilidad por parte de la ART, ha sido correcta o no.

Considero que la postura de este Cuerpo -en la materia bajo análisis- ha sido vertida con claridad en el caso “C. C. A. c/ K. K. S.A. y Otra s/ Accidente” (sent. del 06/09/2011, Reg. N° 44/2011), la cual fuera revocada parcialmente por sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia el 13/11/2012 (Reg. N° 11/SRE/12). Los puntos de la sentencia revocados por el STJ son –precisamente- los que tratan la responsabilidad civil de la ART ante un accidente de trabajo.

Sin perjuicio de lo resuelto en ese caso por nuestro Superior Tribunal y del consiguiente respeto que merece la decisión, es menester dejar sentado aquí que soy partidario de la postura que considera que ante la solicitud de hacer extensiva a la ART la condena por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, con fundamento en el derecho común, es necesario para su procedencia- que concurren los presupuestos del deber de reparar entre los que se encuentran el nexo causal adecuado-y que las omisiones de los deberes de control y prevención, por sí solos, no autorizan a establecer una regla general y abstracta que los erija automática e inexorablemente en condición apta para producir el resultado dañoso con prescindencia del curso normal de los acontecimientos.

En esta misma línea de pensamiento -que obviamente, comparto- ha dicho el Dr. Lorenzetti que por más intensa que sea la protección del trabajador, una vez que se opta por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen del Código Civil y no es admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social -como lo es la LRT- con uno civil, en distintos

aspectos y según convenga en el caso, pues el derecho vigente no permite esta vía y ella tampoco es razonable al fracturar todo esquema de previsibilidad. Tratándose de un accidente de trabajo, cuando se ejercita la opción por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen indemnizatorio previsto en el Cód. Civil, porque un mismo hecho dañoso puede dar lugar a acciones diversas que el derecho pone a disposición de la víctima, de carácter penal, civil o laboral. Una vez que el actor selecciona la acción, a los fines de obtener el resarcimiento de un accidente de trabajo, el juez puede delimitar la pretensión calificándola, es decir, eligiendo la norma aplicable frente a los hechos expuestos, pero, no puede sustituirlo en la decisión que el legislador dejó en el ámbito de su facultad, con lo cual afectaría los derechos del debido proceso, cambiando por vía pretoriana la pretensión que ya ha contestado la demandada, ni tampoco utilizar reglas pertenecientes a distintos ámbitos desarticulando la lógica de la ley (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti en autos: “Recurso de hecho deducido por La Caja ART S.A. en la causa Torrillo, A.A. y Otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y Otro”, sent. del 31/03/09).

Es obvio que debo analizar la producción probatoria que surge de estos actuados a la luz de la doctrina sentada por la CSJN en el caso “*Torrillo*” y a la que adhiriera nuestro Superior Tribunal de Justicia en el ya referido caso “C.” (sent. del 13/11/2012, Reg. N° 11/SER/12, Expte. N° 22.474-C-2011). Y ello es así porque, aunque el STJ sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas, y de ello emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes del Máximo Tribunal sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada

por el Superior. Teniendo en cuenta y respetando esta premisa, analizaré y propondré la solución del caso recurrido de conformidad con las pautas fijadas por el STJ en el caso “C.” que acabo de referir.

G) A tenor de los términos de la queja, resulta conducente proceder al análisis de las probanzas producidas en autos y así poder llegar a una justa solución del debate.

En lo que hace a la prueba “Documental”, la parte actora solicitó se intime a la empleadora para que acompañe en autos: a) legajo completo del accidente incluyendo la denuncia; b) constancias de los cursos de prevención y capacitación realizados al personal del empleador y en especial los que haya participado el actor; c) constancias de las visitas efectuadas al lugar de trabajo del actor desde el inicio de la relación laboral; d) planes de mejoramiento efectuados al empleador entre los años 2009 y 2011 y e) las denuncias efectuadas ante la SRT por incumplimientos del empleador a las normas de higiene y seguridad en el trabajo. Ello fue solicitado bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 392 del CPCC (conf. fs. 65 vta.). La intimación fue ordenada a fs. 214 “*in fine*” y oportunamente notificada a la requerida.

La demandada no dio cumplimiento a la intimación en cuestión. Es más, al contestar la demanda presentó prueba documental consistente en el original del contrato de afiliación suscripto con el empleador del actor (fs. 84/87) y el resto son todas fotocopias simples (fs. 88 a 180). La parte actora desconoció la autenticidad de todos los documentos presentados por la demandada, con la única excepción del recibo de fs. 87 cuya copia presentara el actor a fs. 46. La demandada no acreditó en autos que las copias de los documentos que presentara fueran auténticas.

De lo expuesto surge con claridad manifiesta que no ha presentado la requerida documentación alguna que aporte o constituya una prueba efectiva, relevante o conducente que pueda favorecerle.

Al producirse la prueba “Informativa”, el empleador presentó en autos documentación. Surge de ella (fundamentalmente de fs. 403 a 413) que la mayoría carece de fecha (las Constancias de Visitas de la ART) y las que la tienen son posteriores al día del accidente sufrido por el actor; con respecto al Plan Anual de Capacitación, también es de fecha posterior al accidente en cuestión.

Dentro de esta misma prueba, la Administración Portuaria de Puerto Madryn presentó documentación. La misma consiste en el Programa de Seguridad confeccionado en Agosto de 2010 para una obra con fecha de inicio: 26/08/2010 y finalización el 31/03/2011; dos Avisos de Obra recibidos por la ART el 04/08/2011 y 15/12/2011 (posterior al accidente) y un Plan de Seguridad en Obras confeccionado en Diciembre de 2010 para una obra a iniciar el 05/01/2011 y finalizar el 15/07/2011. Todos son instrumentos que fueron presentados ante la ART demandada. Tampoco hay aquí documental que favorezca a la demandada a los efectos de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones legales.

De los dichos de los testigos obrantes a fs. 312/318 surge el incumplimiento de las obligaciones a su cargo que tenía la ART demandada.

H) No es un dato menor que el representante legal de la demandada fue oportunamente citado a la audiencia fijada para absolver posiciones y el mismo no concurrió pese a encontrarse debidamente notificado (conf. fs. 513/540), lo cual conduce a considerar la cuestión de la “confesión ficta”, circunstancia no mencionada en la sentencia en crisis y que está planteada entre las quejas del recurrente.

La confesión ficta es una confesión que simula la actividad propia de una confesión expresa; también se la denomina tácita (conf. FALCON, "Tratado de la Prueba", T. II, pág. 200; ídem, "Prueba Pericial y Proceso de Daños", RDD 1999-5). Se la ha definido como la atribución de un reconocimiento favorable a la versión fáctica dada por la parte que formula posiciones pertinentes, aprobadas por el juez, cuando el absolvente debidamente citado y con el apercibimiento correspondiente, por su incomparecencia injustificada falta a la obligación de expedirse categóricamente (conf. CNCiv.Com.Fed., 25/03/86, JA 1986-III-síntesis; Cám.Civ.Neuquén, 30/06/88, AP 17/2884).

La Ley Provincial del fuero dispone en su art. 24 que el que deba absolver posiciones será citado por lo menos con dos (2) días de anticipación, bajo el apercibimiento que, si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario.

La confesión ficta es, antes que nada, confesión. En la confesión ficta asentimos a todas las posiciones que nos propinaron (conf. CHIAPPINI, J., "Cuando la confesión ficta ¿Qué confesamos?", LLC, 2007-462). Debe reconocérsele, entonces, este valor confesorio aunque legalmente encauzado: correlacionándolo con los demás datos probatorios que el proceso ofrezca. En este contexto, existe una corriente abrumadoramente mayoritaria que sostiene que la confesión ficta, en cualquiera de sus modalidades, produce los mismos efectos que la confesión expresa, vale decir, que resulta suficiente para tener probados los hechos consignados en el pliego de posiciones, aunque puede desvirtuarse mediante prueba en contrario (conf. ALSINA, H., "Tratado...", T. II, págs. 377/378; GOZAINI, A., "Notas y Estudios sobre el Proceso Civil", pág. 122; PALACIO, L.E., "Derecho Procesal", T. IV, pág. 522; RIVAS, A.A., "Confesión ficta y negativa

de los hechos en los escritos constitutivos”, LL 1990-D-214; CNCiv., Sala A, 20/10/81, LL 1982-C-148; Cám.Apel.Esquel, 30/09/2002, AP 15/13813 y fallos citados en QUADRI, G.H., “La prueba en el proceso civil y comercial”, T.II, pág. 1066, Abeledo Perrot).

Queda claro, entonces, que los hechos favorecidos por la presunción de ser ciertos pueden desvirtuarse mediante libre prueba en contrario, sin necesidad de argüir y demostrar error ni elemento subjetivo de ninguna clase; no se trata de evocar o retractar una confesión, sino de probar en contrario de una presunción judicial (conf. C.Civ. Neuquén, 01/01/88, AP 17/2894). Luego, la confesión ficta no vale frente a pruebas documentales, testimoniales o periciales que la contradigan y que no fueron objetadas por las partes, pero debe tratarse de prueba categóricamente favorable al absolvente y en todo caso, la duda debe resolverse en su contra (conf. C.Nac.Civ.Com.Fed., Sala 3ª, 19/05/05, AP 1/70020921-5; CNCiv., Sala E, 16/05/92, JA 1994-III-síntesis).

En el caso de autos no surge ninguna prueba en contrario que no permita otorgar valor a la confesión ficta del representante legal de la demandada. Tampoco existe alguna probanza que lo favorezca para hacer caer el peso que tiene su situación de “*confeso*”.

Por supuesto que no paso por alto el contenido de los escritos postulatorios presentados en autos por la parte demandada.

La cuestión es determinar si, no obstante que la ley del fuero es clara en cuanto a que la confesión ficta sólo pierde eficacia ante prueba en contrario, debe tenerse en cuenta la eventual negativa de los hechos plasmada en los escritos postulatorios. Concretamente, si la confesión ficta se produce cuando los hechos que son objeto de ella hubieran sido negados por el absolvente en los escritos fundacionales. La tesis mayoritaria indica que dentro de los elementos aptos para enervar lo que surge de la confesión ficta

no puede considerarse la negativa en los escritos postulatorios (conf. ALSINA, H., "Tratado", T. II, págs. 377/378; FASSI, S.C. – MAURINO, A.L., "Código Procesal...", T. III, pág. 605; "De la confesión ficta en rebeldía", ED 1-943; PECACH, R., "Valor probatorio pleno de la absolución de posiciones en rebeldía", JA 72-210; RIVAS, A., "Confesión...", cit.; QUADRI, G.H., "La prueba...", T.II, pág. 1067, cit.).

Es por lo hasta a aquí expuesto que la SCBA ha dicho que la postura que niega toda eficacia a la confesión ficta cuando los hechos sobre los que recae hubieran sido objeto de desconocimiento expreso en la demanda o contestación priva a la prueba de confesión de todo sentido, pues autoriza, sin sanción alguna, a que las partes desoigan el llamado judicial a absolver posiciones, explicitando que no es ésa la orientación que inspira al Código Procesal (conf. SCBA, 19/10/75, DJBA 77-165). Los tribunales adoptan, mayoritariamente, tal línea de pensamiento, y le reconocen virtualidad a la confesión ficta aunque los hechos materia de ella se hallen en contradicción con los afirmados por la propia parte en otras piezas del proceso (conf. CNCiv., Sala M, 23/05/90, JA 1992-IV-síntesis; entre muchos otros citados en QUADRI, G.H., "La prueba...", T. II, pág. 1068, cit.). Y a lo dicho, agrega QUADRI que *"...la negativa de los hechos en los escritos postulatorios sería casi un presupuesto de la confesión ficta pues, si no hubiera mediado tal repulsa inicial, no se trataría de hechos controvertidos y, de esta manera, quedarían fuera del tema probatorio"* (ob. cit., T. II, pág. 1068/1069).

La postura expuesta es razonable y ello se explica porque tanto la demanda como la contestación y/o los escritos presentados por las partes durante el proceso son actos emanados de ellas y los dichos, las afirmaciones, las negaciones o las explicaciones carecen de todo valor probatorio por sí mismos; en cambio, un hecho o una serie de hechos probados por confesión

ficta deben primar sobre el dicho de la parte, por tratarse de un medio de prueba (conf. C.Civ.Neuquén, 01/01/98, AP 17/2895).

Lo hasta aquí desarrollado da respuesta clara al agravio planteado por la parte actora que conduce inevitablemente a su admisión y constituye un elemento más para no avalar los términos de la sentencia en crisis.

I) Frente al panorama hasta aquí descripto, veamos ahora cuál ha sido la postura asumida frente al mismo por la ART demandada en autos.

Aquí no puedo dejar de tener presente lo resuelto por nuestro STJ in re “Cini” al decir que las ART no asumen responsabilidad de sustitución sistémica del empleador a fin de dar prestaciones una vez consumado el daño. La ley, que en esto ha sido especialmente clara, las emplazó también como efectoras de prevención imponiéndoles una serie de deberes que pueden esquematizarse mediante el uso de cuatro verbos: a) inspecciones; b) asesorar; c) controlar; d) denunciar. La tarea de fiscalización aparece en dos momentos diferentes puesto que entre “a” y “c” media la tarea de asesoramiento que, a la vez, ancla en los resultados de la primera inspección y se proyecta como contenido necesario de los controles ulteriores. Todo ello determina un plazo de posible antijuridicidad en su obrar que franquea el acceso a la responsabilidad por omisión, en los términos requeridos por el art. 1074 del Código Civil.

De este modo, el deber de responder de las ART según el derecho común no encuentra obstáculo en lo preceptuado por el art. 39, inciso 1°, de la Ley 24.557, pues esta norma sólo pretende eximir de responsabilidad civil al empleador (ya en base a un factor subjetivo fundado en la culpa u objetivo) pero no incluye en su texto a las ART. De manera tal, que si la ART no cumple con las obligaciones que legalmente le están impuestas en el campo de la prevención, debe reparar de manera integral y con ajuste al derecho

común los daños que tienen relación causal adecuada con su antijuridicidad por omisión, en la medida que le sea imputable, al menos, a título de culpa (arts. 512, 902, 1109 y 1074 del Cód. Civ.) (conf. VAZQUEZ, G.A., “Responsabilidad civil de las aseguradoras de riesgos del trabajo. Presupuestos”, Rev. de D. Laboral. Ley de Riesgos del Trabajo, III, Págs. 168 y 174, Rubinzal-Culzoni, 2010; y nota N° 1 con cita de los autos “*Torrillo*”, CSJN, 31/03/09, Fallos: 332:709; del voto del Dr. Pasutti en el caso “*Cini*” cit.). La parte actora en su presentación inicial ha endilgado a la ART responsabilidad por omisión en los términos del art. 1074 del Cód. Civil, considerando que se ha incumplido con los deberes de prevención, vigilancia, asesoramiento y de efectuar planes de mejoramiento, conforme he transcripto supra.

Del relato de los hechos realizado por el reclamante se ha precisado que las secuelas físicas que sufre resultaron a causa del tipo de actividad riesgosa que desempeñara sin que haya existido el necesario y obligatorio control y prevención por parte de la ART que la tiene como primordial obligación; y que tampoco existió un plan o programa de prevención de accidentes dado que no se acreditó ello en el proceso, según hemos visto.

La ART ha articulado su postura esgrimiendo al contestar la demanda que en la misma no se ha especificado dónde radica el incumplimiento en que incurriera su parte y que ella ha cumplido plenamente con los deberes impuestos por la ley, por lo que resulta improcedente que se le impute alguna responsabilidad en el evento dañoso. Insiste también en que no se alegó cuál era el nexos causal entre la supuesta omisión y el accidente que padeció el actor.

De la producción probatoria que emerge de autos surge que la ART no realizó planes de acción de mejoramiento, cursos de capacitación para el desarrollo de las tareas encomendadas al actor, visitas al lugar de trabajo,

tareas esenciales de “prevención”, un plan de acción en materia de seguridad e higiene, capacitación al personal sobre la forma de trabajar mejor y más seguro con pórfidos y tampoco probó haber remitido informes

a la SRT (conf. art. 4, puntos 1 y 2 LRT).

También surge de las actuaciones -y no se encuentra ello discutido- que la actividad que realizaba el obrero (actor) puede catalogarse como “riesgosa” y que no se le brindó a la víctima -por parte de la ART- cursos de capacitación sobre la actividad específica que desarrollaba a diario.

Estos extremos resultan también confirmados por la conducta pasiva que ha asumido en autos la ART. En efecto, sólo se limitó a negar su responsabilidad, pero omitió acreditar que haya dado cumplimiento a alguna de las obligaciones que legalmente debe cumplir a fin de conseguir que no se le impute ningún grado de responsabilidad en el evento que constituye la base del reclamo. No acreditó haber proporcionado un plan de acción a la empresa, tampoco que haya aplicado sanciones a la misma, ni que haya dictado cursos de capacitación en los que hubiese participado el actor, no acreditó que haya efectuado u ofrecido visitar a la empleadora asegurada y tampoco que haya dado cumplimiento a la Res. SRT 1/2005 conforme la actividad desarrollada por el actor.

Resulta claro que, sin perjuicio de la actividad probatoria desplegada por la parte actora para acreditar el incumplimiento de los deberes de la ART, es ésta quien se encuentra en mejores condiciones fácticas y técnicas de aportar las constancias documentales de la actividad preventiva que pudo haber desplegado; y no lo hizo en la causa. Ello, por ser las ART, por calificación legal, entes especializados en materia de enfermedades

profesionales y accidentes de trabajo; debiendo cumplir el rol primordial en la tarea preventiva de acuerdo al espíritu y diseño que presenta la propia LRT; en coherencia con las directrices modernas del derecho de daños orientado a apuntalar la prevención. Es decir, que el desarrollo de tareas de prevención y de control empresario es materia habitual y necesaria, por lo cual el respaldo documental inherente a su acatamiento no representa un esfuerzo extra o inusual; siendo improcedente o inapropiado – incluso cualquier planteo que pueda encaminarse a una vulneración al principio de igualdad procesal que la pueda afectar como sujeto demandado.

Queda en evidencia que la ART no ha incumplido un deber en particular; sino que el incumplimiento se proyecta, prácticamente, a toda la gama de obligaciones que involucra la tarea de “prevención” (conf. STJCH, 13/11/2012, in re “C.” cit., del voto del Dr. Pasutti).

J) Encontrándose acreditado, según he desarrollado hasta aquí, el incumplimiento a la obligación de “prevenir” considerada en toda su dimensión, es necesario analizar ahora si el mismo tuvo incidencia en la causación del siniestro, a la luz del camino marcado por nuestro STJ in re “C.”. O sea, la relación de causalidad adecuada entre la conducta omisiva de la aseguradora y el hecho dañoso padecido por el actor. Ello, independientemente de que la causa activa del daño corresponda a la empleadora que no ha sido aquí demandada.

Dije antes que frente a cada siniestro debe investigarse y estudiar si la omisión en que ha incurrido la ART a sus deberes de controlar, informar y capacitar al personal, ha sido una condición para que el mismo se produzca. En consecuencia -agregué allí- para determinar la causa del daño se debe

hacer *ex post facto* un juicio o cálculo de probabilidad: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión de la ART tuvo incidencia en la producción del daño según el curso ordinario de las cosas. Si se responde afirmativamente, de acuerdo a la experiencia diaria de la vida, se declarará que la omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces objetivamente imputable a la ART, mientras que de lo contrario, faltará la relación causal (ver en igual sentido STJCH, caso "C." cit., voto del Dr.

Caneo).

Las ART siempre han esgrimido que, de aceptarse la postura de atribuirles responsabilidad por omisión -conforme se plantea en la demanda- ello implicaría que las mismas fueran solidariamente responsables de todos los accidentes cuya prevención encajase en su competencia. A ello le ha dado respuesta nuestro Superior Tribunal Provincial al decir: "*...no se pretende que la ART tenga que evitar el accidente, sino de exigirle un comportamiento diligente con sus obligaciones legales...*" (STJCH, caso "C.", cit., del voto del Dr. Caneo).

O sea, es materialmente imposible evitar todos los accidentes, lo que se le exige a las ART es que sean diligentes en el cumplimiento de sus obligaciones legales; que no actúen de manera culposa. Porque lo que en realidad merece la sanción es el hecho de no dar prioridad a la obligación general de conducirse con la prudencia, cuidado y diligencia para que el trabajador no resulte dañado (art. 1109 Cód. Civ. de Velez). Y será eximida de responder si acredita que dio cumplimiento a las obligaciones que le eran exigibles y que hubieran evitado el evento dañoso. A esta altura del análisis observo que las conductas que ha omitido la ART, que en la mayoría eran deberes a su cargo, han sido suficientes para producir el daño sufrido por la víctima. Y es que el comportamiento diligente que debió y debe observar la ART, no se observa en este caso.

Debe tenerse en cuenta que la aseguradora codemandada no ha logrado demostrar un comportamiento genérico acorde a sus deberes; y menos que haya tenido una conducta diligente frente a cuestiones específicas que el actor le imputó en la demanda.

La prueba ofrecida por la ART en ningún momento estuvo enderezada a acreditar su afirmación de haber cumplido con los deberes a su cargo; tal como lo dijo en la contestación de demanda. Es más, esta conducta indiferente y pasiva también la observo proyectada en la etapa de producción de pruebas. La pericial médica no mereció impugnación de su parte en la conclusión que hizo el experto con respecto a que las lesiones y secuelas padecidas por el actor “...Tiene relación de causalidad...” con el accidente de trabajo denunciado (fs. 470). A ello debo agregar que, al contestar la demanda, la ART dijo: “...Esta parte reconoce que el infortunio en el cual resultara víctima de lesiones el Actor, Señor FICA, acaeció en circunstancias que él relata...” (fs. 184 vta.).

Sentado ello, y acudiendo al “principio de la evidencia”, indefectiblemente, debo concluir que si la ART hubiera cumplido estrictamente con sus obligaciones, muy probablemente, casi en un grado de certeza el accidente no se hubiera producido, o hubiera sido menor. Es decir, que las conductas omitidas pudieron intervenir favorablemente en el curso causal, frustrando de cualquier modo su efecto dañino o morigerando su gravedad (relación de evitación o nexo de evitabilidad). En síntesis, el actor ha logrado persuadir que la ART omitió varios de los extensos deberes a su cargo y que por esa omisión, apreciada en el terreno de las probabilidades, se le sustrajo la posibilidad suficientemente seria (previsible) de no sufrir el daño (conf. STJCH, caso “C.” cit., del voto del Dr. Pasutti).

En definitiva, la previsión es la base de esta responsabilidad. Si ha existido ilicitud, negligencia y daño previsible, existe un “daño injustamente padecido”, que debe ser reparado.

La obligación de prevenir los riesgos laborales constituye una obligación que, si no está cumplida, tiene como consecuencia lógica y legal (art. 1074 del Código Civil) que la ART deba responder plenamente. Si cumple con las obligaciones que le asigna la LRT, verificando en forma efectiva el estado de las instalaciones y denunciando ante la SRT el déficit e incumplimientos de la empleadora, la aseguradora estará exonerada de responsabilidad.

En una sentencia por la cual revocó el fallo de primera instancia, la SCJBA señaló que en la demanda el accionante peticionó que la aseguradora fuese condenada en los términos de la responsabilidad civil extracontractual por omisión (art. 1074 del Código Civil), en virtud de los incumplimientos en que, a su juicio, incurrió respecto de las obligaciones de seguridad, prevención y control de los riesgos del trabajo que las normas ya referidas ponen en cabeza de las ART. Por este motivo, señala el fallo, mal pudo resolverse -como erróneamente lo hizo el juzgador de grado- *“que ésta carecía de legitimación pasiva en virtud de que, al limitarse su responsabilidad contractual derivada del contrato de afiliación al pago de las prestaciones de la ley especial, cuando lo demandado por el accionante transitaba un camino diferente y autónomo como es el delimitado, entre otras normas, por los arts. 4 y 31 de la ley 24.557 y 19 y ss. del decreto 170/1996 obligaciones legales cuyo incumplimiento derivó—a criterio del accionante— en el encuadramiento normativo contenido en el art. 1074 del Código Civil”* (SCJBA, 14/06/2010, “Brest, R.E. c/ José Mascheroni e Hijos SRL”, DT 2011 (febrero), 423, La Ley 2011-A, 311).

En otro precedente, el mismo Tribunal (SCJBA, 09/05/07, Causa L. 83.118, “S.V., J. c/ Incido SR s/ Accidente”), hizo incapié en las obligaciones legales que

tienen las ART, al señalar que *“permanece incontrovertido otro aspecto de la decisión, que le otorga por sí incuestionado sustento, cual es la obligación legal impuesta a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo como sujeto que confluje en el deber de seguridad, a partir de la incorporación plasmada en el artículo 4° de la Ley de Riesgos del Trabajo y los deberes que, en materia de asesoramiento y control del cumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene, le son impuestos en pareja y concurrente relación con el empleador. Entre ellos, y en lo que resulta de interés destacar en autos, atento a la imputación realizada por el tribunal de grado, puede citarse como relevante la observancia de la normativa sobre el suministro y utilización de los elementos de protección, así como las vinculadas a la capacitación del operario”*.

El fallo referido menciona los incumplimientos de la aseguradora, la omisión de los deberes legales de prevención que la ley pone a cargo del empleador y de la ART, los que constituyeron causa eficiente y adecuada del accidente. Así se señala en el considerando 4° del voto del juez Dr. Hitters, como una *“...realidad fáctica definitoria... al incumplimiento del deber de prevención materializado en el caso por la falta de provisión y consiguiente utilización de elementales instrumentos de protección en obra... y con ello la conclusión de que su observancia hubiera evitado el daño por el que se reclama en autos”*.

Como no se visualiza ningún vínculo comercial entre ART y trabajador, la SCJBA reafirma en este precedente que la responsabilidad de aquélla será extracontractual y con fundamento legal en el art. 1074 del Cód. Civil, en tanto que la conducta omisiva de la ART hubiera permitido el incumplimiento por el empleador de las normas de higiene y seguridad del trabajo, cuya supervisión estaba en manos de aquélla. En definitiva, conforme esta sentencia del Superior Tribunal Bonaerense, no se trata de que cualquier accidente determine la responsabilidad civil de la ART, sino que debe existir ese nexo de causalidad adecuado por cual, si se hubiera

cumplido con la obligación de contralor, se habría evitado el infortunio. Precisamente, en este caso la SCJBA consideró como un incumplimiento del deber de prevención a la falta de provisión y utilización de los elementos de seguridad cuyo uso hubiera evitado el daño.

En el caso de autos -a contrario de lo resuelto por la sentencia en crisis y conforme lo ha dicho nuestro STJ- es innegable la responsabilidad de la ART al no haber acreditado la realización de visitas al lugar de trabajo, lo que le hubiera permitido inspeccionar las condiciones de seguridad e higiene en las que desarrollaba su labor el actor y asimismo diagnosticar que este tipo de tareas exigía la utilización de instrumentos especiales adecuados para trabajar y realizar las tareas que realizaba el actor e incluso dotar al personal de elementos de seguridad que prevengan los daños físicos provocados por la actividad. O sea, el ejercicio adecuado del deber de control de la ART sobre los incumplimientos del empleador hubiera evitado eficazmente el accidente que sufrió el actor (STJCH, caso "C." cit., del voto del Dr. Pasutti).

"...En otros términos, de haber sido diligente la ART en su obrar, con el nivel de exigencia que contempla el art. 902 Cód. Civ., en cuanto sujeto especializado, era evidente que el siniestro laboral se hubiera evitado o mitigado. Es decir, que pudo y debió brindar un adecuado plan de acción a la empresa empleadora, un control de su cumplimiento; o informar a la SRT del incumplimiento del mismo. Asimismo, debió realizar visitas periódicas al lugar de trabajo que hubieran detectado, las condiciones de las instalaciones y lugar de trabajo...; como la falta de elementos de protección... y de instrumentos idóneos —medios mecánicos— que permitan un traslado seguro de las cargas... y una adecuada capacitación en materia de higiene y seguridad, en particular orientada a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas. A ello añadido que el perito médico fue contundente al sostener en

su dictamen, que la dolencia que aquejó al actor estaba íntimamente vinculado con la fuerza que empleó para evitar la caída de los cajones... Demás está decir, que con este panorama, amén de las omisiones probadas; es evidente que las normas de seguridad e higiene resultaron incumplidas por ambas codemandadas; por remisión expresa de la norma (conf. art. 4, inc. 1° de LRT y Ley 19587 Higiene y Seguridad del Trabajo)...” (STJCH, caso “C.” cit., del voto del Dr. Caneo).

En el mismo precedente, nuestro Supremo Tribunal Provincial también plasmó que, aun cuando ante una situación se presentara alguna duda, el conflicto no puede ser resuelto nunca a favor del ente incumplidor sino de la víctima, por ser el obrero, sujeto de preferente tutela constitucional, como lo ha dicho la Corte Suprema en numerosos antecedentes (del voto del Dr. Pasutti).

Considero que lo hasta aquí expuesto da una adecuada respuesta a las quejas plasmadas en los agravios y desvirtúa la conclusión central de la sentencia recurrida en cuanto ha dicho que no se acreditó el nexo de causalidad adecuado para condenar a la ART.

Es por ello que mi propuesta al Acuerdo es la admisión de los agravios en tratamiento, revocando lo resuelto por la sentencia en crisis en lo que a la responsabilidad civil de la ART se refiere, la cual debe ser considerada responsable de las consecuencias dañosas sufridas por el actor en el accidente de trabajo que es motivo de este proceso y de allí que sea procedente hacer lugar a la demanda.

5 – Rubros Indemnizatorios Reclamados

La admisión de la demanda instaurada en autos conduce al análisis de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados por la parte actora y a determinar si los mismos se admiten y o no y fijar los respectivos importes

que corresponden a los admitidos.

5.1 – Menoscabo de la actividad productiva – Daño Físico La parte actora realiza en este punto un análisis de las consecuencias laborales que le ha producido el accidente y de ello realiza un cálculo estimativo sobre un monto que considera que se vio privado de obtener en su labor diaria como derivación de la incapacidad sufrida en el evento dañoso. El punto constituye, en realidad, una conjunción de reclamo por “lucro cesante” y por “pérdida de chance”, dado que se hace referencia a ambos sin que se haya titulado así el concreto objeto de su reclamo y sin que se hayan producido pruebas concretas que conduzcan a su admisión.

El actor ha dicho al demandar que por su trabajo tenía un ingreso mensual de \$ 1.539,96.- mensuales y que estos ingresos se verán frustrados desde el día del accidente por tener su incapacidad. Es por ello que reclama por este rubro la carencia de los referidos ingresos hasta un tope de los 60 años de edad.

No obstante el texto del art. 1086, cabe interpretar que, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable. Si las lesiones físicas se han proyectado negativamente y de ellas se deriva una incapacidad sobreviniente, corresponde considerar integralmente todas las circunstancias fácticas del caso, a los efectos de fijar una indemnización que abarque todos los aspectos y no desdoblar el daño físico de la incapacidad sobreviniente, pues ambos se superponen (conf. Cám.2ª.C.C.La Plata, Sala 1ª., 28/03/95, “Cognetti”, AP 14/38956).

Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos tener presente las constancias de los actuaciones e intervenciones médicas que fueron consecuencia del hecho

dañoso sufrido por el reclamante y las conclusiones del dictamen pericial médico practicado en autos (fs. 465/470).

Con respecto a la pericia médica, corresponde respetarla en su contenido atento su rigor científico y la carencia de observaciones emanadas de las partes. Tampoco encuentro motivos válidos para apartarme de ella. La descripción de las consecuencias físicas que el accidente tuvo para la parte actora surgen con claridad de las constancias de autos y de lo descripto por el experto médico actuante en autos.

Es sabido que no hay una necesaria relación entre la magnitud de las lesiones y las repercusiones económicas (daño patrimonial) que acarrearán. Es así que una lesión muy grave puede producir un reducido perjuicio material, en caso de que la víctima hubiese llegado a una edad en la que ha habido sufrido la pérdida de sus aptitudes productivas. Por otra parte, lesiones similares pueden aparejar desmedros pecuniarios diferentes, según la clase de tareas que desempeñe la víctima y demás circunstancias personales.

En el Derecho de daños interesa, más que la clasificación “de las lesiones” en leves, graves y gravísimas, la captación “del efecto lesivo”. De tal modo, distinguir si aquéllas producen incapacidad absoluta o bien parcial y, en este último caso, su porcentual e incidencia de la productividad y espiritualidad del lesionado; igualmente, la situación de “grandes inválidos”, que quedan inexorablemente dependientes de la asistencia ajena hasta para actos básicos elementales.

Son pautas esenciales de valuación la mayor o menor gravedad de la incapacidad (un porcentaje sobre la total) y su extensión en el tiempo: permanente o temporaria. También procederá valorar si la incapacidad priva a la víctima de desplegar sus habituales actividades productivas o recreativas y en qué medida (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., “Tratado

de Daños a las Personas – Disminuciones Psicofísicas”, T. 1, págs. 90,91, Ed. Astrea).

En el caso en tratamiento estamos ante una víctima que tenía 33 años de edad al sufrir el infortunio y que padece una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 53,8%, conforme el dictamen pericial médico obrante en autos. Independientemente de las consecuencias de índole “laboral” que le puedan provocar a la víctima la incapacidad permanente que padece en la visión de uno de sus ojos, tengo en cuenta también la relevancia que tenga la misma en el desarrollo de su vida diaria, social, recreativa, deportiva, etc., en un hombre de 33 años de edad, que había constituido una familia con su mujer y cuatro hijos menores.

Es criterio reiterado por la jurisprudencia que la estimación del daño por incapacidad sobreviniente no sólo abarca las limitaciones en el ámbito laboral específico, sino en cuanto pueda afectar la capacidad laborativa genérica y el desarrollo normal de la vida de relación.

En efecto, la noción de “lo patrimonial” en el derecho de daños es más amplia que la de patrimonio en sentido técnico, pues debe abarcar, más allá de los bienes exteriores pertenecientes a la persona, las potencialidades humanas que instrumentalmente posean naturaleza económica, que, aunque desprovistas de valor económico en sí, lo adquieren indirectamente al ser aplicadas al logro de finalidades productivas. Así la integridad de la persona presenta un valor económico instrumental como capital destinado a ser fuente de beneficios económicos y de toda índole, cuya afectación cercena posibilidades de desenvolvimiento futuro, con lo cual se tiene que el daño en esta esfera resulta ser susceptible de apreciación pecuniaria, como lo exige el art. 1068 del C.Civ., y por ende indemnizable. Como afirma MOSSET ITURRASPE, *“en el examen complejo de su multiforme*

actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc., y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial” (“Responsabilidad por Daños”, T. II-B, pág. 194).

Finalmente, debo recordar en este punto, lo expuesto reiteradamente por la jurisprudencia en cuanto a que la indemnización por incapacidad no puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ello es que el porcentual determinado pericialmente cobra un valor meramente indiciario y no matemáticamente determinante del monto a reconocer (conf. CNCiv., Sala J, 29/03/2011, cit.)

En cuanto al rubro en tratamiento, lo considero procedente (arg. arts. 381, 390 y concs. CPCC). Con relación al monto, teniendo en cuenta el alcance de los perjuicios, las circunstancias particulares del caso, la entidad de la lesión, las condiciones personales de la víctima, tales como sexo (masculino), edad (33 años), su actividad laboral, la magnitud del daño padecido y el porcentual de incapacidad que corresponde reconocerle a la víctima, estimo razonable fijar en concepto de indemnización la suma de \$ 350.000.- (Trescientos Cincuenta Mil Pesos) a la fecha del accidente (art. 167 y concs. CPCC), con más los intereses a la tasa activa para el descuento de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A. (conf. STJCH, Ac. Plen. N° 4400/2016) a computarse desde la fecha del accidente hasta el pago efectivo.

En la etapa que corresponda a la ejecución de sentencia, se deberá descontar el monto que la demandada le abonara oportunamente al reclamante en virtud de su incapacidad laboral permanente, según lo acreditado en autos, con más los intereses a la tasa supra indicada y calculados desde que el importe fuera percibido por el actor hasta la fecha de practicarse la liquidación y abonarse el monto aquí condenado.

5.3 – Daño Psíquico

La parte actora reclama indemnización por el daño “físico y psíquico” sufrido como consecuencia del accidente. He tratado en el punto anterior la cuestión relativa al daño “físico” y corresponde analizar aquí la petición indemnizatoria para reparar el daño “psíquico” o “psicológico”, conforme lo solicita a fs. 62 vta./63.

Respecto al resarcimiento por daño “psíquico”, he dicho ya en votos anteriores que soy partidario de la postura que sostiene que la repercusión psicológica padecida por el damnificado del accidente, debe ser subsumida dentro del concepto del daño “moral”, puesto que ella incide en la disminución general de sus aptitudes y no constituye en sí misma un rubro autónomo o independiente.

“No corresponde admitir el reclamo en concepto de daño psicológico, pues ese rubro está implícitamente incluido en el daño moral. En la unidad de cuerpo y alma que integran al hombre, su vida síquica se encuentra vinculada a esta última, razón por la cual no cabe distinguir ninguna otra categoría que permita considerar los perjuicios morales sufridos como si fueran materiales” (Cám.Civ.Com.Morón, Sala II, 14/12/79, LL, 1982-C-96). Inclusive, con basamento en un criterio de similares características, se ha resuelto que “resulta muy dudosa la entidad resarcible referida el rubro “perjuicio síquico y emocional” en procesos donde se ha

reclamado el daño moral. Resulta indemnizable el daño síquico y emocional si lo resarcible no es el daño en cuanto tal, sino la proyección del mismo en el ámbito patrimonial. El daño síquico o emocional es un daño que no incide en el cuerpo humano, sino en la estructura anímica de la víctima. La indemnización en el caso de perjuicio síquico, por aplicación analógica del art. 1086, Cód. Civil, consistirá como máximo en el pago de todos los gastos de curación y convalecencia y de todas las ganancias que dejó de percibir el ofendido hasta el completo resarcimiento, o la satisfacción del daño futuro si se tratara de un detrimento definitivo. Ni la vida humana, ni la lesión de la integridad física, ni el deterioro de las potencias del alma humana son resarcibles per se. Es menester probar el detrimento que tal afcción genera en el patrimonio de la víctima. El rubro perjuicio síquico o emocional deberá tener relación con el detrimento patrimonial derivado de un daño que afecte alguno de los tres niveles –vegetativo, sensitivo o espiritual— del alma humana” (Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala II, 14/09/82, LL, 1984-B-470, S-36.607; JA, 1983-V-423).

Comparto la doctrina que afirma que hay una “íntima relación” entre el trastorno psíquico y el daño moral; no en cambio, que se trate de dos rubros diferentes, que permita resarcir el perjuicio psíquico como categoría autónoma del daño moral y del posible daño patrimonial. Insisto en que el afinamiento en la distinción y evaluación debe encauzarse por vía de un redimensionamiento de la indemnización a acordar por daño moral, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que representa para el sujeto una enfermedad anímica como consecuencia del hecho (conf.

ZAVALA de GONZALEZ, M., “Daños a las Personas” 2 a, Hammurabi, pág. 223).

De todos modos y sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es de hacer notar que el dictamen pericial psicológico practicado a fs. 494/497 y 507/508 concluyó diciendo claramente: “...Aun no se evidencia Aspecto secuelar en la presente producción pericial...”. Por lo que no corresponde mayor abundamiento sobre el particular a los efectos de no admitir la pretendida indemnización por este rubro.

No dejo de advertir que la perito Psicóloga ha aconsejado la realización de psicoterapia por parte del actor, informando el costo de una sesión. No obstante ello, el hecho de no haberse reclamado indemnización por el costo de un tratamiento psicológico a realizar por el reclamante, impide que pueda ser ello fijado como suma a pagar por la demandada

5.4 – Daño Moral

Reclama el actor le sea indemnizado el “daño moral” que padece como consecuencia del accidente del cual resultara víctima.

Es natural que un accidente súbito genera una intensa angustia y gran temor, constitutivos de daño moral. En el caso, he destacado ya que el perito médico ha dicho que la víctima presenta incapacidad, por lo que el daño moral conexo a las lesiones físicas es resarcible, ya que son innegables los sufrimientos precedentes.

Ahora bien, aunque el daño moral sea inconmensurable, por fuerza debe fijarse un monto resarcitorio. Admitir el sufrimiento de la víctima como inconmensurable y, pese a ello, mensurarlo en una cierta cifra, no importa contradicción, desde que la indemnización del daño moral no pretende transformar en neutro el perjuicio sufrido, sino paliar las consecuencias moralmente dañosas. Es obvio que ninguna cifra, por elevada que fuese, sería aceptable para la víctima a cambio de las lesiones y el sufrimiento

padecidos (conf. TSCórdoba, Sala Civ.Com., 04/06/97, cit. en Zavala de González, M., "Doctrina judicial. Solución de casos", T. 6, pág. 304).

La suma a establecer en concepto de daño moral no colocará a la actora en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos de sus vidas a fin de mitigar sus dolores.

Advierto que la fijación del importe del daño moral es de difícil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (conf. CNCiv., Sala C, 17/12/99, DT, 2001-A107).

Es por ello que no corresponde exigir al juez que explique cuál fue el método del cálculo utilizado para la determinación de la suma conferida en concepto de daño moral sino que, de conformidad con las atribuciones conferidas por el art. 1078 del Cód. Civil, debe apreciar las circunstancias del caso y mediante el arbitrio judicial, que no es arbitrariedad, sino valuación ecuánime de la entidad de la ofensa y del ámbito en que fue proferida - además de las características del afectado que sean conocidas - estimar discrecionalmente el monto indemnizatorio respectivo (conf. CNCiv., Sala C, 09/03/99, ED, 187-596).

De conformidad con lo expuesto se ha resuelto que la indemnización del daño moral posee carácter esencialmente resarcitorio y satisfactorio. Ello implica que el juez debe fijar una suma de dinero que tenga alguna entidad,

jerarquía o importancia, que no sea simbólica al estilo de comunidades jurídicamente evolucionadas que ven en ella satisfacción suficiente para el ofendido, ni tampoco exageradamente elevada, pues no tiene por objeto satisfacer un encono ni brindar un enriquecimiento patrimonial, sino compensar los padecimientos naturales que impone la subjetividad del agravio (conf. CNCiv., Sala I, 21/12/99, LL, 2000-F-758).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta los antecedentes del caso, sus consecuencias, la edad de la víctima y las situaciones por las que, sin dudas, debió atravesar el reclamante a raíz de las lesiones padecidas en el accidente, el daño moral se ha configurado plenamente para él; por lo que considero justo y razonable que sea indemnizado por el mismo con la suma de \$ 72.500.- (Setenta y Dos Mil Quinientos Pesos) que peticionara al demandar, con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales (conf. STJCH, Ac. Plenario N° 4400/2016), a computarse desde el día del evento dañoso al efectivo pago (arts. 1078, 1109 y concc. anterior Cód. Civ. y art. 167 CPCC).

6 – Conclusión

El análisis realizado me conduce a concluir que debe revocarse la sentencia en crisis y admitir parcialmente la demanda instaurada en autos, condenando a la parte demandada a abonar al reclamante la suma de \$ 422.500.- (Cuatrocientos Veintidos Mil Quinientos Pesos), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para el descuento de documentos comerciales a computarse desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago. Al monto de la condena deberá descontarse el importe ya percibido por el actor por parte de la demandada en razón de su

incapacidad conforme surge de autos, con más los intereses conforme se ha propuesto en el punto “5.1” precedente. Es mi voto.

7 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación de la sentencia recurrida torna necesario aplicar lo dispuesto por el art. 282 del CPCC. En consecuencia, las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. G. A. D., en el 18% del monto del proceso conforme la oportuna liquidación a practicarse en autos; los del Dr. D. A. T., apoderado de la demandada, en el 12% del monto del proceso; los de la Dra. V. L. P., apoderada de la demandada, en el 3% del monto del proceso y los del Cuerpo Médico Forense en el 4% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

8 – Costas de la Alzada

Procede imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su condición de vencida en el recurso concedido a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. A. D., apoderada de la recurrente, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2. Tratamiento de los agravios del actor.

2.1) Tal como afirma el recurrente, llega firme a esta instancia que el Sr. M. A. F. sufrió un accidente de trabajo el día 17 de mayo de 2011, mientras prestaba tareas para el Sr. C. B. B. cuando, contando con gafas protectoras de seguridad, se le introdujeron en el ojo izquierdo dos objetos extraños, sufriendo una lesión en la córnea izquierda con infección y trasplante de córnea.

No existe controversia que el infortunio fue denunciado a la ART, que- reconociendo el contrato de afiliación-, otorgó las prestaciones médicas y abonó la suma de \$ 88.920 por la incapacidad del 49,40% otorgada por la Comisión Médica N° 19 con asiento en Comodoro Rivadavia.

2.2)

En el primer agravio refiere la actora, que la sentencia dictada es incongruente en razón de haber modificado el encuadre jurídico que le imputó a la demandada.

Tal como he señalado en anteriores pronunciamientos (CAPM entre otros SDC N°7/16 y SDL N° 14/16), el principio *iura novit curia* importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquellas, facultad que no se extiende a alterar las facultades fácticas del litigio ni la causa petendi, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes. (CSJN Sentencia M. 342. XXXII. Mallmann, Arturo Julio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/ proceso de conocimiento.26/10/99).

De modo tal que a mérito del mismo, es factible evaluar un factor de atribución diverso al invocado por el actor y hasta atribuir una responsabilidad contractual en lugar de la extracontractual, pues en definitiva se está siempre dentro del sistema de la responsabilidad civil y la eventual responsabilidad deriva de los mismos hechos que dan sustento fáctico a la pretensión, más allá del enfoque jurídico que les brinda el actor. *“De lo expuesto se infiere que el magistrado debe examinar si la acción puede prosperar por alguna razón justificadora de la imputación, aunque no sea precisamente la que esgrimiera el actor. (...) la causa petendi en la responsabilidad civil resarcitoria es la producción de un daño injusto, que se atribuye al demandado. Si hay alguna razón para que responda, la pretensión no debe ser rechazada, ya que el juez debe indagar, inclusive oficiosamente, la existencia de algún motivo para fundar la responsabilidad, sustituyendo en su caso el invocado por el pretensor.”* (conf. Zavala de González, Resarcimiento de daños. Tomo 3. El proceso de daños. Ed Hammurabi op. cit., Bs. As., 1993, págs. 282). Al no indicar el recurrente cuál es la modificación fáctica en que incurre la magistrada de grado y consecuentemente de qué manera se ha violentado su derecho de defensa en juicio, más allá del resultado adverso a su

pretensión resarcitoria, la incongruencia achacada a la sentencia no es tal y debe desestimarse su queja.

2.3) Se comparte con el magistrado que me antecede en el voto, que los fundamentos recursivos expuestos para los agravios que siguen, autorizan a su tratamiento conjunto pues en definitiva se vertebran en el rechazo de la responsabilidad civil de la ART demandada, que -a criterio del apelante- ha sido acreditada.

Inicio las quejas señalando que, como se transcribió en el voto anterior, la parte actora en su demanda en forma clara y concreta, imputó responsabilidad a la ART, en los términos del art. 1074 del CC.

La magistrada de grado, al subsumir el caso en el art.1113 1° y 2° párr. C.C, estructuró el fallo sobre la base de reprochar a la actora una teórica imputación de responsabilidad, que no estableció el factor de atribución de responsabilidad que intenta achacar a la demandada, que no especificó cuál ha sido la cosa riesgosa o viciosa que intervino en la causación del daño y cuál sería el obrar antijurídico de la accionada.

Lo cierto es que la actora fundó la responsabilidad de la ART en los términos del art. 1074 del CC, por lo que las omisiones que se le imputa a la parte actora tendrían sustento si fuera necesario configurar la atribución objetiva de responsabilidad del art. 1113, 2da parte del CC. .

Ante el infortunio laboral, disipadas las cuestiones fácticas, y en aras de ceñir la responsabilidad de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo en los términos del art. 1074 del CC, debió la magistrada elucidar si el hecho dañoso acaeció por el incumplimiento de algunas de las cargas que el sistema y la naturaleza de la vinculación le imponían a aquélla.

Al no hacerlo y en los términos de los agravios reseñados por el Dr. Fiordelisi, ingresaré a su tratamiento.

La responsabilidad civil de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo fue encuadrada por la parte actora en el art. 1074 del CC.

La norma expresa: *“Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.”*

Tal como informa el recurrente en su memorial de agravios, en los precedentes “C.” (SD N° 11/SRE/2012), “C.” (SD N° 28/SRE/2013) y “E. H.” (SD N°31/SRE/2013), el Superior Tribunal de Justicia dejó establecida su postura en relación a la responsabilidad civil por omisión de las aseguradoras de riesgo de trabajo.

En el primero de ellos se expuso que: a) El art. 4 de la L.R.T. establece que las A.R.T. están obligadas a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo... pto. 4. La ART controlará la ejecución del plan de mejoramiento y está obligada a denunciar los incumplimientos a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. El Decreto Nacional N° 170/96, reglamentario de la Ley de Riesgos del Trabajo, establece en su art. 18 que las aseguradoras deberán brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a) determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b) normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo, c) selección de elementos de protección personal; el art. 19 exige a las aseguradoras realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo. A tal fin deberán: a) vigilar la marcha del plan de mejoramiento de

los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; b) verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan de mejoramiento; c) brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos...”.

b) Que las ART, como sujetos de derecho, nada obsta para que puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños causados por su eventual obrar antijurídico. Una acción no prevista por la LRT, y que no requiere la declaración de inconstitucionalidad de ninguna norma de aquéllas, es la que puede intentar el trabajador contra la ART con fundamento en el art. 1074 del CC. La finalidad de la misma es condenar a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) a abonar a la víctima del infortunio el

resarcimiento pleno en base a la normativa civil e independientemente del otorgamiento de las prestaciones de la LRT. [...]. Desde la perspectiva contractual se trata de un caso de “no seguro”.

c) La aplicación del art 1074 CC, presupone el incumplimiento por parte de la ART de un deber propio de obrar emergente, no del contrato de seguro ya que dicha responsabilidad es ajena al mismo, sino de una obligación impuesta por la ley a la ART.

d) Que “Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador o sus derechohabientes, esto es en el que se debe probar la culpabilidad, en sentido amplio, es decir, abarcativo del dolo o de la culpa, por omisión de la ART y su intervención en el nexo causal.

e) El sistema de culpa objetiva y de inversión de la carga probatoria que para los casos que contempla, prevé el segundo párrafo del art. 1113 del C. Civil es inaplicable por cuanto la aseguradora en tal caso es

responsable a título propio y no del seguro, y por ende, no es ni dueña ni guardiana de las cosas que intervienen en el daño.

- f) El art. 1074 del CC, regula una responsabilidad por el hecho propio que consiste en omitir el cumplimiento de deberes a su cargo. La condición para aplicar la norma radica, entonces, que el sujeto (persona física o jurídica) no cumple una disposición legal.
- g) Que la responsabilidad civil de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, no podrá discutirse, pero sin dudas, deberán examinarse en cada caso, el cumplimiento de elementos que resultan componentes esenciales de la responsabilidad civil. Esto es: 1)- antijuridicidad, cuando un acto infringe un deber legal preexistente, esta fracción puede ser por acción o comisión o de omisión o culpa por abstención; 2)- el daño injustamente padecido; 3)- una relación de causalidad adecuada (comisión u omisión) y el daño; y 4)- el dolo o culpa.

2.4) A partir de tales conclusiones, corresponde analizar si en el caso concreto, se encuentran probados los incumplimientos que se le achacan a la Aseguradora y de ser así, si estos tienen vinculación causal con el accidente para endilgarle la responsabilidad atribuida.

La actora ha señalado como incumplidas las obligaciones previstas por la LRT como la de su decreto reglamentario impuestas a las ART (arts. 4 y 31.1. de la ley; y arts. 19 y 20 del Decreto 170/96).

Frente a los incumplimientos reseñados, la ART al contestar demanda señaló que la imputación era difusa, sin imputar incumplimientos puntuales, sin perjuicio de lo cual dijo que su mandante había cumplido con sus obligaciones legales.

Señaló también que era carga de la actora acreditar la relación causal entre los pretensos incumplimientos y el accidente sufrido por la accionante.

Refirió que tampoco se puede atribuir a la ART supuestos incumplimientos puestos por la norma en cabeza del empleador, quien es el que debe cumplir, acatar e implementar las normas de seguridad y que la ley solo pretende que las Aseguradoras asesoren e informen a los empleadores en materia de prevención sobre seguridad e higiene y de constatar un incumplimiento y/o violación de los empleadores poner en conocimiento de la falta a la SRT.

No puedo soslayar que la misma ART sostiene al contestar demanda *“que el Señor Fica se encontraba realizando tareas en el muelle local ..., cuando en virtud de la manipulación que hacía de sus herramientas para perforar hormigón, le saltó un pedazo del mismo y lesionó uno de sus ojos. Ahora bien, lo cierto es que el actor no estaba en virtud de las tareas que por su categoría le corresponden, en condiciones de realizar la misma. ...”*

Ninguna relación a las conductas omisivas reprochadas a la Aseguradora (incumplimiento a los deberes de prevención, vigilancia, asesoramiento y efectuar plan de mejoramiento) se hizo en la sentencia de grado, por lo que, considerando la imputación de responsabilidad con base en el art. 1074 CC, debo ingresar a su tratamiento.

Conforme el criterio que ha sostenido el STJCH en los fallos ya referenciados, incumbía a la ART acreditar el cumplimiento de las obligaciones que le impone la LRT y a tenor de las constancias probatorias reunidas ningún aporte documental requerido por la parte actora a la ART se ha cumplido y “Esta conducta silenciosa y reticente de arrimar elementos a la causa hace operativa la presunción legal en contra de la ART (art. 392 CPCC) “(STJCh “Casas”).

Tengo en cuenta para así decidir, que a más del contrato de afiliación (fs. 84/87), la demandada adjuntó copias simples (fs.88/180) las que negadas por

la contraria (salvo el recibo agregado a fs.87), no fueron validadas en la instancia de grado, con las consecuencias probatorias que ello trae para la oferente.

Por su lado, al responder a la prueba informativa ofrecida por la demandada, el empleador agregó el legajo del actor, de donde surge específicamente para la cuestión que se discute en autos (fs. 403/413), que la mayoría de las constancias de visitas de la ART no tienen fecha o son posteriores a la fecha del accidente de F. (véase a esos fines nota del empleador de fs. 423).

En cuanto a la documentación aportada por la Administración Portuaria y que ha sido individualizada por el Dr. Fiordelisi, consisten en documentación presentada por el empleador a la ART demandada y que obran en los registros de la APPM.

De los Programas de Seguridad de Obra confeccionados surge que F. era personal afectado a la obra denunciada con inicio el 26/8/2010 y fin de obra el 31 /3/11 (fs.237) y para la obra con fecha de inicio el 5/1/11 y finalización el 15/7/11 (fs. 261).

Sin perjuicio de ello, no puede inferirse de tal documentación que la demandada haya cumplido con las obligaciones legales de prevención a su cargo.

Por otro lado, las declaraciones de los testigos obrantes a fs. 312/314 vta. (Sr. R.) y especialmente la del Sr. D. O. R., compañero de tareas del Sr. F. el día del accidente (fs.316/318), a más de describir las tareas que el trabajador cumplía, permiten deducir que la ART no cumplía con sus obligaciones de prevención y capacitación ni de la visita a los lugares de trabajo en forma previa al infortunio de F.

Frente a este plexo probatorio, adquiere fuerte relevancia jurídica la confesión ficta en que incurriera la parte demandada al no comparecer a la audiencia confesional fijada y debidamente anoticiada, el representante legal de la ART.

Conforme obra a fs.513/540, citado el representante legal de la ART a la audiencia de absolución de posiciones, éste no compareció a la audiencia, por lo que recepcionado el oficio y a petición de parte, se declaró a fs.543 en los términos del art. 24 de la Ley XIV N° 1.

En el fuero laboral, el art. 24 de la ley procesal del fuero establece que en caso de incomparecencia, el absolvente será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario. La norma procesal laboral, de mayor amplitud en el plano fáctico, abarca "los hechos expuestos en la demanda o contestación" y es de carácter imperativo ("será" tenido por confeso), supeditando el efecto confesorio tan sólo a la existencia de prueba en contrario.

A partir de ese marco procesal, en principio han presumirse como ciertos los presupuestos de hecho narrados por el actor en su demanda para abonar los reclamos incoados, salvo prueba en contrario.

La prueba que se ha cumplido en este expediente y como he referido al valorarla, no logra rebatir tampoco los efectos de la confesión ficta de la demandada, cuestión también soslayada en la sentencia de grado.

De todo lo expuesto y siguiendo el criterio del STJCH, debe tenerse por justificado que la ART codemandada incumplió los deberes a su cargo específicamente aquellas obligaciones de prevención cuales son la de informar, capacitar al personal en cuáles eran los EPP adecuados para cumplir las tareas encomendadas ni su modo de utilizarlos.

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

No existe controversia entre las partes que el accidente sufrido por el actor ocurrió cuando, en virtud de la manipulación que hacía de sus herramientas para perforar hormigón, le saltó un pedazo del mismo y lesionó uno de sus ojos.

El perito describe que los profesionales que intervinieron frente accidente, constataron la presencia de cuerpos extraños en el ojo izquierdo, los que fueron extraídos, que con posterioridad a ello Fica sufre una infección sobreagregada que provoca finalmente la opacidad casi general de la córnea.

A mi criterio es de interés para resolver el punto, lo que surge del aviso de visita obrante a fs.404. Allí el preventor de la ART, con motivo de la investigación del accidente de F., señala: *“Habiéndose realizado la*

investigación del accidente correspondiente a denuncia 4250/2011, se determinan las siguientes acciones:-recapacitar al personal en el uso de EPP, documentos y registro de firma de operarios. Fecha de cumplimiento: 30/6/ 11. Fecha de verificación 5/7/2011. –Realizar evaluación de puesto de trabajo para determinar el o los EPP (protección facial) adecuados para la tarea. Fecha de cumplimiento: 30/6/ 11. Fecha de verificación 5/7/2011.”

Tengo para mi, que este reconocimiento de las tareas que debían cumplirse con posterioridad, refuerza no solo la convicción de la ausencia de tareas de capacitación previa en materia de seguridad e higiene sino la falta de supervisión y control del uso de los protectores visuales en relación a la tarea que debía cumplir el actor. Y eso, puede afirmarse a partir que -si como se indicó F. portaba protección visual-, ello no fue así o bien la provista resultó ineficaz para la tarea encomendada, para la cual debe memorarse que la ART afirmó que F. no estaba capacitado.

Desde la perspectiva que expongo, la sentencia deberá revocarse y la ART deberá responder en los términos del art. 1074 por los daños que se ha acreditado han derivado del accidente que incapacitó al Sr. F. “*La aseguradora no especificó concretamente acerca de cuáles fueron las diligencias realizadas, ni ilustró los actos orientados a la prevención de los riesgos laborales propios de la actividad que realizaba la actora, a pesar de que el ordenamiento jurídico les imponía un obrar positivo, mandato legal que es explícito (artículo 4 ° de la ley 24.557, ley 19.857 de Higiene y Seguridad en el Trabajo – artículos 5 °, 7 ° y conc. y su reglamentación: decreto 351/1979, con sus modificatorios), circunstancia que excluye, a mi juicio, vacilaciones anudadas en torno de la relación causal” (SD 38660 – Expte. 37.143/2009 – “Sandoval, Gabriela Alicia c/ INC S.A. y otro s/ Accidente –Ley Especial” – CNTRAB – SALA VIII – 03/02/2012. Base el dial AA74C6).*

3.

Admitida la responsabilidad de la ART, corresponde ingresar a los rubros indemnizatorios requeridos por el actor.

3.1) Daño patrimonial:

Bajo el nombre de menoscabo a la actividad productiva y luego en forma autónoma el daño físico, el trabajador ha reclamado tanto el lucro cesante, la pérdida de chance, el daño propiamente dicho y luego por otro lado el daño psíquico.

Para su procedencia, resulta menester anticipar que participo del criterio mayoritario que, frente a la discusión acerca de las categoría y rubros que pueden integrar la indemnización, el CC contempla dos grandes categorías, el daño patrimonial y el extrapatrimonial.

Todas las demás denominaciones para otros tipos de perjuicios, deben integrar alguno de esos campos, so riesgo de un enriquecimiento sin causa a partir de la superposición de partidas.

A partir de allí, analizaré los rubros que integran sendas categorías del daño patrimonial, evaluándolo integralmente y procurando una

indemnización que contemple la totalidad de los intereses jurídicamente tutelados que fueron lesionados.

Conforme lo expuesto al iniciar el análisis de las partidas indemnizatorias, está acreditado en el expediente que el Sr. F. como consecuencia del accidente de trabajo porta una incapacidad del 53,8 %.

La configuración de lo que jurídicamente se denomina "incapacidad sobreviniente" importa reconocer en la víctima una disminución en sus aptitudes físicas y psíquicas, con repercusión tanto en lo orgánico como en lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en

todos los aspectos de la misma, como lo son el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con la debida amplitud y libertad y que se proyectan sobre su personalidad integral y afectan su patrimonio, por lo que constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación de su resarcimiento y encuentra su sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Código Civil. De allí que para establecer una suma por daño físico no es menester acudir a los porcentajes de la incapacidad laborativa pues en la vía extrasistémica no es sólo su incidencia en la vida laboral lo único que se indemniza sino como se dijo, para la procedencia de la indemnización debe considerarse la disminución genérica de la víctima.

En cuanto a la determinación del monto indemnizatorio mediante la sujeción de cálculos aritméticos ligados a la probabilidad de salarios eventuales y futuros a devengar durante la vida útil de la víctima o sujetos a parámetros estadísticos, esta Cámara viene sosteniendo desde su integración(entre otras SDC 14/14), que la indemnización no puede basarse en rígidos cálculos matemáticos, actuariales o financieros puesto que su aplicación al caso no pasa del límite de lo puramente hipotético o conjetural, prescindiendo que el monto debe determinarse en la prudente ponderación que hace el magistrado de las secuelas, no solo en cuanto a la aptitud laboral sino también a su vida de relación, tomando como base para ello la naturaleza de las lesiones, la edad y las demás condiciones del damnificado. *“No es determinable el monto indemnizatorio mediante la sujeción a cálculos actuariales ya que el universo de circunstancias vinculadas con esa tasa no puede ser aprehendido por aritmetismos ni es de justicia que así sea. Es de considerar en tal sentido las singularidades correspondientes a la situación de familia, edad, actividad y su retribución, características de la incapacidad y demás datos*

concurrentes" (CCiv. y Com. San Nicolás, 6/10/98, "Gómez Juan Antonio c/ López Benito y otros. s/ Daños y perjuicios).

A los fines de fijar la indemnización correspondiente al daño materialmente sufrido deben tenerse en cuenta las circunstancias fácticas que surgen de las constancias de la causa, entre las que no puede obviarse el informe pericial médico que define el porcentaje de incapacidad (53,8%)que llega firme a esta instancia, el mantenimiento de la fuente laboral luego de su recalificación, la edad de la víctima al tiempo del accidente (33 años) y la incidencia que la notoria disminución visual puede tener en el desarrollo de su vida de relación y familiar. Se desconoce todo otro dato respecto de las condiciones personales del Sr. F., quizás porque la parte sujetó su cálculo a la prueba de los guarismos necesarios para integrar la fórmula matemática que propuso para fijar el quantum de la indemnización.

Tampoco cuento con otras pautas para evaluar y me refiero con ello a un eventual lucro cesante efectivo o pérdida de chance en el mercado laboral, que a más de no haber sido alegadas ni probadas quedan comprendidos en la indemnización que procuro cuantificar integralmente.

En relación al daño psíquico o psicológico, tal como vengo sosteniendo, no constituye una categoría autónoma, ya que el Código Civil sólo alude al daño patrimonial (comprensivo del perjuicio efectivamente sufrido y de la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, art. 1096).

El informe pericial refiere que no se evidencia aspecto secuelar y aun cuando refiere la necesidad de psicoterapia, ello no fue materia de pedimento por la actora, por lo que ha quedado fuera de la litis.

Luego de ello y en mérito de la facultad que me brinda el art. 167 del CPCC, voy a acompañar la cuantificación que propone el Dr. Fiordelisi de establecer la partida por daño patrimonial en \$ 350.000 con más los intereses que para

la tasa activa de descuentos de documentos comerciales determina el Banco del Chubut S.A. desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago.

3.2) Daño extrapatrimonial:

El alcance de la acción instaurada involucra la petición de la reparación integral del perjuicio padecido por la víctima, por lo cual el resarcimiento debe cubrir tanto el daño material derivado de la disminución laborativa como el de índole extra patrimonial.

El daño moral representa la afrenta espiritual que objetivamente se verifica en todo ser humano a partir de un hecho cuya entidad lesiva resulta social y culturalmente incontrovertida. Alcanza a los padecimientos y molestias que debió soportar como consecuencia de las características del evento dañoso y del tratamiento a que fue sometido y el único requisito de procedencia es la comprobación del hecho dañoso que originó la pretensión.

En el caso concreto, corresponde dicha reparación porque es válido concluir que por la característica súbita del infortunio el trabajador, la grave lesión ocular sufrida, los tratamientos brindados, su traslado por derivación a la ciudad de Bs.As., espera en el INCUCAI para el trasplante, la práctica quirúrgica, los controles a los que debió someterse, la evolución de su incapacidad portante y la adaptación a sus consecuencias, han generado en el trabajador angustia, inseguridad, ansiedad repercutiendo en la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, como ser la paz, la tranquilidad de espíritu y la integridad física.

Para su cuantificación y atendiendo los parámetros expuestos, no existe obstáculo para admitir la suma reclamada en la demanda, en tanto no

existen contingencias probatorias que autoricen a su modificación. Por lo cual deberá admitirse para el resarcimiento del daño moral la suma de \$ 72.500 con más los intereses que para la tasa activa para las operaciones de descuento de documentos comerciales aplica el Banco del Chubut S.A., desde la fecha del accidente hasta su efectivo pago.

3.3) El actor ha reconocido que con motivo del infortunio padecido, recibió la suma de \$ 88.920 (fs.87), en el marco de la LRT, por lo que dicha suma debe ser deducida del monto total de la indemnización integral que se le reconoce en esta sentencia, de lo contrario se produciría una doble reparación por la misma causa. Al tiempo de la liquidación del capital de condena, deberá descontarse la suma percibida a la que deberán aplicarse los intereses a la tasa activa para las operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A., desde la fecha de acreditación del pago hasta la que se liquiden los montos resarcitorios admitidos.

3.4.

Luego de lo expuesto, me expido por revocar la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de queja y consecuentemente, admitir parcialmente la demanda incoada, condenando a la ART a abonar las sumas reconocidas para daño patrimonial y moral previo descuento de las ya percibidas por el actor, con más los intereses que se han indicado supra.

4. Las costas.

a) Las costas de la primera instancia:

El art. 282 del CPCC establece que la modificación de la sentencia conlleva la readecuación de costas y honorarios, por lo que las costas de la instancia

de grado se imponen a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). Los honorarios que propone el Dr. Fiordelisi para letrados y CMF se ajustan a las pautas mensurativas que propone la ley arancelaria para lo cual tengo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de las actuaciones procesales cumplidas por los letrados, la adecuación del informe pericial a las reglas que lo rigen y su incidencia en el proceso y el resultado obtenido. Todo ello sin perjuicio de los mínimos legales y el IVA si correspondiera. (arts. 5, 6, 38, 46, 60 y cctes. de la ley arancelaria).

b) Las costas en la Alzada:

Se imponen a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). Los honorarios de la Ab. Durante propuestos por el Dr. Fiordelisi, se ajustan al mérito y resultado de su actuación en esta sede, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder. (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

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

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

En atención a la revocación de la sentencia recurrida, la codena en costas y la regulación de honorarios de la primera instancia, no corresponde expedirme sobre la segunda cuestión.

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

Conforme se resuelve el recurso de apelación deducido, la cuestión devino en abstracta y no corresponde me expida sobre el recurso de los letrados de la parte demandada.

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

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

1-) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 569/574.

2-) HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA DEMANDA y CONDENAR a ART F. P. S. S.A. a abonar a M. A. F., dentro de los diez días de quedar firme la presente y mediante depósito judicial en autos, la suma de \$ 422.500.- (Cuatrocientos Veintidos Mil Quinientos Pesos), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para el descuento de documentos comerciales a computarse

desde la fecha del accidente (17 de Mayo de 2011) hasta el efectivo pago.

Al monto de la condena deberá descontarse el importe ya percibido por el actor por parte de la demandada en razón de su incapacidad conforme surge de autos, con más los intereses a la tasa de interés precedentemente indicada y a computarse desde que el referido importe fuera percibido por el actor hasta la fecha de practicarse la liquidación y abonarse el monto aquí condenado.

3-) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA

INSTANCIA las que se imponen a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. G. A. D., en el 18% del monto del proceso conforme la oportuna liquidación a practicarse en autos; los del Dr. D. A. T., apoderado de la demandada, en

el 12% del monto del proceso; los de la Dra. V. L. P., apoderada de la demandada, en el 3% del monto del proceso y los del Cuerpo Médico Forense en el 4% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. A. D., apoderada de la recurrente, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVA**SE.

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

Conforme lo he votado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldó Fiordelisi.

Así lo voto

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

Puerto Madryn, de febrero de 2017.

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

S E N T E N C I A

1-) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 569/574.

2-) HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA DEMANDA y CONDENAR

a ART F. P. S. S.A. a abonar a M. A. F., dentro de los diez días de quedar firme la presente y mediante depósito judicial en autos, la suma de \$ 422.500.- (Cuatrocientos Veintidos Mil Quinientos Pesos), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para el descuento de documentos comerciales a computarse

desde la fecha del accidente (17 de Mayo de 2011) hasta el efectivo pago.

Al monto de la condena deberá descontarse el importe ya percibido por el actor por parte de la demandada en razón de su incapacidad conforme surge de autos, con más los intereses a la tasa de interés precedentemente indicada y a computarse desde que el referido importe fuera percibido por el actor hasta la fecha de practicarse la liquidación y abonarse el monto aquí condenado.

3-) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA

INSTANCIA las que se imponen a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. G. A. D., en el 18% del monto del proceso conforme la oportuna liquidación a practicarse en autos; los del Dr. D. A. T., apoderado de la demandada, en el 12% del monto del proceso; los de la Dra. V. L. P., apoderada de la demandada, en el 3% del monto del proceso y los del Cuerpo Médico Forense en el 4% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 6, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. G. A. D., apoderada de la recurrente, en el 35% de los que les correspondan por su labor en la primera

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

5-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, DEVUELVA.

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDL. CONSTE.