

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN
CENTRO JUDICIAL CAPITAL
JUZGADO DEL TRABAJO SEGUNDA NOMINACION

ACTUACIONES N°: 293/09



H105024950682

JUICIO: "CHAVEZ AMERICO ORLANDO c/ LIBERTAD S.R.L., GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. s/ Z- DAÑOS Y PERJUICIOS". EXPTE. N° 293/09.

San Miguel de Tucumán, julio de 2024.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia definitiva en esta causa caratulada: **"Chávez Américo Orlando vs Libertad SRL, Galeno ART SA s/ daños y perjuicios. Expte: 293/09"** los que se tramitan por ante este Juzgado del Trabajo de la II° Nominación, y

RESULTA

DEMANDA: Se presenta Noelia Grisel Medina Núñez, en representación de Chávez Américo Orlando.

Interpone demanda de daños y perjuicios por accidente de trabajo e indemnizaciones por incumplimiento a las normas de higiene y seguridad en contra de Libertad SRL y Consolidar ART, todo a los fines de que condene a pagar a los codemandados en forma solidaria la suma de \$920.993,60 por reparación integral establecida por las normas del derecho civil.

Funda su pretensión en que, existe relación de causalidad entre el hecho antijurídico y la consecuencia dañosa:

Relación laboral: que el actor ingresó a trabajar en forma registrada a las órdenes de su empleador la empresa Libertad SRL en fecha 01/02/1980, percibiendo una remuneración promedio mensual de \$1.387,80.

El actor revestía el carácter de trabajador permanente con categoría medio oficial gomero, según surge de las boletas de sueldo que se adjuntan.

Que el empleador Libertad SRL es una empresa dedicada al transporte urbano de pasajeros. El puesto o centro principal de trabajo desde donde se distribuyen las tareas a realizar por los empleados, control de entrada y salida de los mismos e instrucción de circuitos a recorrer por los colectivos, etc. es pje. Álvarez Thomas 2440 San Miguel de Tucumán.

El actor a solicitud del empleador y a su exclusivo requerimiento, efectuaba variadas tareas, como un eslabón importante en la empresa, así cumplía diversas tareas en diferentes puestos de trabajo, encomendados por su empleador. Así abarcaba gran parte de trabajo principalmente en: relevar variadas novedades existentes en los rodados en circulación, impartir instrucción sobre la interrupción o continuación de vehículos en sus recorridos por desperfectos en ruedas, controlar los aros de ruedas de los rodados en Gral., verificar los aros de ruedas para su autorización de circulación, controlar el pedido de compresor de aire, arreglar gomas en general (pinchadas o por aros deteriorados, etc.), auxiliar a los móviles por problemas en las gomas en el lugar en donde fuere llamado especialmente; es decir fuera

del puesto principal de trabajo o en la calle, calibrar y controlar el aire en los neumáticos de los transportes de pasajeros, limpiar la gomería, etc.

El infortunio laboral: el día **23/12/2003** el actor se encontraba en su lugar y en ocasión de trabajo, en su puesto habitual que consiste en un galpón de actividades que consta de estacionamiento propio de los colectivos, gomería, oficinas administrativas, oficina de herramientas y repuestos y es allí desde donde se distribuyen las tareas para todos los dependientes. Que en el momento del siniestro el actor se encontraba trabajando en la gomería **con una máquina (reparadora de goma o molde), ocasión en donde mientras inflaba un neumático de uno de los colectivos, imprevista y violentamente le saltó un aro de una cubierta que impactó sobre su rostro, especialmente en el lado derecho, hombro y mano, el que le produjo traumatismo facial con gravísimas lesiones y secuelas.** Que inmediatamente fue auxiliado y trasladado al Sanatorio del Norte SA y allí le efectúan cirugía de urgencia el 23/12/03 y desde allí empiezan las curaciones hasta la fecha. El siniestro laboral ocurrió en oportunidad en que el actor prestaba sus servicios para su empleador y en horario de trabajo y a consecuencia del mismo, sufrió severas lesiones que se mencionan y que surgen de la pericia médica, que se acompaña como prueba documental.

Que a raíz del infortunio laboral, trajo aparejado al actor serias y diversas lesiones, daños corporales y psicológicos que muestran la gravedad de las lesiones y su evolución, que se detalla posteriormente.

De lo expuesto se infiere, que hay un nexo causal

indiscutible entre el evento dañoso ocurrido al actor y el hecho antijurídico. Que la empresa empleadora al **momento del siniestro, tenía asegurado los riesgos del accidentes de trabajo con la demandada Consolidar ART.**

Que la empleadora reconoce el siniestro laboral y el daño en la oportunidad misma del siniestro, al otorgar número de siniestro y cumplimentar no solo con las prestaciones dinerarias a su cargo de \$40.000 (de pago parcial efectuado) sino también con las prestaciones en especie y que continúan prestando (asistencia médico-farmacéuticos).

Asimismo queda reconocido el siniestro laboral por parte de la ART, si se advierte que estos efectuaron: intimación a su mandante a acompañar documentación para verificar que el infortunio se encuentra dentro de las contingencias del art 6 LRT, y luego de aceptarlo. Intimación a presentarse para ser evaluado por médicos especialistas de la ART con el fin de recibir las prestaciones en especie. Intimación para acercar a la ART DNI, estudios, certificados médicos y demás documentación que tuviera en su poder para ser compulsada y determinar así la continuación de las prestaciones en

especie. Comunicación de incapacidad laboral (provisoria y posteriormente definitiva) e información de que se encuentra a su disposición las prestaciones dinerarias. Autorización de la ART para efectuar prácticas médicas. Favorable respuesta frente a requerimientos del actor, tales como reintegro de gastos de movilidad en ocasión de transporte para médicos y rehabilitación. Variadas notificaciones para audiencias y/o exámenes médicos. Comunicación a la empresa Libertad SRL en fecha 3/5/2004 de alta médica del Sr. Chávez.

Prueba de lo dicho son los recibos de pagos de prestaciones dinerarias emitidos por Consolidar ART, detalla los meses de liquidación, Cartas documentos, notificaciones para audiencias y/o examen médico y especialmente **carta documento de fecha 26/5/2008** por la que le ponen en conocimiento al actor que le efectuaron la transferencia del capital por la incapacidad definitiva en \$93.744,37 y pago único adicional de \$40.000 a partir del **5/6/2008**.

Imposibilidad futura de trabajar-jubilación por invalidez-distracto.

Que sufrió largos meses de tratamiento por las

lesiones padecidas. No solo cirugías, estudios, controles médicos y largas rehabilitaciones, sino que quedo incapacitado laboralmente al punto de requerir la jubilación por invalidez. Prueba de lo dicho es el dictamen médico de Comisión Médica Central por el trámite de retiro por invalidez de fecha 30/5/2006; advirtiéndose que actualmente sigue recibiendo tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico de la codemandada ART.

Se observa que por imposibilidad de reintegrarse en el mercado laboral, el actor solicita justa indemnización.

Antijuridicidad de la conducta de los demandados:

a- incumplimiento de las normas de higiene y seguridad: la indemnización que se persigue, surge del daño causado al actor en ocasión y horario de trabajo y en la falta del deber de capacitación y perfeccionamiento que debió proporcionar al actor la empleadora durante la relación laboral y el deber de observancia y vigilancia de la codemandada Consolidar ART SA.

La antijuridicidad de la conducta de los demandados, se funda en el incumplimiento en que incurrieron a la fiel observancia de las leyes 19.587 de higiene y seguridad y ley 24.557, por lo que causó un grave daño moral, psicológico, lucro cesante, pérdida de chance y daño material, toda vez que no se proveyera oportunamente de la capacitación y medidas indispensables para su seguridad por las tareas encomendadas.

Los demandados debieron implementar y no lo hicieron, si se quiere programas de educación sobre riesgos laborales dado el tipo de actividad que desarrollaba en el ámbito riesgoso por la maquinaria utilizada, con el fin de prevenir accidentes de trabajo. Así debió la ART controlar que la patronal concretara planes estratégicos sobre las fuentes de riesgo y las formas de actuación para disminuirlos. Destacándose que no se han establecido dentro de la política empresarial de la patronal, como lineamientos preventivos concretos para evitar siniestros laborales.

Debieron incluir medidas o plan de acción concreto como:

Implementar cursos de capacitación destinados a los trabajadores, entregando material de estudio para su capacitación específica.

Proveer y/o exigir y/o controlar a los empleados a

través del sector personal o de recursos humanos, elementos de protección personal, indispensables por el tipo de trabajo para la seguridad de los empleados, que por el tipo de tareas del actor.

Relevar condiciones de los elementos o maquinarias de trabajo (compresor de aire, recapadora de goma, infladores, etc.) utilizados por los trabajadores en la gomería de la empresa, con la finalidad de constatar su óptimo estado.

Crear un proyecto de estudio, efectuar un análisis siniestral que muestre la evolución anual de los accidentes, con el fin de reducir y/o determinar disminución de siniestralidad laboral.

Cita ley 24557 artículos 1, 4, 6, 31, como así también ley de higiene y seguridad en el trabajo ley 19587 artículos 4, 5, 7, 8, 9; Decreto 351/79 de reglamentación de la ley de higiene y seguridad artículos 3, 4, 208, 209, 213.

Empleador:

En el presente caso, la responsabilidad patronal emerge del hecho de ser titular de la explotación, y además por ser el beneficiario directo del aprovechamiento económico de la actividad encomendada al dependiente. En este caso, la responsabilidad atribuida emerge tanto del art. 1109 y 1113 CC.

Aseguradora de riesgo de trabajo:

El incumplimiento de la ART a sus deberes de prevención, seguridad y vigilancia art 4 LRT le hace extensiva la condena en forma solidaria con fundamento en el art. 1074 CC es decir que el deficiente cumplimiento de la tarea a su cargo, unido al marco legal mencionado y a las

obligaciones que este impone, permiten sostener que la ART incurrió en una clara conducta culposa (art 512 CC).

Cita jurisprudencia y doctrina en relación.

Acreditación del daño: con las conclusiones médicas o dictámenes. Así el daño ocasionado a mi poderdante en el accidente sufrido le ocasionó serias lesiones, al cual se le diagnosticó: politraumatismo en TEC con pérdida de conocimiento, heridas faciales múltiples y secuelas, lo cual le confiere una incapacidad del 80,42%, según surge del dictamen médico de comisión médica de fecha 13/5/2008.

Determina los rubros que considera pertinentes, estimando montos:

Lucro cesante: \$432.993,60

Daño material: \$150.000

Daño moral: \$250.000

Pérdida de chance: \$88.000

Total reclamado: \$920.993,60

Plantea inconstitucionalidad art 14, 15, 19 LRT.

Solicita pago único e íntegro.

Inconstitucionalidad art. 8, 21, 22, 46 LRT y Dto.

717/96 y 491/97.

Competencia judicial: que la LRT es derecho común y en consecuencia el juez natural es el ordinario local y no federal.

Plantea inconstitucionalidad del art 1 y 39.1 LRT

Solicita medida cautelar, ofrece prueba documental.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR CONSOLIDAR ART SA: se presenta el letrado Rafael Rillo Cabanne en representación de Consolidar ART SA.

Contesta demanda solicitando su rechazo. Efectúa un análisis del planteo articulado en el escrito de demanda.

En virtud del mencionado accidente, su mandante recibe denuncia del siniestro en la misma fecha de su ocurrencia, el día 23/12/2003. Tal es así que, investigado el accidente y aceptado el mismo, Consolidar comienza a otorgar al actor las prestaciones en especie y dinerarias por ILT conforme lo establecen los art 20.3 y 13.1 de la LRT.

Asimismo cabe destacar las diferentes intervenciones de la comisión médica jurisdiccional de Tucuman. Consolidar procedió desde un primer momento a otorgar todas las prestaciones que por ley le corresponden.

Que recibió dictamen de la comisión médica de Tucumán, en donde se determina que el actor **padece una incapacidad provisoria del 62,34%**. En virtud de dicho dictamen, su mandante continuó otorgando al actor las prestaciones en especie desde la fecha del accidente y las prestaciones dinerarias del art. 14.1.

Conforme dictamen de la CMJ notificado a su mandante en fecha **20/5/2008**, se determinó que el **Sr. Chávez padecía de una incapacidad definitiva del 80,42%**. Atento a ello, Consolidar ART en fecha 6/6/2008 otorga al Sr. Chávez la suma de \$40000 en concepto de prestación adicional y comunica a Maxima AFJP que en fecha 21/12/08 efectuará transferencia del capital de renta por \$93744,37 conforme art. 14.2.b LRT.

Sin perjuicio de lo dicho, la parte actora solicita de Libertad SRL y de Consolidar ART SA, una indemnización de daños y perjuicios basándose en las normas del Código Civil.

Conforme lo dicho, habrá de responderse la pretensión esgrimida por la parte actora, oponiendo en primer lugar las defensas que sean pertinentes a esta parte, para finalmente solicitar el rechazo de la demanda.

Habiendo quedado claramente delimitado el reclamo que se formula, debe encuadrarse el presente responde teniendo en cuenta tanto la cobertura que otorga el contrato de afiliación suscripto por su mandante con la empleadora, siendo el procedimiento y el objeto de la propia existencia de la ART marcado por la ley 24557.

Que es de destacar que consolidar ART ya ha dado cabal cumplimiento con las obligaciones a su cargo en materia de riesgo de trabajo.

El Sr. Chávez ya ha percibido la suma de \$40000 en forma de pago único, y la suma de \$93.744,37 en forma de renta periódica.

La actora hace referencia a la responsabilidad que adjudica a su mandante: "la indemnización que se persigue surge del daño causado al actor en ocasión de trabajo y la falta del deber de capacitación y perfeccionamiento que debió proporcionar al actor la empleadora durante la relación laboral y el deber de observancia y vigilancia de la demandada consolidar.

Pretende el actor establecer un nexo causal entre las tareas y el supuesto daño que dice padecer, pero en momento alguno alega sobre el nexo causal entre los supuestos incumplimientos que imputa a la ART.

Entiendo que el actor está reclamando una indemnización integral, imputando asimismo responsabilidad a ambas

demandadas, por incumplimiento de las normas de seguridad e higiene.

Da cuenta de la existencia del contrato de afiliación, denuncia vigencia y cobertura.

Reconoce que entre su mandante Consolidar ART SA y el empleador del actor, Empresa Libertad SRL se celebró un contrato de afiliación.

En virtud de dicho contrato, las partes se sometieron a lo normado por ley 24557. Asimismo se estipuló que, en ningún caso las condiciones particulares allí pactadas podrán ser contrarias a lo dispuesto en la normativa pactada.

Opone excepción de prescripción para ser resuelta con el fondo del asunto, en virtud de que el hecho que denuncia haber padecido la actora, en 23/12/03, en el primer momento procesal oportuno y para ser resuelto con el fondo, por considerar que ha transcurrido en exceso el plazo bianual fijado por el art. 4037 del CC para el ejercicio de la acción que pretende incoar.

La propia actora es la que denuncia como fecha del accidente de trabajo con lo cual la acción deducida respecto de tal supuesta afección se encuentra prescripta.

Desde la fecha denunciada hasta la fecha en que se habría iniciado la presente demanda, ha transcurrido en exceso el plazo de dos años previstos para la prescripción.

Cita jurisprudencia en relación.

Sin perjuicio de lo expuesto, y aun cuando con razón se rechazara la pretensión del actor en cuanto a que la presente causa pueda resultar regida por el derecho común, cabe señalar que el art 44 Ley 24.557 establece que las acciones derivadas de dicha ley prescriben a los dos años a contar desde la fecha en que la primera prestación debió ser abonada o prestada y en todo caso, a los dos años desde el cese de la relación laboral.

Opone defensa de "no seguro" por no cobertura de reclamos con fundamento en las normas del derecho común (falta de legitimación pasiva).

Que la cobertura se encuentra limitada al otorgamiento de las prestaciones en especie y dinerarias establecidas en la LRT.

Cabe oponer respecto de consolidar **la defensa de fondo de no seguro**, en tanto niego que mi representada hubiera celebrado contrato asegurativo que ampare como riesgo cubierto la responsabilidad civil que pudiere corresponderle a la empleadora.

Que consolidar no puede ser obligada al pago de una indemnización que exceda aquellas expresamente previstas por la LRT, y consecuentemente ningún reclamo que se efectúe por la vía del derecho común puede prosperar.

Aun en el supuesto que se acreditase que la parte actora padece secuelas del siniestro denunciado, resulta indudable que el objeto de su acción contra mi mandante no consiste en el pago de las prestaciones dinerarias que fijan los Arts. 12 a 18 LRT que son las únicas obligaciones que asumiera Consolidar.

En razón de ello, y atento que la acción intentada excede el marco de cobertura de la ART corresponde hacer lugar a **la excepción de falta de legitimación pasiva** interpuesta toda vez que resulta a todas luces evidente que ART no se encuentra habilitada por la ley para asumir la calidad de demandada.

Improcedencia de la imputación genérica y abstracta formulada por la parte actora.

Cabe señalar que el actor no señala con precisión y claridad en su escrito, fundamento fáctico o jurídico alguno que permita sustentar su acción. Imputa omisiones genéricas a cargo de consolidar ART respecto a la normativa en materia de higiene y seguridad.

El planteo deviene en una serie de afirmaciones doctrinarias vagas e imprecisas, resultando abstracto improcedente y lesivo.

La realidad de los hechos. Actuación desplegada por Consolidar ART con relación a las reales obligaciones que le impone la ART.

Que su mandante cumplió cabalmente con las obligaciones que marca la LRT y sus decretos reglamentarios en relación a la empresa empleadora, realizando diversas visitas en las que se efectuaron todas y cada una de las actividades de prevención en materia de seguridad e higiene.

Que no era facultad de Consolidar ART instruir a la empleadora o al trabajador respecto del modo en que el actor debía realizar sus

tareas o, como parece pretender el actor, actuar como una especie de vigilante omnipresente del fiel cumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene por parte de la empleadora.

Omisión de acreditar el necesario nexo causal entre los supuestos incumplimientos y los supuestos daños alegatos: No basta con alegar la existencia de un presunto incumplimiento, sino que resulta

imprescindible identificar y probar no solo la configuración de dicho incumplimiento, sino además la existencia de una causalidad jurídica adecuada entre la supuesta omisión y la aparición de la supuesta enfermedad.

Subsidiariamente contesta demanda, y especialmente NIEGA

Que el actor haya comenzado a trabajar para la empleadora el día 01/02/80.

Que el actor percibiera una remuneración de \$1387,80.

Que el actor revista la calidad de medio oficial gomero.

Que efectuar las tareas descriptas en la demanda.

Es cierto que recibió una denuncia de accidente el día 23/12/03. Ahora bien, niega la mecánica del accidente. Niega que mientras inflaba un neumático de uno de los colectivos, imprevista y violentamente le saltó de un aro de una cubierta que impactó sobre su rostro, especialmente en el lado derecho, hombro y mano.

Que la empresa no le entregara al actor ningún elemento de seguridad.

Que mi representada hubiera incumplido con sus obligaciones. Que haya un nexo causal entre los hechos producidos y los daños sufridos por el actor.

Impugna los rubros reclamados. Desconoce la siguiente documentación acompañada y detallada en punto E prueba documental. Se desconoce los puntos 1 a 8, 10, 12 a 16.

Solicita la aplicación de las leyes 24307 y 24432 y decreto 1813/92.

Ofrece prueba.

CONTESTA DEMANDA LIBERTAD SRL:

Se presenta Gastón Campopiano Armayor en representación de Empresa Libertad SRL, y contesta demanda.

Plantea prescripción de la acción en virtud de las disposiciones del art 44.1 LRT.

Que la norma aludida forma parte del digesto normativo aplicable (asistimos a la pretensión de reparación de un accidente de trabajo) de manera que es indiscutible su aplicación.

Transcribe el art 44 Ley 24.557.

La prescripción de la acción del actor, resulta indiscutible, toda vez que el reclamante ha tomado conocimiento de su estado de incapacidad en fecha 30/5/2006 por medio del dictamen de la comisión médica central.

Si hacemos cronología de los hechos, el actor debió iniciar la causa hasta el día 29/5/2008.

Cuando se acciona reclamando la reparación integral con fundamento en el art. 1113 CC, el plazo de prescripción es el previsto en el art. 258 LCT, pues aun cuando la acción se funda en normas del derecho común, no se modifica el carácter de la relación laboral entre las partes.

Efectúa negativas:

Niega que la demanda se encuentre ajustada a derecho, que haya desarrollado las tareas como las describe.

Que el actor cumplía tareas diferentes a las de gomero.

Niega la veracidad de toda la documentación agregada por el accionante en la presente demanda.

La verdad de los hechos es que el actor interpone una acción de cobro de pesos, procurando la inaplicabilidad al caso de marras de las normas contenidas de la LRT, ajustando su reclamo a las normas de derecho común.

En modo alguno ello puede ser procedente, por cuanto es innegable el vínculo de naturaleza laboral entre el demandante y su mandante, asumiendo la ART una obligación de garantía ante un siniestro.

Que de las constancias de autos surge con indudable claridad que el reclamante ha percibido y aún percibe pagos por parte de la ART, por lo que el demandante voluntariamente se ha sometido a las disposiciones de la ley 24.557.

En conclusión, no adeuda suma alguna por los conceptos demandados, ya que por un lado las indemnizaciones tarifadas de la ley 24.557 han sido percibidas y por otro lado la acción que eventualmente poseyera, se encuentra prescripta.

Ofrece prueba documental.

CONTESTA TRASLADO LA ACTORA: A fs. 200/203 contesta la actora planteos de falta de legitimación y falta de acción.

Manifiesta que la demandada Consolidar ART interpone excepción en atención a que no resulta responsable civilmente por las consecuencias dañosas de la actora, arguyendo que tiene funciones

específicas asignadas por la ley 24.557 que la limitan en su objeto y que solo puede ser responsable por las prestaciones en especie.

En relación a la excepción de prescripción planteada por ambas demandadas:

Que en el caso de autos, la denuncia fue formulada en la fecha que ocurrió el siniestro el día 23/12/2003, siguiendo todo el trámite administrativo que ello implica hasta que en fecha 13/5/2008 tuvo lugar el dictamen de comisión. Por ello fue recién a partir de allí que el actor pudo mensurar el daño ocasionado.

Cita jurisprudencia en relación al art 44 LRT y solicita se desestime la pretensión.

INFORME PSICOLÓGICO: a fs. 246 presenta informe la licenciada Lilia Rodríguez Fabio

PERICIA PREVIA: a fs. 251/255 presenta pericia médica el Dr. Adrián Cunio.

APERTURA A PRUEBAS: en fecha 26/2/2014 se dispone la apertura a prueba.

SENTENCIA: En fecha 11 de noviembre de 2015 se resuelve rechazar el planteo de inconstitucionalidad arts. 72, 73 y 74 ley 6204

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN: en fecha 21 de marzo de 2017, se lleva a cabo la audiencia de conciliación prevista por el art 69 ley 6204, compareciendo el letrado sustituto de la actora, Dr. Tello, el Dr. Campopiano por Libertad SRL y el Dr. Rillo Cabanne por Consolidar ART. No arribando a conciliación alguna entre las partes, se dispone a proveer las pruebas ofrecidas.

INFORME DEL ACTUARIO: en fecha 8/6/0824/8/22 se produce informe del actuario y se ponen los autos a la oficina para alegar.

ALEGATOS: en fecha 3/8/2018 se decretan los alegatos del actor y de ambas partes demandadas.

DICTAMEN FISCAL: en fecha 6/2/2024 emite dictamen Fiscal, por las inconstitucionalidades planteadas por el actor.

PASE A RESOLVER: en fecha 6/9/2023 se ponen los autos a despacho para resolver.

CONSIDERANDO

I. HECHOS RECONOCIDOS POR LAS PARTES Y NO CONTROVERTIDOS.

Conforme los términos de la demanda y su responde constituyen **hechos admitidos** expresa o tácitamente por las partes:

1) Que el actor tenía cobertura de Consolidar ART (hoy Galeno ART). Ello conforme la documentación adjunta en autos y sobre todo el propio reconocimiento de la demandada.

2) Que el actor sufrió un accidente de trabajo en fecha 23/12/03, y que recibió cobertura de la ART demandada, reconocido por las demandadas.

3) Que en fecha 30/5/06 la Comisión Médica Central (otorga retiro transitorio por invalidez) mediante el cual se resolvió: Chávez Américo Orlando, presenta 70% de incapacidad, si reúne las condiciones exigidas en el inc. a) art. 48 ley 24.241 para acceder al beneficio de retiro transitorio por invalidez.

4) Que en fecha 02/10/2007 emite dictamen comisión médica, trámite: re-examen antes del 3 año art. 50 párrafo 2 Ley 24241. Dictamina: El Sr. CHAVEZ Américo Orlando presenta un porcentaje de invalidez del 70%. Dictamen que prorroga el beneficio hasta el cumplimiento de los 3 años.

5) Dictamen de comisión médica jurisdiccional de Tucumán de fecha 13/5/2008 determinando una incapacidad del 80,42%.

6) Que se abonó al Sr. CHAVEZ, por la incapacidad determinada en comisión médica, la suma de \$93.744,37 por indemnización por incapacidad, más \$40.000 pago único conforme ley, reconocido por el actor en coincidencia con la ART demandada.

7) **PRUEBA DOCUMENTAL:** Se evidencia de las constancias de autos, que el actor no ha realizado en la etapa procesal oportuna una negativa categórica o impugnación detallada de la documentación que cada una presentó en la causa y le atribuyó a la otra, conforme lo prevé el artículo 88 del CPL.

En relación a **la demandada Consolidar ART**, efectuó desconocimiento, refiriendo: "desconoce por no constarle su autenticidad la documentación acompañada por el actor y detallada en punto) PRUEBA DOCUMENTAL. A saber, se desconoce la documentación detallada en puntos: 1 a 8, 10, 12 a 16".

En relación a ello cabe destacar que los puntos a los que alude (y a los que me remito en honor a la brevedad), refieren a documentación emanada de terceros (certificados médicos), respecto de los cuales no resultaba necesario impugnar, por no ser documentación atribuible a su parte, o emanada de la misma.

Dichos instrumentos constituyen documentos privados emanados de terceros. Por lo tanto, para analizar el valor probatorio de los mencionados informes médicos, debe verificarse si fue incorporado al proceso, y autenticado, en la forma que prescribe el Digesto de Rito (Confr. Art. 337 CPCC supletorio).

Los instrumentos acompañados por el actor, no constituye plena prueba en contra de la demandada, ya que ha sido confeccionado en forma unilateral por terceros (con la salvedad de los Informes de Comisiones Médicas, que se examinarán más adelante), y sin intervención, ni contralor de la contraria; por lo que no se le pudo atribuir autenticidad al haberse omitido el trámite del Art. 337 CPCC supletorio. Además, respecto del mismo, la contraria no ha tenido la oportunidad de ejercer su facultad de contralor en relación al examen como a sus conclusiones, como hubiese sucedido si el tercero

era citado al juicio a reconocer el instrumento, donde la contraria, podría haberlo indagado o preguntado, por las conclusiones que en dicho documento expresan.

En definitiva, para que el informe de un médico adquiera autenticidad y validez como prueba (instrumental emanada de tercero), debe necesariamente acudir al medio de prueba testimonial de reconocimiento y ratificarse su contenido y la firma inserta (Art. 337 CPCC, supletorio); ya que es la única forma que la contraria pueda participar de la incorporación de la prueba al proceso, e indagar o preguntar sobre sus contenido, cosa que no ha sucedido.

En relación a la (i) copia fiel del Dictamen de Comisión Médica del 02/10/2007 (02 fs.); (ii) copia fiel del Dictamen de la Comisión Médica Central del 30/05/2006 (05 fs.); y (iii) copia fiel del Dictamen de la Comisión Médica por Incapacidad laboral del 13/05/2008 en 03/ fs.); considero que se trata de copias certificadas o autenticadas de documentación administrativa.

Es que los dictámenes agregados a los expediente tramitado ante la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (en adelante SRT), o bien ante la SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES de la SRT, constituyen *documentación administrativa, emanada de órganos de la administración en ejercicio de sus funciones (funcionarios o agentes públicos) cuya autenticidad debe ser presumida, salvo prueba en contrario, conforme jurisprudencia que comparto.*

En efecto, el Címero Tribunal Provincial -en jurisprudencia que comparto- ha dicho que: "...La carga del reconocimiento que instituye, la norma citada - el artículo 337 del CPCyC -, está referida a los instrumentos "privados" emanados de terceros mientras que, en el sub iudice se trata de certificados médicos e historia clínica expedidos por un profesional médico dependiente de un nosocomio público (Hospital Colonia - Dr. Juan Manuel Obarrio-), en ejercicio de las funciones que allí desempeña. Aun cuando se comparta que tales documentos no son instrumentos públicos, esto no conduce a que deba reputárselos como instrumentos privados, sencillamente porque no son privadas sus actuaciones, sino que éstas se encuentran enmarcadas en la órbita de la función pública. Por eso, al margen de la distinción entre instrumentos públicos y privados que contiene la legislación civil sustantiva,

se ha sostenido que los documentos administrativos, confeccionados por un agente de la Administración que -como en el caso de autos- no tiene atribuida legalmente la facultad de dar fe pública, "son pruebas escritas, se presumen documentos auténticos mientras no se pruebe lo contrario [de modo que] hacen fe de su otorgamiento, de la fecha y de las declaraciones que haga el funcionario que los suscribe, pero es innecesaria la tacha de falsedad para desvirtuarlos -como instrumento público-; pueden ser contrarrestados por cualquier clase de prueba" (cfr. Hutchinson, Tomás, Derecho procesal administrativo, t. III, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 105/106). Ese principio que le reconoce, ab initio y sin necesidad de otros trámites complementarios, valor probatorio a los documentos administrativos que no emanaren de fedatarios, ha sido receptado positivamente por el Código Procesal Administrativo (CPA), el cual, en su artículo 51, dispone que **"las actuaciones cumplidas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones hacen plena fe de su contenido, hasta tanto no se pruebe lo contrario"**. La existencia de una disposición específica en el digesto que rige al denominado Contencioso Administrativo, pone en evidencia el error de la sentencia bajo recurso de exigir, en el caso, el reconocimiento que menta el artículo 337 del CPCyC (cfr. arg. a contrario art. 47 del CPA), a la vez que, el tenor de la norma aplicable a la materia de autos, determina que **no resulte suficiente un desconocimiento genérico del contenido de los instrumentos en cuestión, sino que la presunción legal debe ser refutada mediante prueba en contrario."** (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Laboral y Contencioso Administrativo - FERNANDEZ SIXTO GUILLERMO Vs. DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nro. Sent: 442 Fecha Sentencia 26/04/2016). Lo resaltado me pertenece.

Además, tengo en cuenta que no se acompañaron "copias simples", sino que se trata de "copia fiel" firmada por los responsables administrativos, que dan fe de su autenticidad, mientras no se pruebe lo contrario.

En cuanto al resto de la documental que no son los certificados médicos; me refiero a las "actas" (actas de matrimonio, nacimiento y copias de DNI), resultan copias de instrumentos públicos (en el caso de las actas de nacimiento y matrimonio), y copias simples en el caso de los DNI; y siendo del

caso mencionar -respecto de los primeros- que no alcanza con la mera negativa, ya que para lograr impugnar su autenticidad (como instrumento público), se debe acudir a la redargución de falsedad. En el caso de las copias de los DNI, considero que le resultan aplicables los mismos fundamentos que me conducen a tener por válidas las copia de los dictámenes de Comisiones Médicas; esto es, se trata de documentos o instrumentos administrativos, que si bien son "emanados de terceros", lo cierto es que al ser emanados de entidades públicas, no deben ser reconocidos (registro civil y de capacidad de las personas, en caso de los DNI; no requieren una autenticación especial; no siendo suficiente la mera negativa, como ya se dijo respecto de los Dictámenes de las comisiones médicas; a lo que me remito en honor a la brevedad.

Por último, en cuanto a los recibos de sueldo, siendo instrumentos emanados de la empleadora, no tenía obligación de negar su autenticidad la ART aseguradora.

Por su parte, **la demandada Libertad SRL** no realizó ningún tipo de cuestionamiento a la documentación que la demandada le atribuye y que fuera presentada oportunamente por la demandada.

En este sentido cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia ha considerado que: "El art. 88 del CPL dispone que "Las partes deberán reconocer o negar categóricamente los documentos que se les atribuyen y la recepción de las cartas, telegramas y facsímiles que les hubieran dirigido. El incumplimiento de esta norma determinará que se tenga por reconocidos o recibidos tales documentos... y que "En su responde, el accionado niega, en forma genérica, 'toda validez probatoria y autenticidad a la documentación acompañada por el actor con su demanda'. Por imperio del artículo 299, inciso 2°, primer párrafo, 'in fine' del C.P.C. y C. -de aplicación supletoria al fuero laboral-, el silencio, las respuestas evasivas o ambiguas, o la negativa meramente general en el responde, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de esos hechos y, respecto de los documentos, se tendrán por auténticos los mismos. Se subrayan los verbos, 'podrán' y 'tendrán', utilizados por la disposición legal, para destacar que en el caso de los hechos, es facultad del tribunal estimarlos como reconocidos, mientras que respecto a

los documentos, el mandato legal es imperativo y si no se niega concreta y puntualmente, se los debe tener por auténticos" (CSJTuc.,

"Tula Domingo Venancio vs. Transporte Miglio S.A. s/ Cobro de Pesos", sentencia N° 219 del 31-3-1999). Se advierte entonces que, la genérica declaración de la demandada, no cumple con el requisito de negativa categórica que impone el art. 88 del CPL.". (Sala Laboral y Contencioso Administrativo, sentencias 544 del 09/05/17 y 318 del 04/05/2000).

En definitiva, la norma -respecto de la prueba documental que se atribuye a la contraria- resulta clara en cuanto al "*deber de negar o impugnar la autenticidad en forma categórica*" y, frente a la omisión de hacerlo, ya sea por no cumplir la carga al contestar, o bien, para el caso de la actora en el marco de la audiencia del artículo 71, conforme el artículo 88, inc. 2 del CPL, debe tenerse al o a los *instrumentos "por reconocidos"* (documentos que se atribuyen a la contraria); o bien: por "*recibidos*" (los telegramas o cartas atribuidos a la contraria) por imperio de la ley.

Ello, insisto, porque la propia ley procesal lo dice en forma clara, categórica y aseverativa ("*... determinará que se tenga por reconocido o recibidos tales documentos*", art. 88, 1er. párrafo, del CPL).

En ese contexto, concluyo que se debe tener "por auténtica y reconocida" la documental que cada parte le imputa a la contraria; y por remitidas o recibidas las misivas, que cada parte le atribuye a la otra, tal como lo indica la norma procesal antes mencionada. Así lo declaro.

II. HECHOS CONTROVERTIDOS

En consecuencia, las cuestiones controvertidas y de justificación necesaria sobre las cuales debo emitir un pronunciamiento son:

- 1) Inconstitucionalidad art. 39 LRT**
- 2) Excepción de prescripción de la acción.**
- 3) Inconstitucionalidad de los arts. 14, 15, 19, 8, 21, 22, 1, y 46 de la Ley 24.557 y Dcto. 717-96 y 491/97 planteada por el actor en su demanda.**
- 4) Daños y perjuicios con fundamento en el art. 1113 y 1109 del Código Civil, responsabilidad de la demandada Libertad SRL;**
- 5) Responsabilidad de Consolidar ART (Galeno ART S.A.). Defensa de no seguro (falta de legitimación pasiva).**
- 6) Rubros e importes reclamados.**
- 7) Aplicación de leyes 24.307 y 24.432 y decreto**

1813/92.

8) Intereses, costas y honorarios.

III. PLEXO PROBATORIO

Corresponde entonces, en forma preliminar, verificar y examinar además de las cuestiones propuestas, el plexo probatorio rendido en autos, para luego ingresar a ponderar y valorar las pruebas que considero conducentes para la resolución del caso. La plataforma probatoria obrante en autos es la siguiente:

A) Pericia médica previa: a fs. 251/255 presenta pericial médica el Dr. Adrián Cunio.

B) PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA:

Documental: conforme cargo de fecha 06 de marzo de 2009: adjuntando: Tasa de justicia, Ley 6059, Poder ad litem, copias simples en 13 fs., acta de matrimonio autenticada, acta de nacimiento 01 fs., copias de certificados médicos en 12 fs., certificados médico en 05 fs., copia certificada por Máxima AFJP 01 fs. de datos del discapacitado, estudio realizado por Hospital Privado de ojos 02 fs., copia historia clínica en 10 fs., copia certificada por superintendencia AFJP de dictamen de comisión médica en 02 fs., copia certificada por SAFJP de dictamen de comisión médica en 05 fs., copias certificadas por Superintendencia AFJP en 04 fs., copia examen médico en 02 fs., impresión de Historia Clínica (BBVA) CONSOLIDAR en 08 fs., 32 recibos de haberes , 29 recibos de pagos de Prestaciones, 01 Telegrama Ley 23.789, 03 cartas documentos, 01 telegrama OCA, talón para Beneficiario OCA 01 fs., informe médico MATSA 01 fs., 05 análisis Bioquímicos y Bacteriológicos, copias de análisis en 09 fs., impresión de órdenes de pagos de Departamento Siniestros (Consolidar) en 29 fs., notificación para Examen Médico en 05 fs., copias para expediente en 77 fs., 2 juegos de copias para traslado en 22 fs. c/u. 293/09.

Informativa: fs. 395 contesta oficio Sanatorio Galeno manifestando que no obra en su poder documentación del año 2003.

Fs. 397/400 contesta oficio SET informando que en el periodo comprendido en entre el 23/12/2002 y el 23/12/2003 no existen expedientes iniciados o gestionados por incumplimientos a las normas de higiene y seguridad en contra de Libertad SRL ni en contra de Consolidar ART (actual Galeno ART).

A fs. 402/423 contesta oficio SRT adjuntando historial del actor en el cual las ART declaran los infortunios.

A fs. 425/465 contesta oficio oficina de Homologación y visado de la Superintendencia de Riesgo de Trabajo, remitido por Secretario técnico/letrado de la Comisión Medica nº 1.

A fs. 467/792 contesta oficio Galeno ART.

Fs. 803/805 contesta oficio Traumatología y Ortopedia SRL, adjuntando historia clínica.

Fs. 807/808 contesta oficio AFIP.

Fs. 811/820 contesta oficio Sanatorio del Norte SRL.

Fs. 826/851 AFIP adjuntando historial laboral.

Fs. 871/873 contesta Galeno ART informando que estuvo a cargo de la totalidad de las prestaciones en especie, médicas y gastos del siniestro en cuestión. Se acompaña detalle de la totalidad de los gastos del caso.

Absolución de posiciones: a fs. 883 absuelve posiciones el apoderado de Consolidar ART.

A fs. 894 absuelve posiciones el abogado de la demandada Libertad SRL.

Pericial Psicológica: a fs. 908 rola adjunto informe psicológico, emitido por la licenciada Maria del Rosario Contreras.

A fs. 956/1257 contesta oficio Galeno ART: acompaña constancias relativas al siniestro del actor, constancias médicas del caso desde la fecha del siniestro hasta el alta médica, incluida la denuncia del siniestro. Con relación a la documentación e información solicitada relativa a prevención de riesgos, visitas, planes, en fin, todo lo relacionado a prevención de accidentes de trabajo, teniendo en cuenta que el siniestro es de 2003 y el contrato con la empleadora se encuentra rescindido desde el año 2006, no resulta posible individualizar los puntos 1 a 9 requeridos en el oficio a fin de rastrear dicha documentación.

C) PRUEBAS DE LA DEMANDADA LIBERTAD SRL:

Constancias de autos: escrito de demanda en lo que me beneficie, contestación de demanda.

Pericial médica: no producida.

D) PRUEBAS DE LA DEMANDADA CONSOLIDAR

ART:

Documental: constancias de autos, en lo que resulte favorable a mi conferente, intercambio telegráfico remitido por Consolidar ART al Sr. CHAVEZ y a la empresa Libertad SRL

Pericial médica: no producida

Exhibición: solicita a la empresa Libertad SRL adjuntar recibos de sueldo de los doce meses anteriores a la fecha del siniestro (cédula fs. 1300) no da cumplimiento la empresa demandada.

Informativa: a fs. 1312/1313 contesta oficio SRT

A fs. 1327/1336 contesta oficio SRT-Comisión médica, adjunta dictamen.

Pericial contable: no producida

Pericial Higiene y seguridad: no producida

IV. PRIMERA CUESTIÓN : Inconstitucionalidad

del art. 39 de la LRT:

Advirtiendo que la norma referida, cuestiona la acción civil en contra del empleador, y siendo que el reclamo se limita a un reclamo de derecho común, entiendo necesario resolver en primer lugar el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 LRT.

Adelantando mi opinión, propongo admitir el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, deducido por el actor. Ello así por cuanto el principio de igualdad ante la ley y no discriminación se encuentra constitucionalmente enunciado en el art. 16, que establece que "todos sus habitantes son iguales ante la ley", sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros (art. 20 CN), correlacionado con lo dispuesto en la ley fundamental, en el art. 75 inc. 19, cumplimentado y ampliado inclusive, a través de lo dispuesto en el inc. 22 de ese mismo artículo, en lo relativo a tratados y pactos internacionales jerarquizados constitucionalmente.

Basta analizar el art 39, apartado 1, de dicha normativa, para concluir que la privación que sufren las víctimas de infortunios laborales de acceder a la tutela civil para la reparación de los daños, se encuentra en contraposición con el derecho que gozan todos los habitantes conforme al

derecho común.

Resulta evidente que la normativa mencionada busca alterar la normativa constitucional de los derechos que le caben a aquellos que resultan afectados por actos u omisiones dañosas calificadas como culposas, como emerge de lo dispuesto en el art. 19, de nuestra ley fundamental, pero lo hace trascender en su postura inconstitucional, no sólo al dependiente sino también a sus derechohabientes, violentando el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, expresada en el art. 16 CN y pactos internacionales. Como el reclamo se funda en el principio de integridad de la reparación, éste queda cercenado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 39 de la ley 24.557, quedando también conculcada la disposición contenida en el art. 14 bis CN.

En consecuencia, el art. 39, apartado 1, hace un distingo inaceptable entre cualquier habitante de la Nación, hacia los terceros

que lo dañan y perjudican, con los dependientes, que, por su carácter de tal, resultan dañados e incapacitados por la forma de prestar su dación de tareas hacia su principal, o el medio ambiente en las que se llevan a cabo.

De este modo, resulta pertinente para decidir la cuestión en análisis, seguir los lineamientos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Aquino , Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A." del 21/09/04, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, en el que concluyó que ésta disposición es inconstitucional en cuanto impide al trabajador acceder a una indemnización que contemple la reparación integral del perjuicio sufrido, sosteniendo que: "...El régimen del art. 39 inc. 1º de la ley de riesgos del trabajo, en cuanto exime de responsabilidad civil al empleador frente al daño sufrido por el trabajador, no tiende a la realización del principio constitucional de la justicia social sino que, marcha en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formula una preferencia legal inválida por contrariar dicho principio..." y que "...Es un hecho notorio que la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (v. Fallos: 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915 (Art. 17). Es decir, el sistema de la

Ley de Riesgos del Trabajo se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite la indemnización que no sea la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida. De tal forma, la norma citada, al excluir sin reemplazar con análogos alcances, la tutela de los arts. 1.109 y 1.113 del C.C. ha vulnerado el art. 14 bis y otras normas internacionales de jerarquía constitucional y no ha tendido a la realización de la justicia social; antes bien, ha marchado en sentido opuesto, al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más amplio que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional, en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non ladere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales". En este orden, es de destacar que la Corte Suprema de la Nación ha establecido que nada impide que la víctima de un infortunio laboral, luego de percibir la indemnización

por incapacidad permanente a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo, pretenda obtener una reparación por la vía del derecho común de parte del empleador, previo planteo de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley de accidentes y riesgos del trabajo 24.557, ya que la percepción de la reparación tarifada sólo importa, para el reclamante, el sometimiento voluntario a las normas relativas a dicha reparación, más no al resto de las disposiciones de la citada ley especial, sin que exista interdependencia o solidaridad inexcusable entre unas y otras. Asimismo, cabe recordar que, conforme lo expuesto, el trabajador recibió del sistema de riesgos del trabajo, un capital inferior al que se ha mensurado para el caso de aplicarse las normas del derecho común, resulta claro que el trato diferenciado que brinda a la víctima de un infortunio el régimen de la L.R.T., por el solo hecho de revestir la condición de dependiente en una relación laboral, constituye un agravio al art. 16 de la Constitución Nacional, pues confiere un trato notoriamente desigual en situaciones iguales, toda vez que la calidad de "trabajador" no puede en ningún caso constituir un elemento que justifique una discriminación. Antes bien y

conforme lo he adelantado, el art. 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo goza de la protección de las leyes, por lo que la relación de dependencia sólo puede ser considerada por el legislador para mejorar la solución legal frente a las demás personas en una situación determinada, pero nunca para empeorarla. En definitiva, lo que se está violentando con la norma en cuestión es el principio y fundamento mismo del derecho del trabajo y de la seguridad social, que encuentra su razón de ser en la necesidad de tutelar a la parte más débil del contrato de trabajo. En este sentido la jurisprudencia se ha pronunciado diciendo: Es procedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que consideró que la víctima de un siniestro laboral, luego de haber percibido la indemnización tarifada a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo, de conformidad con la ley 24.557 (DT, 1995-B, 1980), no podía reclamar por la vía del derecho civil contra el empleador -previo planteo de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la citada ley-, omitiendo ponderar las razones que darían sustento a esta solución, máxime por tratarse de prestaciones de carácter alimentario, tendientes a asegurar la subsistencia del trabajador afectado por un infortunio laboral y su familia (del voto de la doctora Highton de Nolasco) "Sentencia de Fecha: 12/06/2007 Causa:" Llosco, Raúl c. Irmí S.A. "LA LEY - IMP 2007-15 (agosto), 1489 - DT 2007 (julio), 827 - LA LEY, con nota de Leonardo G. Bloise - LA LEY 2007).

Por lo expuesto y considerando que la norma cuya validez constitucional se cuestiona, constituye una clara discriminación "peyorativa" de los trabajadores por su sola condición de tales, violando así el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de nuestra Carta Magna, y aun cuando a la fecha de la presente sentencia, la norma resulta derogada; concluyo en que corresponde hacer lugar a la tacha de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Así lo declaro.

V. SEGUNDA CUESTIÓN: Prescripción de la acción.

Consolidar ART SA opone defensa de prescripción, por considerar que ha transcurrido en exceso el plazo bianual fijado por el art. 4037 del CC para el ejercicio de la acción que pretende incoar.

La propia actora es la que denuncia como fecha del accidente de trabajo con lo cual la acción deducida respecto de tal supuesta

afección se encuentra prescripta.

Desde la fecha denunciada hasta la fecha en que se habría iniciado la presente demanda, ha transcurrido en exceso el plazo de dos años previstos para la prescripción.

Por su parte, **Libertad también plantea la prescripción de la acción** en virtud de las disposiciones del art 44.1 LRT.

Que la norma aludida forma parte del digesto normativo aplicable (asistimos a la pretensión de reparación de un accidente de trabajo) de manera que es indiscutible su aplicación.

La prescripción de la acción del actor, resulta indiscutible, toda vez que el reclamante ha tomado conocimiento de su estado de incapacidad en fecha 30/5/2006 por medio del dictamen de la comisión médica central.

Si hacemos cronología de los hechos, el actor debió iniciar la causa hasta el día 29/5/2008.

Cuando se acciona reclamando la reparación integral con fundamento en el art. 1113 CC, el plazo de prescripción es el previsto en el art. 258 LCT, pues aun cuando la acción se funda en normas del derecho común, no se modifica el carácter de la relación laboral entre las partes.

La actora a fs. 200/203 contesta planteo de falta de acción, manifestando que, en el caso de autos, la denuncia fue formulada en la fecha que ocurrió el siniestro el día 23/12/2003, siguiendo todo el trámite administrativo que ello implica hasta que en fecha 13/5/2008 tuvo lugar el dictamen de comisión. Por ello fue recién a partir de allí que el actor pudo mensurar el daño ocasionado.

Planteada así la cuestión, considero oportuno en primer lugar referir que el reclamo se ha efectuado como una acción resarcitoria de naturaleza civil.

Ahora bien, en lo que respecta al cómputo del plazo, corresponde efectuar una reseña normativa. El art. 256 de la LCT que resulta de aplicación a los créditos laborales dispone el plazo de prescripción el de 2 años, pudiendo interrumpirse por reclamo administrativo, pero en ningún caso dicha interrupción será superior a un plazo mayor de 6 meses.

A su vez el art. 4037 del Código Civil dispone, que

prescribe por dos años la acción por responsabilidad extracontractual.

En la norma específica de riesgo, dispone la ley 24.557 en su art. 44 de la Ley 24.557, que las acciones nacidas al amparo de esta ley prescriben a los dos años, desde la fecha en la cual la prestación debió ser abonada o prestada, y en todo caso, desde el cese de la relación laboral.

Todas las normas referidas, contienen en su disposición el plazo de prescripción es de dos años.

Ahora bien, las referencias efectuadas en relación a la aplicación del art. 44 de la ley 24.557, resulta equivocado, advirtiendo de la letra de la norma, que la misma establece su aplicación para las acciones nacidas al amparo de esta ley, es decir la ley 24.557, por lo que, en virtud de los reclamos efectuados por el actor (circunscriptos exclusivamente al derecho civil), debemos estar a las disposiciones del art. 256 y cctes de la LCT.

Tiene dicho la jurisprudencia en relación que: Cuando se acciona reclamando la reparación integral con fundamento en el art. 1113 del Cód. Civil el plazo de prescripción es el previsto en el art. 258 L.C.T., pues aun cuando la acción se funde en normas del derecho común no se modifica el carácter de la relación laboral habida entre las partes, de modo que, a los fines del cómputo del plazo de prescripción, no corresponde tomar en cuenta lo dispuesto por el art. 4037 del Código Civil (Corte suprema de Justicia de la Nación in re Franco, Cantalicio c/Provincia del Chaco del 10/6/92). Sala V, S.D. 70.307 del 11/12/2007 Expte. N° 28.323/05 Paz Hugo Armando c/Radiotrónica de Argentina S.A. y otro s/accidente-acción civil. (S.-Z.).

Para verificar el momento a partir del cual debe computarse tal plazo de prescripción de dos años, tengo presente que surge del Art. 258 LCT que las acciones provenientes de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedades profesionales prescribirán a los dos (2) años, a contar desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima siendo lo decisivo entonces, **la determinación de la incapacidad.**

Que si bien en fecha 30/5/06 la Comisión Médica Central efectuó dictamen, el mismo fue en virtud de un trámite (POR RETIRO POR INVALIDEZ), el que si bien resolvió que CHAVEZ Américo Orlando, presentaba un 70% de incapacidad, reuniendo las condiciones exigidas para acceder al beneficio de retiro transitorio por invalidez; dicho trámite lo fue en el

marco de la ley previsional 24.241, la que establece un procedimiento para tal trámite, disponiendo que la comisión médica dispone de **un plazo posterior a dicho dictamen, de 3 años, para expedirse en relación al beneficio y su carácter, definitivo, o no.**

Continuando con tal trámite, en fecha 02/10/2007 emite dictamen comisión médica, trámite: reexamen antes del 3 año art. 50 párrafo 2 Ley 24241. Dictamina: El Sr. CHAVEZ Américo Orlando presenta un porcentaje de invalidez del 70%. Dictamen que prorroga el beneficio hasta el cumplimiento de los 3 años.

Se advierte de dichas actuaciones, el carácter transitorio en sus determinaciones, ya que a la fecha del segundo dictamen referido (de fecha 2/10/2007) aún no se encontraba concluido el proceso para la determinación del carácter definitivo de la incapacidad, insisto en el marco previsional.

De ello se infiere que tales actuaciones, no pueden ser consideradas en absoluto para entenderse que el actor podría tener conocimiento cierto, definitivo y determinante de su incapacidad, como para poder acceder a un reclamo de las secuelas producto del accidente sufrido.

Existe dictamen médico de Comisión Médica (SRT) de fecha 13/5/2008, el que determina un porcentaje incapacitante de **CARÁCTER DEFINITIVO del (80,42%)**, a partir del **cual la ART demandada efectúa el pago de la prestación dineraria correspondiente a dicha incapacidad**, a partir del cual estamos entonces ante una situación concreta y determinante del momento en el cual existió certeza del damnificado de los alcances del daño.

Como principio rector, citando a los Dres. Trigo Represas y Cazeaux la prescripción comienza desde que ésta existe, por lo cual se puede afirmar que el curso de la prescripción se inicia desde que el crédito es exigible. A la inversa la prescripción no corre mientras no existe una posibilidad actual de ejercitar una acción, cuando ésta todavía no ha nacido. TRIGO REPRESAS, Félix A. y CAZEAUX, Pedro N. ob cit. p. 533.

En materia de responsabilidad civil la Corte Suprema Justicia ha dado algunas pautas rectoras para determinar el momento de inicio de la prescripción: la prescripción, comienza a partir de que los daños
asumen un carácter cierto y susceptible de

apreciación, y, por consiguiente esas fechas constituyen el punto de partida del plazo respectivo.

Por otra parte -se sostuvo- *"...no obsta a ello la circunstancia de que los perjuicios pudieran presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues -como ha establecido en casos similares el Tribunal- el curso del plazo de prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro"* (Fallos: 207:333; 300:143). Holway, María Raquel y otra c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios. H. 51. XXIII.08/08/1996- Fallos: 319:1403.

Por su parte, nuestro Címero Tribunal Local ha seguido esas mismas líneas directrices emanadas del Superior Tribunal de la Nación, explicando con toda claridad que en las acciones de daños y perjuicios, el cómputo del plazo de la prescripción (dies a quo), **no comienza desde el siniestro en sí, sino desde el daño**, y aclara que ello sucede **cual la víctima cuenta con la información relativa a su salud y a la incapacidad resultante, que sea necesaria y suficiente para demandar ; y luego agrega que "...Lo que se requiere no es un conocimiento subjetivo, sino una razonable posibilidad de información por parte del actor', información sin la cual, agrego yo, una demanda podría devenir inconsistente y hasta temeraria. Por ejemplo, mientras el trabajador se encuentra en período de convalecencia, bajo tratamiento y sin certeza alguna sobre si la dolencia es permanente o transitorio."** Lo que se indemnizan son incapacidades y no accidentes.

En el caso concreto advierto que el actor recién cuenta con un dictamen de incapacidad de carácter "permanente" y "definitiva" el 13/05/2008 (ver fs. 420; en especial fs. 423, donde se indica que el porcentaje total de incapacidad es de tipo "permanente" y de carácter "definitiva"; que es - según mi criterio- cuando el actor realmente pudo tener conciencia e información médica suficiente, que le indicaba que su dolencia (producto del accidente de trabajo sufrido), **se había consolidado, y había adquirido el carácter de permanente y definitiva.**

Es más, si examinamos el dictamen de fs. 412 (del 24/05/2005), se advierte que la propia comisión médica que emite el dictamen indica que se trata de una incapacidad "provisoria" (ver fs. 415), lo que permite inferir que -en esos momentos- no podía el actor tener certeza de las reales

dimensiones del daño sufrido; y lo mismo sucede con los dictámenes que le otorgan el "retiro transitorio por invalidez"; que más allá de ser emanados de un organismo con competencia para lo previsional (ajeno al trámite propio de los siniestros laborales donde deben intervenir la Comisiones Médicas jurisdiccionales y central, la víctima y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo);

son claros en cuanto -como su palabra lo indica- se trata de dictámenes para el "*retiro **transitorio por invalidez***"; lo que -por sí mismo- permite entender que no puede ser considerado como un dictamen que otorgue certeza respecto de la consolidación del daño; esto es, el grado definitiva de incapacidad, cuya definición resulta un dato necesario para interponer la demanda.

Conforme lo reseñado hasta aquí, queda claro entonces, que el **daño asume un carácter cierto, consolidado, definitivo y susceptible de apreciación pecuniaria**, cuando el trabajador obtiene un dictamen médico del organismo laboral (en el marco de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo), que le asigna el **carácter permanente y definitivo a su invalidez**; y en el caso concreto ello sucede en fecha 13/05/2008 (ver fs. 420/423; y dictamen agregado con la documentación del actor, de dicha fecha: 13/5/2008).

Así las cosas, y teniendo presente el dictamen aludido en párrafo anterior, entonces concluyo que el momento en el cual debe considerarse que el actor tuvo efectivo conocimiento del alcance de su incapacidad 13/5/2008 (con la emisión del dictamen de la Comisión Médica de SRT), y verificándose -recién allí- el inicio del cómputo del plazo para interponer la presente acción resarcitoria por los daños sufridos (y consolidados con el dictamen antes referido).

Además, agrego que sobre la base de ese dictamen (antes mencionado), la ART decide abonar las prestaciones dinerarias del Art. 15 de la ley 24.557 y el "adicional de pago único", lo que pone en evidencia que recién en ese momento el actor podría tomar conciencia si las prestaciones de la LRT constituían, o no, una reparación integral al daño sufrido; y en caso de no serlo, quedaba habilitado para reclamar esa "reparación integral". Al respecto, también destaco que la propia ART demandada, hace referencia a dicho dictamen que le fuera notificado el 20/05/2008, donde se determinó que el Sr. CHAVEZ padecía una **I.L.P. Total y Definitiva del 80,42%**; y en base a la misma le otorga

las prestación adicional del Dcto. 1278/00 y le indica que hará la transferencia de la suma de \$ 93.744,37 conforme lo establecido por Art. 14.2.b. de la LRT y Resolución 29.346 SSN.

Es decir, la propia ART reconoce que con dicho dictamen, se consolidó el DAÑO y correspondían que se liquiden los pagos en el marco de la LRT; y por lo tanto, antes de ese momento, el actor no solo no conocía su real incapacidad (como para demandar), sino que tampoco conocía cual sería la cuantía de los montos indemnizatorios en el marco de la LRT; como para poder verificar si con ellos se obtenía, o no, una reparación integral;

y en caso de no obtenerla, estaba habilitado para el reclamo judicial de la misma.

Al respecto, la jurisprudencia que comparto tiene dicho que: "...Corresponde destacar que, en particular referencia a la prescripción de las acciones civiles contra las ART, autorizada doctrina, que comparto, ha expuesto: *"En cuanto a su cómputo (dies a quo), no comienza desde el siniestro en sí, sino desde el daño. Como ha dicho reiteradamente la CSJN, lo que se indemniza son incapacidades y no accidentes. Y la existencia del daño no concurre sino desde el momento en que la víctima cuenta con la información relativa a su salud y a la incapacidad resultante, que sea necesaria y suficiente para demandar.- 'Dicha extremo no debe confundirse con la cuantificación precisa de la tasa porcentual de incapacidad (...). Como dice Lorenzetti: 'el cómputo comienza desde que el crédito es exigible, pero se requiere que sea un tiempo útil. Ello significa que la acción debe poder presentarse ante los estrados judiciales y, si faltase algún elemento importante, no sucede el tiempo útil. Conforme lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia, esto ocurre cuando no se tiene conocimiento de la incapacidad, de su gravedad y su vinculación con el trabajo, que son los supuestos de hecho de la norma en la cual tiene su causa la obligación de indemnizar'.*- 'Y agrega a continuación: *'Lo que se requiere no es un conocimiento subjetivo, sino una razonable posibilidad de información por parte del actor', información sin la cual, agrego yo, una demanda podría devenir inconsistente y hasta temeraria . Por ejemplo, mientras el trabajador se encuentra en período de convalecencia, bajo tratamiento y sin certeza alguna sobre si la dolencia es permanente o transitoria. Recordemos que no hay prescripción sin exigibilidad, ni*

exigibilidad sin mora, ni mora sin deuda. De manera que **hasta tanto la víctima no se encuentre en condiciones objetivas de establecer, en base a una razonable posibilidad de información, que ha sufrido un daño, la prescripción no corre.** Las condiciones para demandar resultan ser entonces, según estándares de la CSJN, que el **daño sea cierto y susceptible de apreciación'** (...).- 'Por supuesto, el curso prescriptivo puede ser interrumpido o suspendido por las causas previstas en el Código Civil (...).- 'En este orden, hay que decir que las actuaciones tendentes a hacer efectivo el cobro de la tarifa sistémica no tendrían aptitud, en principio, con relación a una ulterior pretensión integral contra la aseguradora, dado que aunque el deudor sea el mismo, el objeto es diferente. De cualquier manera, cabe distinguir las hipótesis en que la ART rechaza la denuncia del siniestro, del caso en que la acepta y, por la razón que fuera, se dilata el pago del resarcimiento. En este último escenario es

posible predicar que al no tener conocimiento del quantum de la reparación sistémica la víctima carecería de información como para evaluar si existía un daño remanente imputable a la responsabilidad civil." (Ackerman, Mario E. - Rubio, Valentín -Directores-, "Revista de Derecho Laboral", 2010-1, Ley de Riesgos del Trabajo - III, "Perfiles y Matices de la Acción Civil contra las ART" por José Daniel Machado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, págs. 163/164). Por su parte, la jurisprudencia tiene dicho: "...lo determinante para que comience a correr el lapso prescriptivo no es el conocimiento por el trabajador de las enfermedades que padece, sino la noción del estado incapacitante que de ellas se deriva y de los perjuicios que las mismas le provocan (...) de modo tal que la toma de conciencia de la incapacidad por el trabajador afectado supone el pleno conocimiento del interesado de que sufre un déficit laboral permanente y no del mero hecho de ser portador de una enfermedad..." (SCJBA, sentencia del 29/10/2014, "López, Miguel Ángel c. Esso Petrolera Argentina S.R.L. s/ Ind art. 1113, C.C., etc.", Causa: L.117.271, LLBA 2015 (marzo), 201, La Ley Online: AR/JUR/59188/2014). - En similar sentido, se estableció: "Constituye criterio reiterado de este tribunal que el plazo de prescripción de la acción de derecho común por la incapacidad derivada de un accidente de trabajo (...) **debe computarse desde el momento en que trabajador pudo ejercitarla, luego de haber apreciado con objetividad la real magnitud del daño sufrido. Este plazo comienza a correr desde que el daño**

es cierto y susceptible de apreciación..." (CNAT, Sala V, sentencia del 31/5/2013, "De Miguel, Geraldine Elizabeth c. Topyed S.A. y otros s/ Accidente-Acción civil", La Ley Online: AR/JUR/37825/2013). En la misma línea interpretativa, se dijo: **"...es claro que recién cuando la Comisión Médica aludida determinó que el actor poseía 81% de incapacidad (...) por el accidente sufrido (...) [el actor] tomó cabal conocimiento de su invalidez y, en consecuencia, la prestación dineraria que le correspondía percibir con fundamento en la ley 24.557 y, a partir de allí, podía considerar que esa reparación era insuficiente para resarcir el daño y pretender una reparación integral"** (CNAT, Sala V, sentencia del 30/7/2009, "Benítez, Miguel Ángel c. Belgrano Cargas S.A.", La Ley Online: AR/JUR/27298/2009)..." (DRES.: GANDUR - GOANE - SBDAR. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Laboral y Contencioso Administrativo - in re: "CABRERA TERESA DEL CARMEN Vs. CAJA POPULAR DE AHORROS DE LA PROVINCIA DE TUCUMAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"; Sentencia 1043 del 02/10/2015).

Por tanto, teniendo en cuenta la fecha del dictamen antes citada, y la fecha de la demandada interpuesta (03/03/2009), se

advierte que el plazo de prescripción establecido por la norma del art. 4037 del Código Civil (dos años), no se encontraba cumplido.

La doctrina mayoritaria (Carlos Alberto ETALA Derecho de la Seguridad Social, Ed. Astrea, año 2007, pág.307/8) sostiene que la jurisprudencia ha aclarado que, dado que la prescripción es un medio de extinción de la acción, su cómputo debe comenzar a correr desde que ella pudo ejercerse, es decir, desde que la parte afectada estuvo en condiciones de accionar en defensa de sus derechos, por haber adquirido un cabal conocimiento del grado de incapacidad resultante de su enfermedad o accidente.

Estos mismos argumentos, son aplicables también para el planteo de prescripción realizado por la demandada (empleadora).

En consecuencia, por lo referido precedentemente, deben rechazarse los planteos de prescripción liberatoria efectuados por las demandadas en autos. Así lo declaro.

VI. TERCERA CUESTIÓN: inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 6, 8, 9, 14, 15, 21, 22, 39, 40, 46 y 49 cláusula adicional primera de la ley 24.557 y del segundo párrafo del art. 75 de la ley 19.587.

Previamente cabe recordar que el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia, y sólo es practicable, en consecuencia, como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales exámenes, debe estimarlos como la "última ratio" del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad así lo requiera.

Sobre esta cuestión la CSJT sostuvo: "La declaración de inconstitucionalidad habrá de recaer sobre una regla jurídica necesaria para dirimir la suerte de la litis, cuya definición debe depender directamente de la validez o invalidez de la norma cuestionada. En consecuencia, no basta citar las normas constitucionales que se afirman vulneradas, pues resulta menester demostrar la concreta trasgresión al derecho que se considera afectado, indicando las razones por las cuales existe la denunciada incompatibilidad entre la norma legal aplicada y la Constitución Nacional y Pactos Internacionales (cfr. CSJT, sentencia N° 705 del 06/08/07)

Inconstitucionalidad art. 1 de la Ley 24.557 : El actor en autos plantea la inconstitucionalidad, por entender que la obligación legal de accionar por resarcimiento del daño padecido exclusivamente de

acuerdo a las disposiciones de la LRT, excluye la posibilidad de que se accione por el derecho común.

Cabe señalar que el art. 1 de la LRT establece que el marco normativo del sistema de riesgos, accidentes y enfermedades del trabajo se regirá por la Ley 24.557 y sus normas reglamentarias. De igual modo establece los objetivos de la ley (reducir la siniestralidad, reparar los daños por accidentes y enfermedades profesionales, promover la recalificación y la recolocación de los damnificados y promover la negociación colectiva para prevenir y reparar los riesgos y daños).

La norma atacada impone al trabajador la obligación legal de acotar su acción por resarcimiento a las normativas de la Ley 24.557, lo que excluye otras acciones entre las cuales se encuentra la acción civil de indemnización integral.

Esa distinción vulnera claramente la normativa constitucional de igualdad ante la ley, prevista en los artículos 16 y 20 de la

Constitución Nacional y de los pactos internacionales con jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (3° párrafo de los considerandos y preámbulo), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1°, 2° y 7°), Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054, art. 24); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 23.313 preámbulo, artículos 1, 2, 14 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 23.313, parte II, artículo 2, párr. 2°, 4 y 5).

También el art. 75, inc. 25 de la Constitución Nacional ordena al Congreso a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución.

La limitación del art. 1 de la LRT, dirigido exclusivamente al trabajador, vulnera tanto el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) como también la disposición referida a "las acciones u omisiones que perjudiquen a un tercero (art. 19 CN) base del sistema resarcitorio ello resulta más evidente a la luz del art. 14 bis de la Constitución nacional, que obliga a otorgar a los trabajadores los beneficios de la seguridad social que tendrán carácter de "integral e irrenunciable".

La doctrina judicial de la SCJ Nación ha resuelto que: "La LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 113 del Código Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales [...] a pesar de haber proclamado que tiene entre sus

"objetivos", en lo que interesa, "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales (art. 1, inc. 2. b)". "Es un hecho notorio que la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil eliminó, para lo accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (fallos: 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener [...] Ese retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT [...] pone a ésta en grave conflicto con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y del PIDESC en particular" (sentencia del 21/09/2004, in re: "Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A s/accidentes).

En consecuencia, me pronuncio por admitir la inconstitucionalidad del inciso 1 del art. de la Ley 24.557 (LRT) en cuanto limita la reparación de los daños causados por el trabajo al régimen sistémico de la Ley 24557 exclusivamente. Así lo declaro.

Inconstitucionalidad art. 8, 9, 21, 22 y 40 y de los arts. 14 y 15 de la LRT:

Advirtiéndolo que las normas referidas hacen referencia a los trámites en comisiones médicas, previo administrativo, para la determinación de incapacidad de origen laboral, como a los recursos ante sus resoluciones, y a su vez a la forma de pago de las indemnizaciones que por ley correspondan, en virtud de incapacidades de origen laboral; y siendo que el reclamo que aquí se analiza es de origen exclusivamente bajo la normativa civil, entiendo que debo rechazar el planteo de inconstitucionalidad, por no generar perjuicio alguno a las normativas mencionadas. Así lo declaro

Por lo considerado, propongo rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 8, 9, 21, 22 Y 40 de la Ley 24.557 y arts. 14 y 15 ley 24557.

Inconstitucional del art. 46 de la LRT: Cabe destacar que ésta norma atribuye competencia federal para resolver los recursos contra los dictámenes de las Comisiones Médicas (inc.1), y para promover la acción civil del Art. 1072 del Código Civil.

Analizada la cuestión considero que no corresponde admitir este planteo de inconstitucionalidad por las siguientes razones.

Primero, según las constancias de autos el juzgado de origen no dictó sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad deducida por el actor por la competencia territorial para entender en esta acción. Tampoco la parte demandada opuso excepción de incompetencia, ni pidió la radicación de las actuaciones ante la justicia federal. La presente litis se

ha sustanciado íntegramente ante los tribunales provinciales con asentimiento de ambos litigantes. Segundo, en el caso de autos el análisis sobre la inconstitucionalidad del Art. 46 Ley 24.557, se ha tornado abstracto e inoficioso, puesto que el objeto de ello era la declaración de competencia del fuero laboral provincial, cuestión que ha quedado admitida por las partes, y precluida, tal como se señaló precedentemente. Por lo expuesto, su

tratamiento resulta abstracto e inoficioso, lo que así propongo que se declare.

VII. CUARTA CUESTIÓN: Daños y perjuicios con fundamento en el art. 1.113 y 1.109 del Código Civil. Responsabilidad de la demandada LIBERTAD SRL.-

Lo primero que debo puntualizar es que para poder examinar y decidir sobre la responsabilidad de cada una de las demandadas, resulta necesario determinar la **plataforma fáctica**, en virtud de las manifestaciones vertidas por las partes en relación al accidente.

VII.1. LA PLATAFORMA FÁCTICA.

Seguidamente, se hará una breve reseña de las respectivas posturas introducidas por las partes al debate.

VII.1.A. Demanda. El actor en su demanda refirió que el día 23/12/2003 se encontraba en su lugar y en ocasión de trabajo, en su puesto habitual que consiste en un galpón de actividades que consta de estacionamiento propio de los colectivos, gomería, oficinas administrativas, oficina de herramientas y repuestos y es allí desde donde se distribuyen las tareas para todos los dependientes. Que en el momento del siniestro se encontraba trabajando en la gomería con una máquina (reparadora de goma o molde), ocasión en la que mientras inflaba un neumático de uno de los colectivos, violentamente le saltó un aro de una cubierta que impactó sobre su rostro, especialmente en el lado derecho, hombro y mano, el que le produjo traumatismo facial con gravísimas lesiones y secuelas.

El infortunio laboral le trajo aparejado al actor serias y diversas lesiones, daños corporales y psicológicos que muestran la gravedad de las lesiones y su evolución, que se detalla posteriormente.

Refirió que la indemnización que se persigue, surge del daño causado al actor en ocasión y horario de trabajo y en la falta del deber de capacitación y perfeccionamiento que debió proporcionar al actor la empleadora durante la relación laboral y el deber de observancia y vigilancia de la codemandada Consolidar ART SA.

La antijuridicidad de la conducta de los demandados, se funda en el incumplimiento de lo que sería la necesaria y fiel

observancia tanto respecto de la ley 19.587 de higiene y seguridad, como también de ley de riesgos del trabajo (24.557), lo que

causó un grave daño moral, psicológico, lucro cesante, pérdida de chance y daño material, toda vez que no se proveyera oportunamente de la capacitación y medidas indispensables para su seguridad por las tareas encomendadas.

Para mayor claridad, considero necesario transcribir algunos de los párrafos de la demanda, que permiten dar sustento fáctico y jurídico a la acción intentada.

Así, en el escrito de demanda la parte actora, primero explicó algunos detalles de la relación laboral y características de la misma, brindando una exposición circunstanciada de las tareas cumplidas por y lugares de cumplimiento de las mismas. Posteriormente, expuso lo que serían las circunstancias de persona, tiempo y lugar, en el marco de las cuales sucede el siniestro el día 23/12/2003, cuando estaba en la Gomería prestando servicios con una máquina (recapadora de goma o molde), ocasión donde mientras inflaba un neumático de uno de los colectivos, imprevista y violentamente le saltó un aro de una cubierta que impactó en su rostro, especialmente en el lado derecho hombro y mano, el que produjo traumatismo facial con gravísimas lesiones y secuelas.

Seguidamente expuso sobre la antijuridicidad de la conducta que le imputa a las demandadas, en los siguientes términos:

*"...2) ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA DE
LOS DEMANDADOS*

*INCUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE HIGIENE Y
SEGURIDAD.*

La indemnización que se persigue, surge del daño causado al actor en ocasión y horario de trabajo y en la falta del deber Capacitación y Perfeccionamiento, que debió proporcionar al actor la empleadora demandada durante la relación laboral y el deber de observancia y vigilancia de la codemandada CONSOLIDAR ART SA...

*...La antijuridicidad de la conducta de las demandados, se funda en el **INCUMPLIMIENTO** en que los demandados incurrieran a la fiel observancia de las **Leyes 19.587 de Higiene y Seguridad y la Ley de Riesgo de Trabajo (ART. Ley 24.557)**, por lo que se causó un grave Daño Moral, Psicológico, Lucro Cesante, Pérdida de Chance y Daño Material a mi poderdante, toda vez que no se proveyera oportunamente de la capacitación y medidas indispensables para su seguridad por las tareas encomendados..."*

...Los demandados (EMPLEADOR Y ART) debieron implementar ... **y no hicieron**, si se quiere **Programas de Educación**

sobre Riesgos Laborales dado el tipo de actividad que desarrollaba el actor en un ámbito riesgoso por la maquinaria utilizada, con el fin de prevenir accidentes de trabajo. Así debió la ART controlar que la patronal concretara **Planes Estratégicos sobre las fuentes de riesgo y las formas de actuación para disminuirlos**. Destacándose que no se han establecido dentro de la política empresarial de la patronal, como lineamientos preventivos concretos para evitar siniestros laborales. Es decir debieron implementar un Plan de Acción Concreto, para concientizar a los trabajadores de la empresa en materia de prevención, con el fin de evitar infortunios laborales...

Debieron incluir medidas o plan de acción concreto tales como:

1)-Implementar CURSOS DE CAPACITACIÓN destinado a los trabajadores, entregando material de estudio para su capacitación específica a cada asistente, con el fin de concientizar a los trabajadores de la Empresa, en materia de Prevención de Accidentes de Trabajo.

2)- Proveer y/o exigir y/o controlar a los empleados, a través del Sector Personal o de

Recursos Humanos. **ELEMENTOS DE PROTECCION PERSONAL**, indispensables por el tipo de trabajo para la seguridad de los empleados, que por el tipo de tareas del actor, la ART debió exigir y controlar el uso de:

3)- Relevar las CONDICIONES DE LOS ELEMENTOS O MAQUINARIAS DE TRABAJO (Compresor de aire, Recapadora de goma. Infladores, etc.) utilizados por los trabajadores en la gomería de la empresa en el presente caso, con la finalidad de constatar su óptimo estado y controlar periódicamente su perfecta conservación.

4)- Crear PROYECTO DE ESTUDIO basado en el análisis y diseño de accesos de los trabajadores a su lugar de trabajo (con plano de los destinos o puestos de trabajo). o camino común de los trabajadores, a fin de determinar interferencias o zonas riesgosas por la circulación (entrada y salida) de rodados lo cual potencia la ocurrencia de

siniestros. Representado en un mapa en caso de ser necesario.

5)- Efectuar un ANALISIS SINIESTRAL, que muestre la evolución anual de los accidentes laborales que sufrieron los trabajadores en los diferentes sectores dentro de la empleadora, con el fin de reducir y/o determinar disminución de siniestralidad laboral.

6)- La Art demandada debió prevenir los RIESGOS ESPECIALES por el AMBITO DE TRABAJO en que se encuentran los trabajadores. Estos deben estar preparados, conocer y anticipar.

Es decir que el empleador debió (y no lo hizo) capacitar o perfeccionar al personal de su institución durante la relación laboral para evitar siniestros laborales. Es decir que la ART debió (y no lo hizo) implementar, verificar y controlar la adopción por su parte y por parte del empleador de Planes de Acción concreto, que también abarcan a los demás riesgos laborales relevados en la empresa. Es evidente que hubo otros incumplimientos a la normativa vigente, pero son los aquí mencionados los que cobraron relevancia plena en el siniestro denunciado, toda vez que si se hubiera cumplido con sólo algunos de éstos puntos, el actor estaría sano sin duda alguna y que debido a la incapacidad con la que quedara, se encuentra limitado en sus funciones y capacidad obrera. Razón por la que se reclaman los daños mencionados en planilla anexa.

[Fin de transcripción, escrito de demanda fs. 3 Vta. Punto 2) "ANTI JURIDICIDAD DE LA CONDUCTA DE LOS DEMANDADOS", las negritas y lo subrayado, pertenece al texto original de la demanda].

A continuación, la parte actora destacó cuales serían los incumplimientos en lo que habría incurrido las demandadas, haciendo puntual referencia -por un lado- a la ley de riesgos del trabajo (24.557), y realizando una transcripción de los artículos 1, 4, 6 y 31 de dicho cuerpo normativo. Por otro lado, también hizo referencia a las violaciones de la Ley de Higiene y Seguridad en el trabajo 19.587, transcribiendo también los arts. 4, 5, 7, 8 y 9 de dicho cuerpo legal. Antes de finalizar con sus referencias al plexo normativo vigente, mencionó los incumplimientos al Decreto Reglamentario de la misma (Dcto. 351/79), realizando también una transcripción de los Arts. 3 y 4; y posteriormente del Capítulo 21 (que prevé la capacitación), transcribiendo también los arts. 208, 209

y 213 de dicha norma reglamentaria.

Para finalizar con las referencias a los cuerpos normativos que considero quebrantado, mencionó los arts. 18 y 19 del Dcto. 170/96 (reglamentario de la ley 24.557), en cuanto **"...obliga a ASESORAR A LOS EMPLEADORES PARA PREVENIR Y PROTEGER..."** (Textual de la demanda), transcribiendo la parte pertinente -reitero- de los arts. 18 y 19 de la misma.

Finaliza el relato, en todo lo referido la antijuridicidad de la conducta de las demandadas (ART incluida), exponiendo que:

"...Los codemandado tuvieron la posibilidad de actuar de acuerdo a la Ley (Riesgos de Trabajo, Higiene y Seguridad-Decretos reglamentarios-LCT, C.C., C.N., etc), la cual se presume conocida por todos. Sin embargo, en su afán de economizar gastos, o por simple afán comercial, se encuentran frente a un siniestro que no pueden desconocer, por haber actuado con plena facultad de discernir (Art. 921), sin haber obrado conforme a derecho..." (Fin de transcripción, fs. 5 Vta. demanda).

En definitiva y de todo lo expuesto, se alegó que los demandados debieron implementar, y no lo hicieron, como son los **programas de educación sobre riesgos laborales** dado el tipo de actividad de riesgo que desarrollaba el actor, en lo que era un ámbito riesgoso, alegando que **no se contaba ni con la capacitación, ni con la maquinarias y elementos de trabajo, para prevenir accidentes de trabajo.**

Debió la ART por su parte, controlar que la patronal concretara planes estratégicos sobre las fuentes de riesgo y las formas de actuación para disminuirlos. Destacándose que no se han establecido dentro de la política empresarial de la patronal, como lineamientos preventivos concretos para evitar siniestros laborales.

VII.1.B. Contestación de LIBERTAD SRL.

La empleadora si bien realizó una negativa de algunos de los hechos relatados en la demanda, no ha negado en forma expresa y categórica ni las funciones cumplidas por el accionante, ni la "mecánica del accidente", ni el lugar, fecha y horario en que sucede el mismo; situaciones estas que fueron descripta por el actor en su demanda; de modo tal, que se debe considerar reconocida la mecánica del accidente. Es más, efectúa una defensa

fijando una posición en la que asume como ciertos los dichos relatados por el actor (en cuanto a existencia del accidente y mecánica del mismo), pero considera que el actor al recibir las prestaciones en especie y en dinero de la Aseguradora Consolidar (bajo el amparo de la ley 24557), no puede desconocer la vigencia de dicha normativa, y que cobra relevancia la doctrina de los actos propios, que le imposibilita al actor desviarse de la acción laboral y ejercer una de naturaleza civil.

Alega que lo correcto era "percibir "con reservas aquellos pagos", y agrega que la acción civil que eventualmente intenta se encuentra absolutamente prescripta, dejando opuesta dicha defensa; por lo que considera que la acción intentada no debe prosperar.

VII.1.C. Contestación de CONSOLIDAR ART S.A. (hoy GALENO ART S.A).

La ART demandada, por su parte si bien negó la mecánica del accidente, al exponer que "Niega que el día 23/12/03, mientras inflaba un neumático de uno de los colectivos, imprevista y violentamente le salto un aro de una cubierta que impacto sobre su rostro, especialmente en el lado derecho, hombro y mano, el que le produjo traumatismo facial con gravísimas lesiones y secuelas"; no es menos cierto que -luego- al fijar su posición en la litis, no hace ninguna mención concreta a la forma en que sucede el siniestro.

En efecto, en relación a la posición de la ART, debo aclarar que si bien efectuó negativa de la mecánica descripta por el actor (mecánica del accidente), lo cierto es que **no efectuó -a lo largo de toda su contestación- ni una breve referencia a cómo considera que habría sido la mecánica del siniestro**. Es decir, no fijó posición, ni brindó un relato circunstanciado, de cómo habría sucedido el accidente de trabajo del actor.

Siguiendo dicha línea de pensamiento, cabe decir que, la respuesta negativa no puede quedar circunscripta a una mera fórmula genérica, sino que debe ser fundada; es decir, además de negar un hecho puntual, **se debe realizar una alegación de un hecho contrario o incompatible con el afirmado por el actor**, o a través de algún argumento relativo a la inverosimilitud de ese hecho.

En el caso, si bien negó el hecho (mecánica del accidente) ni siquiera mencionó, ni mucho intentó probar, de qué manera cree

que el mismo habría acontecido; esto es, cómo ocurrió el accidente, en concreto.

En ese contexto, cobra mayor relevancia la evidencia agregada a los autos, entre las que se puede mencionar las actuaciones administrativas previas, de donde surge acreditada la existencia del accidente, las circunstancias del mismo, como de origen laboral (ver actuaciones agregadas a fs. 697/699; 700/792, entre otras, agregadas por la ART), actuaciones estas que evidencian el reconocimiento por parte de la ART demandada, de su aceptación e incluso la cobertura del mismo. Todo ello, surge de las actuaciones que constan en autos, tramitadas ante la misma aseguradora y ante comisiones médicas, cuestiones que ya fueron determinadas previamente. Sobre el tema, volveré más adelante.

De las constancias de autos, más precisamente de las actuaciones en sede administrativa (SRT) quedo determinada la participación de ambas partes (actor y ART demandada) en la determinación de incapacidad, y las prestaciones tanto en especie, como así de la indemnización en el marco de la LRT.

Surge de tales actuaciones administrativas, lo siguiente: (i) Que se emitió dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional de Tucumán, de fecha 13/05/2008, determinando una incapacidad del 80,42%; y (ii) que se abonó al Sr. Chavez, por la incapacidad determinada en comisión médica, la suma de \$93.744,37 por indemnización por incapacidad, más \$40.000 pago único conforme ley, reconocido por el actor en coincidencia con la ART demandada.

Tales actuaciones acreditan la participación de la demandada en el Expte. administrativo, con resolución del mismo, la determinación del accidente de origen laboral, con secuelas incapacitantes.

De la documental traída a juicio, por la propia ART, (fs. 699) surge la denuncia de accidente de trabajo, en la cual se efectúa descripción de los hechos: "*cuando mi empleado se encontraba inflando una cubierta, después de haberla parchado, imprevistamente salto el aro de la llanta produciendo heridas en el rostro y brazo izquierdo* (fue intervenido quirúrgicamente por cirujano plástico). Tengo en cuenta que las ART en general, cuentan con un equipo de profesionales que se encarga de indagar sobre los siniestros; sobre todo, para verificar si existieron falsedades o se está tratando de

hacer aparecer como accidente laboral, una situación que no lo fue; sin embargo, no consta en autos ninguna negativa, o cuestionamiento de la ART, sobre la existencia del siniestro, lugar en que sucedió, y mecánica del mismo; lo que me permite inferir que la ART era consciente del siniestro ocurrido, el lugar y su mecánica; y lo aceptó al mismo.

Asimismo surge de fs. 91 historia clínica de la que surge la descripción del hecho, la cual dio origen a todas las actuaciones posteriores por parte de la aseguradora y el reconocimiento del hecho conforme lo relata el actor.

En relación al accidente en sí mismo, y más allá de la mera negativa sobre la mecánica del siniestro, también tengo en cuenta, que el legislador de la ley 24.557, mantuvo para los accidentes de trabajo, el factor atributivo de responsabilidad, correspondiente a la garantía de seguridad en los contratos, como correspondía a una ley que se apoyaba en la construcción histórica del contractualismo y la doctrina del riesgo profesional. El daño en ocasión es el factor suficiente que la ley operativa admitió en las relaciones contractuales que corresponden a la apropiación legitimada del trabajo asalariado.

Esa conceptualización del factor atributivo de una responsabilidad objetiva (ajena a la problemática de la culpa o el dolo), fue aceptado en el derecho positivo en las leyes de accidente a partir de 1940, (con

la sanción de la ley 12.631); y esta es -según mi criterio- la línea directriz que surge del Art. 6 de la ley 24.557 (cuando califica a los accidente a los sucedidos "en ocasión del trabajo"); siendo del caso destacar que esta solución legal fue construida trabajosamente tanto por la doctrina como por avanzada jurisprudencia, con anterioridad a la sanción de esa ley; y pese a ello su aceptación no resultó sencilla, y no es menos cierto, que su abordaje en la jurisprudencia, no es pacífico, e incluso puede resultar un tanto confuso.

Finalmente resulta relevante valorar esta conducta de la ART demandada conforme la Teoría de los Actos Propios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, cabe destacar, atribuyó valor operativo al principio al señalar, en reiteradas ocasiones, que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada,

jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

Desde el punto de vista procesal, la teoría de los actos propios guarda una íntima relación con el principio de congruencia que es como un hilo conductor que recorre el proceso, uniendo sus distintas etapas procesales, procurando que exista correlación y concordancia entre la demanda y sus ampliaciones, las contestaciones y las pruebas rendidas.

Conforme a la teoría de los actos propios a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción a su anterior conducta.

La teoría de los actos propios, que sanciona la inadmisibilidad de la conducta contradictoria, importa un verdadero principio superior del cual deriva un principio general de buena fe, fundándose en el deber de actuar coherentemente (Derecho del Trabajo 6, junio 1995, Año LV, pág. 1040).

Es criterio sustentado por el Tribunal de Mendoza el siguiente: *"El contrato de trabajo no sólo es una relación patrimonial sino también eminentemente ética, por ser una relación personal, donde el deber de comportarse de buena fe tiene un particular acento y debe observarse ese comportamiento no sólo durante la ejecución del contrato, sino también a su extinción (art. 63 R.C.T. y art. 1198 del Código civil)"*.

Por lo expuesto, entiendo que debe quedar determinada, como primera medida, **la plataforma fáctica** enunciada (que servirá de base para examinar y decidir la responsabilidad de las partes); esto es, dejar definida la existencia del accidente sufrido por el actor el 23/12/2003, como hecho subido y violento ocurrido en su lugar de trabajo y en ocasión del mismo, y conforme la mecánica descrita por el accionante, no negada -e incluso constatada y ratificada por las constancias probatorias agregadas a los

autos-, destacándose también el reconocimiento de la propia empleadora, como de la ART demandada, conforme lo antes considerado.

VII.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE.

En el contexto factico determinado, y conforme quedó trabada la litis, cabe efectuar ciertas consideraciones.

Con respecto a la **normativa aplicable** en el

supuesto de autos, y dado que se ha tomado como un reclamo de naturaleza civil (comprensiva de daños y perjuicios por daño material y daño moral, que se analizarán más adelante), es importante hacer referencia a la fecha del siniestro, porque el mismo determinará la legislación aplicable, al menos, para examinar la existencia, o no, de responsabilidad civil de la demandada.

Así las cosas, debe quedar claro que el hecho accidente que habría generado los daños objeto de debate, **ha sucedido el 23/12/03** fecha en la cual se encontraba vigente el anterior Código Civil. En virtud de ello, lo relativo al nacimiento de la obligación resarcitoria (factor de imputación y presupuestos de responsabilidad civil) será analizado bajo el amparo normativo del cuerpo legal mencionado.

Entonces, a fin de determinar el encuadre jurídico de este caso, cabe tener presente que en materia de accidentes laborales, cuando se reclama por el derecho común, la doctrina mayoritaria suele concordar que la acción es de naturaleza extracontractual, con imputación objetiva de responsabilidad cuando los daños se han producido: por riesgo o vicio de la cosa (en virtud de lo dispuesto por el artículo 1113 del Código Civil) o por culpa o dolo del empleador en el cumplimiento de los recaudos aptos para el desenvolvimiento del trabajo en condiciones de seguridad adecuadas (conf. art. 1109 del mismo Código). Así lo declaro.

Siguiendo esa misma línea de razonamiento, desde ya lo adelanto, que al momento de examinar la responsabilidad de la empresa empleadora, la misma se deberá verificar a la luz de lo dispuesto por el Código Civil, vigente a la fecha del accidente. Así lo declaro.

Sin embargo, y por el contrario, considero que el Código Civil y Comercial de la Nación (vigente a partir del 01/08/2015), si debería ser de aplicación inmediata a los efectos (consecuencias) de la relación resarcitoria, tal como sucede con la "**cuantificación de los daños y los intereses**". Así señala Moisset de Espanés: "*Esto es lo que se denomina "efecto inmediato" de la ley posterior y no vulnera el principio de la irretroactividad...*" (op. cit. p.43).

En tal sentido, la Jurisprudencia que comparto ha dispuesto, con relación a la cuantificación del daño, que: "*La cuantificación del daño que es la formulación y determinación de la indemnización que realiza el*

juez necesariamente debe de efectuarse conforme a la ley vigente en el momento en que la sentencia determina su medida, es decir la fecha de expedición de la sentencia" (Tercera Cámara Civil y Comercial, Expediente N° 46.621/51.372, Campos, Aníbal Alberto y otros. p/ SHM c/ Caparros, Leopoldo y ots. p/ D. y P., 26/07/2016, publicado en La Revista del Foro, T° 158, año 2016, págs. 57/95).

En ese contexto, y dado que el hecho objeto de debate se originó en fecha 23/12/03, corresponderá -como ya se dijo- aplicar el Código Civil (anterior), en todo lo relativo al nacimiento de la obligación resarcitoria (legitimación activa y pasiva, los presupuestos de la responsabilidad civil, entre otros temas). En cambio, en el caso de proceder las indemnizaciones, todo lo relativo a las consecuencias jurídicas no agotadas (en particular, lo referido a la cuantificación de los daños e intereses) deberán examinarse y decidirse aplicando el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015. Así lo declaro.

VII.2. A. Efectuadas las aclaraciones en lo referido a la normativa aplicable, entraré al análisis de la cuestión debatida, desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva y subjetiva.

En cuanto a la **responsabilidad objetiva** del **empleador**, podemos decir que la misma, está supeditada a que la víctima acredite el daño sufrido, la relación de causalidad con la cosa, que ésta era viciosa o riesgosa y que actuó como elemento activo del accidente laboral. A ello se debe agregar que la carga de la prueba se halla en cabeza del interesado, quien debe demostrar el sufrimiento de un daño resarcible a los efectos de cumplir con los presupuestos de la responsabilidad civil exigido por el mentado artículo 1113 del Código Civil.

Ahora bien, en cuanto a la **responsabilidad Subjetiva**, la misma surge de las disposiciones de la LRT. **Tanto empleador como la aseguradora** están obligados a implementar todas las medidas preventivas de los riesgos, que la naturaleza de la actividad requiera.

La diferencia entre el empleador y la ART, es que el incumplimiento del primero surge de la obligación genérica del deber de seguridad (art 75 LCT) el cual dispone: "*El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo*", y como contrapartida del derecho de dirección que surge del art 65 LCT que dispone: "*Las facultades*

de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con

carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador"; y de organización art. 64 LCT: "El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento".

Mientras que la obligación de la ART surge de la delegación que se efectúa en el deber de control de la Empresa. Ley de riesgos 24.557 en su art. 4 dispone: *"Los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo. A tal fin y sin perjuicio de otras actuaciones establecidas legalmente, dichas partes deberán asumir compromisos concretos de cumplir con las normas de higiene y seguridad en el trabajo".* Tal artículo en su inciso 2 dispone: *"Las ART y los empleadores estarán obligados a informar a la SRT o a las Administraciones de Trabajo provinciales, según corresponda, la formulación y el desarrollo del plan de acción establecido en el presente artículo, conforme lo disponga la reglamentación".*

Dicho esto, corresponde referir en relación a las acciones civiles que, el ejercicio de las mismas, relativas a las enfermedades o accidentes, exige la demostración de los extremos básicos de procedencia de la reparación de daños según el Código Civil (el accidente o enfermedad de trabajo, afección padecida y nexo causal entre el primero y la segunda); difiriendo según cual sea la norma que se aplique para determinar la responsabilidad (subjetiva u objetiva).

Para considerar la procedencia, o no, de la acción intentada por la parte actora, es necesario analizar si se configuran los presupuestos que dan lugar a la responsabilidad civil (sea objetiva o subjetiva), tanto respecto de la parte empleadora, como con la aseguradora demandada.

VII.3. Responsabilidad de LIBERTAD SRL

Del análisis de la naturaleza del reclamo efectuado, surge que la actora solicita el pago de rubros indemnizatorios de naturaleza civil; esto es, conforme las previsiones del derecho civil, acudiendo al amparo de las disposiciones de fondo que rigen la materia; por lo que, en el caso particular, resulta necesario dejar plasmados algunos conceptos previamente.

Se ha sostenido que las nociones de "guarda", "cosa o actividad riesgosa", "culpa de la víctima" adquieren, dentro del marco de la ley civil, singular relevancia, al tratarse de un accidente de trabajo lo que da motivo a la acción. En ese orden de idea, no puede desconocerse que el

trabajador no tiene libertad para decidir con qué herramientas trabajar o maquinaria utilizar. El implica que sólo pone a disposición de su empleador su fuerza o capacidad de trabajo, y en contraprestación recibe de éste tanto (i) las órdenes e instrucciones sobre su labor, (ii) la provisión de con qué elementos (máquinas, herramientas, etc.) cumplirá la prestación, y (iii) en qué condiciones de salubridad y seguridad deberá efectuarlas.

La responsabilidad está subordinada a la constatación de la causalidad adecuada entre la fuente de peligro y los daños resultantes. La acción resarcitoria fundada en el riesgo de la cosa exige a los jueces de mérito valorar las circunstancias en que se produjo el evento; pues el peligro no sólo puede provenir de la naturaleza propia de la cosa, sino también de su utilización o empleo, o de la ubicación en la que se encontraba en el caso particular. **Ello hace necesario un análisis de los antecedentes anteriores y concomitantes con la producción del evento, y de las circunstancias en que el mismo tuvo lugar, a fin de valorar la peligrosidad de las cosas involucradas; esto es, su aptitud para crear la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa** (CSJT, Sala civil y penal, Lugones Félix Genaro c. S.A San Miguel A.G.I.C.I y F. s/ Daños y Perjuicios, 26.11.01, sent. 1001 y jurisprud. allí cit.)". La negrita me pertenece.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa "*Ferreira, Gustavo R. c/ Benito Roggio e Hijos S.A. y otra*" (29/09/2004), expresó que "*deben quedar incluidas en las previsiones del art. 1113 del Cód. Civil **las tareas** que pueden generar un resultado dañoso, por lo que el vocablo 'cosa' se extiende para abarcar la ocupación específica del trabajador y la actividad laboral toda*".

La jurisprudencia en una interpretación amplia del ámbito de aplicación del artículo 1.113 del Código Civil, extiende el concepto trascendiendo el concepto o criterio físico de cosa, ponderando en el examen del hecho la incidencia que deriva de la índole y condiciones de **la tarea** realizada por el trabajador, gozando la propia actividad laboral de la potencialidad de erigirse en

factor de causación del perjuicio, ya que en el ámbito del artículo 1.113 no cabe una interpretación estrecha de aquel concepto (cfr. CSJN, Fallos: 308:248 y 311:1694). **Negritas y subrayado, me pertenecen.**

Conforme se presenta el escenario descripto por las partes, desde ya adelante que corresponde aplicar al caso, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, o no, de la empleadora, los principios de responsabilidad objetiva que emanan del Art. 1113 2º. párrafo y Cctes. del Código Civil, en los que se ha fundado la demanda, a partir de los cuales se generan "presunciones legales" de responsabilidad civil en cabeza de la

empleadora (titular de la explotación y cosas con las que trabajaba el actor); en la medida que el hecho dañoso lo padeció un trabajador dependiente (lo que está reconocido/probado), con "motivo o en ocasión de su trabajo" (lo que también está reconocido/probado), dentro de su "lugar de trabajo" (también está reconocido/probado), y que el daño sufrido, proviene del contacto o de la intervención directa de las "cosa o actividad riesgosa" (que también está reconocido/probado) en el caso de autos.

En ese contexto de situaciones (cuadro fáctico), para eximirse de responsabilidad civil (la parte demandada) tenía a su cargo el deber o la carga de probar ya sea la culpa exclusiva de la propia víctima, entendiendo a esta "**causal excluyente** de responsabilidad para el empleador", o de un tercero, y que esa culpa adquiriera el grado de "**imprevisibilidad e inevitabilidad**"; para poder -insisto- eximirse de responsabilidad.

En efecto, esos lineamientos surgen claramente de reiterados pronunciamientos del Cíbero Tribunal de la Nación, siendo del caso mencionar en caso: "Rivarola, Mabel Angélica c/ Neumáticos Goodyear S.A." (CSJN, Sentencia del 11/06/2006 - Fallos 329:2667), donde el Máximo Tribunal Nacional -siguiendo el dictamen del Procurador General ante la Excma. Corte-, dejó establecido que: *"...En ese marco basta que el damnificado pruebe -como ocurrió en el caso- ,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 debe responder.** Advierto a su vez que tampoco pudo dejar de tenerse en cuenta otros preceptos legales que guardan relevancia a los fines de merituar la relación que existe entre las partes, los que fueron invocados en la litis como son la Ley de Higiene y*

Seguridad del Trabajo y su decreto reglamentario. Ello es así por cuanto tales reglamentaciones son esenciales para determinar la responsabilidad derivada de las cosas riesgosas de las cuales una persona se sirve y para descalificar (o aún graduar) la eventual culpa de la víctima o de un tercero en el hecho." (Las negritas y lo subrayado, me pertenecen).

Siguiendo este mismo criterio, incluso brindando mayores precisiones sobre lo que se debe evaluar al momento de juzgar la "culpa de la víctima" se ha dicho claramente que: "...Los daños causados por el riesgo de la cosa se rigen por las disposiciones del artículo 1113, párrafo 2º, parte final, del Código Civil; y que **la culpa de la víctima con aptitud para cortar - totalmente- el nexo de causalidad** entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, **debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor.** (Del dictamen de la Procuración

General, al que remitió la Corte Suprema-. - CSJN; causa: "TREJO JORGE c/ STEMA"; sentencia 24/11/2009; Fallos: 332:2633). Ídem: caso "GOMEZ JUAN JOSE c/ ALTO PARANA SA Y OTRO s/ACCIDENTE", sentencia del 21/12/2010 - Fallos: 333:2420, entre muchos otros.

Finalmente, esa misma línea directriz fue seguido con posterioridad en la causa: "Slobayen, Sofia Anastasia e/ Rotzen Hermanos SRLs/ laboral." (Sentencia 15/11/2016, Fallos: 339:1608); de modo tal, que puede considerarse como un criterio uniforme y pacífico del Cíbero Tribunal de la Nación, como se viene observando a lo largo de sus reiterados pronunciamientos citados.

En relación a lo expresado por el actor en la demanda, conforme su relato -que insisto, se debe considerar reconocido-, se encontraba en su lugar y en ocasión de trabajo, en su puesto habitual que consiste en un galpón de actividades que consta de estacionamiento propio de los colectivos, gomería, oficinas administrativas, oficina de herramientas y repuestos y es allí desde donde se distribuyen las tareas para todos los dependientes. Que se encontraba trabajando en la gomería con una máquina (reparadora de goma o molde), ocasión en donde mientras inflaba un neumático de uno de los colectivos, imprevista y violentamente le saltó un aro de una cubierta que impactó sobre su rostro.

De ello se infiere que se encontraba cumpliendo funciones laborales (propias de su relación de empleo, sujeto a la organización y dirección del empleador). Dicha actividad reviste la condición de ser una "actividad riesgosa", y el actor sufre el accidente, en cumplimiento de dicha actividad riesgosa, y en lo que era su lugar de trabajo ya que se encontraba prestando servicios.

La actividad para la que fue contratado el trabajador accidentado (conforme sus dichos; no negados por la demandada/empleadora) consistía en: relevar variadas novedades existentes en los rodados en circulación, impartir instrucción sobre la interrupción o continuación de vehículos en sus recorridos por desperfectos en ruedas, controlar los aros de ruedas de los rodados en general, verificar los aros de ruedas para su autorización de circulación, controlar el pedido de compresor de aire, arreglar gomas en general (pinchadas o por aros deteriorados, etc.), auxiliar a los móviles por problemas en las gomas en el lugar en donde fuere llamado especialmente es decir fuera del puesto principal de trabajo o en la calle, calibrar y controlar el aire en los neumáticos de los transportes de pasajeros, limpiar la gomería, etc.

En cuanto a las tareas, es necesario puntualizar que la negativa de la empleadora resultó genérica, y sin dar una versión clara y puntual de los hechos, al decir "*niego el desempeño por parte del actor de las tareas que falsamente expone*". Así las cosas, considero que ante tal expresión genérica y hasta ambigua, debe tenerse por cierto lo descripto por el actor en cuanto a su desempeño, además de que la **tarea de gomero** (que es la que se encontraba desempeñando en el momento del accidente) se encuentra concretamente reconocida por el empleador.

En efecto, en relación a la tarea concreta que desempeñaba el actor al momento de sufrir el accidente (manipulando e inflando un neumático de un colectivo de la empresa demandada), resulta una actividad que encierra un **riesgo intrínseco**, advirtiéndose como, durante la operación de inflado de las ruedas de ese porte (como lo son las que se utilizan en el transporte urbano de pasajeros), se evidencia que, para hacerlo, se procede a manipular el neumático de frente y a poca distancia; y en el caso concreto del actor, esa tarea la realizaba sin contar con elementos de seguridad (como se verá más adelante). Ello genera, entre otros, el riesgo de desprendimiento (como sucedió al momento

del accidente en el caso de autos), que se expulsó violentamente el aro de la rueda golpeando en la cara/cabeza hombro del trabajador, cuando se encontraba inflando el mismo.

Entendiendo que, si durante el proceso de inflado, el aro del neumático tuviera algún *tipo de contención* (incluso la más básica), podría eliminarse la posibilidad que ese *aro* saliera despedido violentamente; y de ese modo podrían evitarse, limitarse, e incluso anularse, aquellas situaciones laborales que implican una amenaza o riesgo de accidente para el operario, durante la manipulación e inflado del neumático.

La empresa empleadora para ello, -por un lado- debería contar con un "protocolo de trabajo seguro", que contenga diversas instrucciones sobre el modo de trabajo (seguro), lo que -al mismo tiempo- implica la capacitación (impartiendo conocimientos específicos) sobre la forma de cumplir con ese trabajo, y sobre todo lo relativo a la gestión de la prevención de ese tipo de accidentes; y -por otro lado- además debería contar con los **elementos y equipamientos adecuados y seguros, para la manipulación e inflado de ese tipo de neumáticos (de gran porte)**, que hacen a lo que se considera como "trabajo seguro", tendiente a limitar, evitar o directamente anular, el desempeño de trabajadores en "situaciones de riesgo" (tareas riesgosas) como la del caso concreto; donde el accidente sucedió al manipular e inflar el neumático sin ningún elemento de protección, que haya permitido evitar el desprendimiento del aro del mismo, o bien, evitar que -ante ese desprendimiento- el aro impacte directamente en el trabajador. Sobre este tema, volveré infra, al tratar la responsabilidad de la Aseguradora.

Esto implica, en síntesis, que la empleadora debió capacitar al personal que ejerce tales tareas (sobre el modo o procedimiento seguro del trabajo concreto), y -al mismo tiempo- brindarle los elementos de seguridad para prevenir y evitar situaciones de riesgo o amenaza para la salud del trabajador; es decir, instruirlo como colocar correctamente el aro de cierre para evitar que, con la presión, salga despedido; pero sobre todo, proporcionarle elementos de protección para que, en caso de salir despedido, se evite que el mismo impacte sobre el cuerpo del trabajador.

No resulta en autos acreditado por el empleador, que existiera algún "método de trabajo" o "procedimiento de trabajo" adecuado

para que los operarios efectuarán dichos trabajos en el área, ni un "instructivo o "manual de funciones", que indicara el "modo" o la "forma" segura de realizar dicha tarea (la manipulación de los neumáticos), en cuyo desarrollo pueden salir proyectados los aros durante el proceso del inflado, como aconteció al actor. Tampoco se acreditó que existan en la empresa demandada "elementos de protección" que impidan que los "aros del neumático" pueden salir proyectados e impactar en los operarios, en los procesos de inflado y/o manipulación de dichos neumáticos.

En este sentido, respecto del infortunio, y luego de analizar conforme las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 del CPCCN) y según las constancias probatorias obrantes en la causa, no es un hecho controvertido el acaecimiento del hecho traumático. Tampoco se encuentra controvertido a esta altura del proceso que se trató de un accidente de trabajo por el cual la ART recibió la denuncia y otorgó las prestaciones médicas necesarias e incluso abono indemnización en el marco de la LRT, cuyo presupuesto es la existencia del accidente de trabajo ocurrido dentro del establecimiento del demandada.

Surge de los hechos expuestos por las partes, la existencia de un acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho y en ocasión del trabajo, que actuó como causa eficiente en la generación de los daños padecidos en la salud del trabajador. Ahora bien, la circunstancia de que el infortunio hubiere ocurrido por el hecho y en ocasión del trabajo -factor de atribución en la ley especial- no significa reconocer que su acaecimiento encuadre en las previsiones del derecho común. Pero lo cierto es que de las circunstancias del caso, y las constancias de autos, surgen verificados los presupuestos configurativos de la responsabilidad objetiva que emana del art. 1113 del Código Civil -vigente al momento de los hechos que permitirían atribuir responsabilidad a la demandada.

Así entonces, tiene relevancia el reconocimiento en autos del evento dañoso padecido por el actor y el carácter riesgoso de la actividad que ejercía el actor para su empleador, como dependiente de él, y en cumplimiento de la cual se produjo el accidente, por lo que tales factores se constituyen en un elemento de causación en el ámbito de lo dispuesto por el art. 1113 del Código Civil.

La plataforma fáctica demostrada, nos coloca

directamente en las previsiones que fija la línea jurisprudencial de la CSJN (antes señalada), ya que tenemos: (i) un *trabajador dependiente*; (ii) el hecho que produjo el daño sucedió *en ocasión y lugar del servicio laboral para la demandada*; (iii) que el daño sufrido, sucede por *desenvolvimiento laboral en contacto con la cosa y en el marco de una actividad riesgosa*; y por lo tanto, nos coloca claramente frente a un presupuesto de "*responsabilidad objetiva*", donde se presume la responsabilidad objetiva del empleador; quién, tenía la carga de probar (si pretendía eximirse de responsabilidad), la culpa de la víctima (actor) o de un tercero por quien no debe responder.

Y ello es así, lo reitero, siguiendo las claras líneas jurisprudenciales que emanan del Superior Tribunal de la Nación (antes citadas), donde -reitero- claramente se dejó establecido 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, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.***" (CSJN, in re: "INSAURRALDE HILARIO c/ ACEROS BRAGADO MB SA Y OTRO s/ACCIDENTE - ACCIÓN CIVIL; Sentencia del 10/12/2013; Fallos: 336:2321). Lo subrayado y negrita, me pertenece.

Además, también insisto, cuando se habla de demostrar la "**culpa de la víctima**", ello también está definido que no es "cualquier accionar culposo de la víctima", sino que -para eximirse de responsabilidad- se debe acreditar: "*...la culpa de la víctima con aptitud para cortar -totalmente- el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor.*" (causas: "TREJO" y "GOMEZ", antes citadas).

Asimismo, también es importante puntualizar que la Excma. Corte Provincial, siguió este mismo criterio, desde antiguo, al expresar: "*... Para desplazar la responsabilidad objetiva que le incumbe, éste último debe acreditar que el daño fue producido por culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, lo cual rompe el nexo causal entre la cosa y el daño. La*

responsabilidad prevista en el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, es objetiva; de allí que se prescinda del criterio de ponderación de las conductas [...] Ello así, el cumplimiento de las normas de seguridad no releva al dueño o guardián de responder por las consecuencias dañosas causalmente vinculadas con el riesgo de cosas cuya peligrosidad se tuvo por acreditada en un caso particular. **La prueba de la ausencia de culpa -a lo que se vinculan las medidas de seguridad adoptadas en el caso concreto-, es ineficaz para provocar la ruptura del nexo causal, lo que sólo se produce acreditando algunas de las eximentes contempladas en el art. 1113, segundo párrafo in fine, para la liberación total o parcial de la responsabilidad.** (CSJTuc, "Dip, Pedro A. vs. Telecom. Argentina S.A. s/daños y perjuicios", sent. n° 263 del 17/4/2000). Ello así, la responsabilidad está subordinada a la constatación de causalidad adecuada entre la fuente del peligro y los daños resultantes.

Siguiendo las mismas líneas directrices, el Superior Tribunal local también tiene dicho: "...Ello así, la responsabilidad está subordinada a la constatación de causalidad adecuada entre la fuente del peligro y los daños resultantes. De lo expuesto se sigue que la acción resarcitoria fundada en el **riesgo de la cosa** exige a los jueces de mérito valorar las circunstancias en que se produjo el evento; pues el peligro no sólo puede provenir de la naturaleza de la cosa, sino también de su utilización o empleo, o de la ubicación en la que se encontraba en el caso particular. Ello hace necesario un análisis de los antecedentes anteriores y concomitantes con la producción del evento, y de las circunstancias en que el mismo tuvo lugar, a fin de valorar la peligrosidad de las cosas involucradas, esto es, la aptitud para crear la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa." (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Civil y Penal - in re: CONTRERAS PEDRO ANTONIO Vs. NESTLE ARGENTINA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS; sentencia 397 del 27/05/2002. IDEM: Sentencia n° 815 "Silman Edmundo B. Vs. Algodonera San Nicolás S.A. s/Daños y Perjuicios" del 17/09/02), entre otras.

En definitiva, la línea jurisprudencia es muy clara y contundente; y prácticamente no deja mucho margen para analizar el aspecto "subjetivo" de la culpabilidad de la víctima, o de un tercero. Es que cuando se acreditó que *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, **bastaba que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.**" (CSJN, in re: "INSAURRALDE HILARIO c/ ACEROS BRAGADO MB SA Y OTROS/ACCIDENTE - ACCIÓN CIVIL; Sentencia del 10/12/2013; Fallos: 336:2321); a lo que se agrega que **la culpa de la víctima con aptitud para cortar -totalmente- el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor.** (CSJN, causas: "TREJO" y "GOMEZ", ya citadas).

En el caso concreto, me parece importante reiterar que está reconocido/probado que el actor estaba trabajando en el establecimiento de la empresa demandada, cumpliendo funciones laborales propias de su relación de empleo (gomero), sujeto a la organización y dirección del empleador, desplegando una actividad riesgosa (manipulando e inflando un neumático de gran porte), conforme se plasmó supra.

Por lo tanto, la plataforma fáctica reconocida/acreditada, nos lleva directamente a la aplicación de los lineamientos establecidos por la CSJN y Corte local (antes señaladas).

Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, debo concluir que a la luz de la plataforma fáctica determinada, que los presupuestos fácticos del caso, nos conducen a aplicar la *responsabilidad objetiva* a la empleadora; lo que nos permite determinar que la empleadora resulta civilmente responsable por los daños sufridos por el trabajador; en tanto no logró demostrar **la culpa exclusiva de la víctima, con aptitud para romper el nexo de causalidad; la que debía aparecer como la única causa del perjuicio, o bien revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor.**

La empleadora/demandada no ha producido prueba alguna, que resulta conducente para lograr eximirse de la responsabilidad, conforme las premisas establecidas por los superiores tribunales (ya explicitadas).

En mérito a lo expuesto, considero que en el caso se encuentran cumplidos los presupuestos legales que permiten atribuir la

responsabilidad civil objetiva al empleador Libertad SRL; y el consecuente derecho del actor de obtener la reparación plena por los daños sufridos en el accidente sucedido el 23/12/03, con motivo y en ocasión de su trabajo; por lo que se hace lugar al reclamo resarcitorio, cuyos alcances se establecerán más adelante. Así lo declaro.

VIII. QUINTA CUESTION: Responsabilidad de GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. - Defensa de falta de legitimación pasiva.

Ya quedó definida la **plataforma fáctica** precedentemente (ver los apartados **VII.1.A al VII.1.C**; a cuyos términos me remito en honor a la brevedad); por lo que corresponde ingresar en el análisis de la responsabilidad de la Aseguradora demandada.

Así las cosas, y conforme quedó trabada la litis, corresponde examinar si en el caso están acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil invocados en la demanda, como fundamento de su pretensión contra la aseguradora de riesgo de trabajo.

Para poder imputar responsabilidad civil a la ART, resulta necesario determinar si existió relación de causalidad entre omisiones de lo que serían los "deberes de prevención" a cargo de la Aseguradora (impuestos por la LRT, normas de higiene y seguridad, y las normas complementarias), y el daño sufrido por el trabajador; y será responsable en la medida que esa inobservancia u omisión de contralor, sea la que permitió que suceda el accidente; o dicho de otro modo, establecer si el cumplimiento del "deber de actuar" omitido por la ART, habría evitado o impedido la producción del daño, en el caso concreto.

Es que -en el caso concreto- se le está imputando a la ART responsabilidad de naturaleza civil, y la misma provendría de las omisiones legales incurridas (omisión de cumplir un mandato o deber legal), y en tanto esas omisiones resulten productoras del daño que sufre la víctima, situación que encuentra fundamento normativo en lo dispuesto por el art. 1074 del Código Civil, en cuanto establece que 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. La responsabilidad proveniente del art. 1074 Cód. Civ. presupone que la ART haya

incumplido de un deber propio de obrar, emergente no del contrato de seguro, sino de una obligación que le es impuesta por las leyes que rigen la materia a las aseguradoras de riesgo del trabajo, puntualmente lo referido al cumplimiento de los deberes de prevención de riesgos del trabajo que emergen tanto de la LRT, y normas complementarias.

Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual subjetiva frente al trabajador, en donde se debe invocar y probar la culpabilidad en sentido amplio -esto es abarcativo de dolo o culpa- por omisión de la ART, y su intervención en el nexo causal. Es decir, debe verificarse en primer lugar, si efectivamente existe omisión por parte de la aseguradora, para recién analizar si existe nexo de causalidad entre las inobservancias de alguna de las obligaciones que el sistema legal de control le impone a la aseguradora y el siniestro sucedido.

Dicho en otras palabras, lo que se debe analizar para dilucidar si corresponde, o no, la responsabilidad de la ART en los términos del art. 1074 Cód. Civil (responsabilidad por omisión), es **si la Aseguradora demandada tenía una obligación de obrar**, y en su caso **se debe determinar cuál es la eventual incidencia del incumplimiento (si lo hubiera), en la producción del hecho dañoso**.

Este análisis, en definitiva, nos permitirá determinar si existió **nexo de causalidad entre las supuestas omisiones de la aseguradora, y el hecho dañoso sufrido por el trabajador**, de modo tal que se le pueda asignar culpa a la aseguradora (respecto del siniestro padecido por el actor), como consecuencia de esas omisiones de contralor y prevención de riesgos laborales que el plexo normativo vigente (a la fecha del siniestro), ponía a su cargo.

VIII.1. OMISIONES QUE EL ACTOR ATRIBUYE A LA ART DEMANDADA.

Con anterioridad se hizo referencia que el actor, en su demanda, puntualizó algunas de las omisiones que atribuye a la Aseguradora, y que nos parece relevante recordar en esta instancia.

Expuso lo siguiente:

*"...Los demandados (EMPLEADOR Y ART) debieron implementar ... y no hicieron, si se quiere **Programas de Educación***

sobre Riesgos Laborales dado el tipo de actividad que desarrollaba el actor en un ámbito riesgoso por la maquinaria utilizada, con el fin de prevenir accidentes de trabajo. Así debió la ART controlar que la patronal concretara Planes Estratégicos sobre las fuentes de riesgo y las formas de actuación para disminuirlos...."

Criticó la falta u omisión en llevar adelante una "política empresarial, como lineamientos preventivos concretos para evitar siniestros laborales", expresando que "debieron implementar un Plan de Acción Concreto, para concientizar a los trabajadores de la empresa en materia de prevención, con el fin de evitar infortunios laborales..."

Luego expuso, en concreto, las medidas o planes omitidos, tanto por la empleadora, como por la aseguradora, entendiendo que las demandadas debían implementar, y controlar el cumplimiento de los siguientes temas.

"...Debieron incluir medidas o plan de acción concreto tales como:

...1) Implementar CURSOS DE CAPACITACIÓN destinado a los trabajadores, entregando material de estudio para su capacitación específica a cada asistente, con el fin de concientizar a los trabajadores de la Empresa, en materia de Prevención de Accidentes de Trabajo.

...2)- Proveer y/o exigir y/o controlar a los empleados, a través del Sector Personal o de Recursos Humanos. ELEMENTOS DE PROTECCION PERSONAL, indispensables por el tipo de trabajo para la seguridad de los empleados, que por el tipo de tareas del actor, la ART debió exigir y controlar el uso de:

"...3)- Relevar las CONDICIONES DE LOS ELEMENTOS O MAQUINARIAS DE TRABAJO (Compresor de aire, Recapadora de goma. Infladores, etc.) utilizados por los trabajadores en la gomería de la empresa en el presente caso, con la finalidad de constatar su óptimo estado y controlar periódicamente su perfecta conservación...

...5)- Efectuar un ANALISIS SINIESTRAL, que muestre la evolución anual de los accidentes laborales que sufrieron los trabajadores en los diferentes sectores dentro de la empleadora, con el fin

de reducir y/o determinar disminución de siniestralidad laboral.

...6)- La Art demandada debió prevenir los RIESGOS ESPECIALES por el AMBITO DE TRABAJO en que se encuentran los trabajadores. Estos deben estar preparados, conocer y anticipar.

...Es decir que la ART debió (y no lo hizo) implementar, verificar y controlar la adopción por su parte y por parte del empleador de Planes de Acción concreto, que también abarcan a los demás riesgos laborales relevados en la empresa. Es evidente que hubo otros incumplimientos a la normativa vigente, pero son los aquí mencionados los que cobraron relevancia plena en el siniestro denunciado, toda vez que si se hubiera cumplido con sólo algunos de éstos puntos, el actor estaría sano sin duda alguna..."

(Fin de transcripción de la demanda. Las negritas y el subrayado, es del texto original de la demanda).

Antes de continuar con el análisis de lo expuesto por la parte actora, sobre las omisiones relevantes a la ART demandada, me

parece necesario hacer una breve reseña de lo que sería el *marco normativo* que, según mi criterio, obligaba a la Aseguradora a actuar en un determinado sentido; esto es, capacitando sobre los riesgos de la actividad específica del actor, proponiendo medidas de prevención concretas, respecto de la utilización de elementos y/o equipos, necesarias para evitar o eliminar los riesgos concretos de la actividad, e incluso controlando tanto la implementación de dichas medidas, como el uso de los elementos y aparatos destinados a prevenir, evitar o limitar situaciones de riesgo propias de la actividad que cumplía el actor, en la gomería de la demandada; y que -de haberlo hecho y cumplido- como se verá más adelante, el siniestro pudo haberse evitado.

VIII.2. MARCO NORMATIVO QUE OBLIGA A LA ART A ACTUAR, PARA PREVENIR EVITAR O ELIMINAR RIESGOS LABORALES EN EL CASO.

Antes de continuar con el análisis de la responsabilidad de la Aseguradora, por omisión, me parece necesario delimitar el marco normativo de la cuestión planteada, en base a la plataforma fáctica determinada.

Lo primero que debo destacar es que la Ley de

Riesgos del Trabajo (24.557), en su **Art. 1º** nos dice que entre **los objetivos** de la ley se encuentra: **a) la prevención de los riesgos** y la reparación de los daños derivados del trabajo; **b) Reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo**; **c) Promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados.**

Por su parte, en el **Art. 4** de la misma ley 24.557, se consagran obligaciones puntuales para las partes (incluidas las Aseguradoras de riesgo del Trabajo); dice en sus apartados, lo siguiente:

*"...1. Los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, **así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo.** A tal fin y sin perjuicio de otras actuaciones establecidas legalmente, **dichas partes deberán asumir compromisos concretos de cumplir con las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo.** Estos compromisos podrán adoptarse en forma unilateral, formar parte de la negociación colectiva, o incluirse dentro del contrato entre la ART y el empleador..."*

*..."2. Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo **deberán establecer exclusivamente para cada una de las empresas o establecimientos considerados críticos,** de conformidad a lo que determine la autoridad de aplicación, **un plan de acción** que contemple el cumplimiento de las siguientes medidas:*

- a) **La evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución;***
- b) **Visitas periódicas de control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo y del plan de acción elaborado en cumplimiento de este artículo;***
- c) **Definición de las medidas correctivas que deberán ejecutar las empresas para reducir los riesgos identificados y la siniestralidad registrada;***
- d) **Una propuesta de capacitación para el empleador y los trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo.***

Las ART y los empleadores estarán obligados a

informar a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo o a las Administraciones de Trabajo provinciales, según corresponda, la formulación y el desarrollo del plan de acción establecido en el presente artículo, conforme lo disponga la reglamentación.

3. A los efectos de la determinación del concepto de empresa crítica, la autoridad de aplicación deberá considerar especialmente, entre otros parámetros, el grado de cumplimiento de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo, así como el índice de siniestralidad de la empresa.

4. La ART controlará la ejecución del plan de acción y estará obligada a denunciar los incumplimientos a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

5. Las discrepancias acerca de la ejecución del plan de acción serán resueltas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo."

(Texto conforme Decreto 1278/2000, cuyo Art. 1º sustituyó los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 4º de la Ley Nº 24.557).

Por su lado, la **Ley 19.587 sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo**, establece que **las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo se ajustarán**, en todo el territorio de la República, **a las normas de la presente ley y de las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten** y que sus disposiciones **se aplicarán a todos los establecimientos y explotaciones**, persigan o no fines de lucro, cualesquiera sean la naturaleza económica de las actividades, el medio donde ellas se ejecuten, **el carácter de los centros y puestos de trabajo y la índole de las maquinarias, elementos, dispositivos o procedimientos que se utilicen o adopten.**

En su **Art. 4º** expresa que la higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto: **a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores; b) prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo; c) estimular y desarrollar una actitud positiva respecto de la prevención de los accidentes o enfermedades que puedan derivarse de la actividad laboral.-**

Asimismo, resulta del caso destacar las

disposiciones contenidas en los arts. 5, y, 8 y 9, en cuyas normas se consagran los principios básicos y métodos de ejecución, entre los que vale la pena mencionar:

Artículo 5º: a) la creación de servicios de higiene y seguridad en el trabajo y de medicina del trabajo de carácter preventivo y asistencial (inc. a); **b) estudio y adopción de medidas para proteger la salud y la vida del trabajador en el ámbito de sus ocupaciones** (inc. h); y c) **determinación de condiciones mínimas de higiene y seguridad para autorizar el funcionamiento de las empresas y establecimiento** (inc. k).-

El **Artículo 7º** nos dice que: "...Las reglamentaciones de las condiciones de seguridad en el trabajo deberán considerar primordialmente: **a) instalaciones, artefactos y accesorios; útiles y herramientas: ubicación y conservación**; b) protección de máquinas, instalaciones y artefactos; c) instalaciones eléctricas; d) equipos de protección individual de los trabajadores; e) prevención de accidentes del trabajo y enfermedades del trabajo; f) identificación y rotulado de sustancias nocivas y señalamiento de lugares peligrosos y singularmente peligrosos; g) prevención y protección contra incendios y cualquier clase de siniestros.

Artículo 8º - Todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo: a) a la construcción, adaptación, instalación y equipamiento de los edificios y lugares de trabajo en condiciones ambientales y sanitarias adecuadas; b) a la colocación y mantenimiento de resguardos y protectores de maquinarias de todo género de instalaciones, con los dispositivos de higiene y seguridad que la mejor técnica aconseje; c) al suministro y mantenimiento de los equipos de protección personal; d) a las operaciones y procesos de trabajo.

El **Artículo 9º** refiere que, sin perjuicio de lo que determinen especialmente los reglamentos, son también obligaciones del empleador, entre otras: a) *disponer el examen preocupacional y revisión médica periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud*; b) **mantener en buen estado de conservación, utilización y funcionamiento, las maquinarias, instalaciones y útiles de trabajo.**-

Finalmente, me parece importante hacer referencia a lo previsto en el **decreto 170/96, reglamentario de la ley 24.557**, en particular los Arts. 18, 19, 20 y 21 del mismo, en cuanto obligan a las aseguradoras a cumplir con lo siguiente:

*"...Art. 18. - (Reglamentario del artículo 31, punto 1, inciso e) de la Ley Nº 24.557) - 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.***

*d) **Suministro de información relacionada a la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos.***

Art. 19. - Las aseguradoras **deberán 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 en 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.***

*d) **Promover la integración de comisiones paritarias de riesgos del trabajo y colaborar en su capacitación.***

*e) **Informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la Ley sobre Riesgos del Trabajo y el presente decreto, en particular sobre los derechos y deberes de cada una de las partes.***

f) Instruir, a los trabajadores designados por el empleador, en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del Plan de Mejoramiento.

g) Colaborar en las investigaciones y acciones de promoción de la prevención que desarrolle la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

h) Cumplir toda obligación que establezca la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo determinar la frecuencia y condiciones para la realización de las actividades de prevención y control, teniendo en cuenta las necesidades de cada una de las ramas de cada actividad.

Art. 20. - Para cumplir con las obligaciones establecidas precedentemente **las aseguradoras deberán contar con personal especializado en higiene y seguridad** o medicina del trabajo de **modo que asegure la atención en materia de prevención de riesgos de sus afiliados.**

Art. 21. - La **capacitación brindada por la aseguradora deberá realizarse en el domicilio del empleador** o del establecimiento en su caso, salvo acuerdo en contrario. Las fechas y horarios de capacitación serán acordados con el empleador."

(Fin de transcripción, las negritas y subrayado, me pertenece).

Me parece importante también, hacer referencia a calificada Doctrina en la materia, que nos ilustra sobre la importancia de la **prevención** en materia de riesgos del trabajo; es decir, hace hincapié en la importancia de poner los mayores esfuerzos en la "**prevención de los riesgos del trabajo**".

El distinguido Profesor Mario E. Ackerman, parte de una base muy simple, cual es que la mayor parte de los eventos [siniestros] o circunstancias que provocan daños a las personas que trabajan **no son fruto del azar, ni consecuencia de causas naturales, sino de causas que pueden ser descubiertas y se pueden evitar a bajo costo**, a partir de la **creación de un ambiente laboral sano y seguro.**

El Dr. Ackerman, donde se exploya sobre la

necesidad de "prevención" de los riesgos; más que en una reparación posterior.

En su obra, expone lo siguiente:

"...De cara a los daños que puedan producirse a las personas, el jurista tiende a posar su mirada sobre el sujeto responsable

de tal reparación y en el modo y el *quantum* reparador, **desatendiendo las acciones que se podrían intentar para evitar que el daño se produzca.**

Tal regla general no suele ser alterada en el territorio de la especialidad que suponen los daños a las personas que trabajan, materia esta que normalmente forma parte de las incumbencias de la medicina, la ergonomía, la ingeniería, la sociología y la psicología del trabajo y otras disciplinas afines que, como advierte Vasilachis de Gialdino, al abordar los daños a la salud que puedan sufrir los trabajadores, se ocupan más del *ex ante* que del *ex post* (cita: Vasilachis de Gialdino, Irene; Enfermedades y Accidente Laborales; un análisis sociológico y jurídico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pg. 14 y 59).

Sin embargo, lo cierto es que **cuando de la vida humana se trata, toda reparación es inevitablemente insatisfactoria, ya que por generosa que ella resulte en términos económicos, difícilmente podrá disimular su impotencia para reparar lo que es naturalmente irreparable.**

Esto se hace más evidente aun cuando se trata de las personas que trabajan, quienes, para *ganarse la vida*, y cual si fuera un juego de azar, se ven obligadas a arriesgarla o, cuando menos, a someterse al alea de perder parte o todo de lo único que poseen, esto es, ellas mismas y su capacidad de trabajo (cita: Como recuerda Carlos Rodríguez, citando a Echeverría y Duhart, la salud es la reserva más importante que tiene los trabajadores. Ver RODRÍGUEZ, Carlos A., a cerca de la salud de los trabajadores. CC. OO, Madrid, 1993, pg. 17)

Y bien es sabido que nada, ni nadie, podrían devolver al trabajador, o a su familia, la capacidad laboral y, menos aún, la vida perdida.

Tal es la primera razón que explica, no sólo que **es en las políticas de prevención de los riesgos del trabajo donde deben**

ponerse los mayores esfuerzos, sino también que ésta sea la tendencia que hoy prevalece en el mundo de las relaciones laborales, en la inteligencia de que la mayor parte de los eventos o circunstancias que provocan daños a las personas que trabajan *no son fruto del azar ni consecuencia de causas naturales, sino de causas que pueden ser descubiertas y se pueden evitar* (cita: LOPEZ GANDÍA, Juan, y BLASCO LAHOZ, José F, curso de prevención de riesgos laborales, 3º Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001) **a bajo costo** (cita: CONTE-GRAND, Alfredo y RODRIGUEZ, Carlos, "Cobertura de los Riesgos del Trabajo: Manual con experiencias actuales y Alternativas OIT, SANTIAGO DE CHILE, 1999, P.28), **a partir de la creación de un *ambiente laboral sano y seguro*...**" (Fin de transcripción. MARIO E. ACKERMAN; "LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO, Comentada y Concordada, Actualizada con ley 27.348 y Resolución SRT 298/2017"; RUBINZAL - CULZONI EDITORES; ps. 244/245). Las negritas me pertenecen. Las cursivas, son del texto original.

Otro calificado doctrinario también nos marca algunas pautas sobre la conducta que deben desplegar las ART en su rol de prevención de daños laborales:

"...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 dicho por los arts. 4, inc. 1º y 31 de la LRT y del decreto 170/96..." (Schick, Horacio, Riesgo del Trabajo, temas fundamentales, SuGráfica, 2010, pag. 189/190).

Luego de examinar el marco normativo, como las enseñanzas de los distinguidos autores mencionados (sobre la materia que nos ocupa), considero necesario analizar el accionar o comportamiento de la Aseguradora, para poder determinar si es posible, o no, atribuir responsabilidad civil a la misma, como consecuencia del accidente sufrido por el actor; pudiendo adelantar -desde ya- que considero que la ART demandada debe responder

civilmente frente al actor, en el presente caso.

VIII.3. INCUMPLIMIENTOS DE PARTE DE LA ART DEMANDADA, A LAS OBLIGACIONES DE PREVENIR EFICAZMENTE, EVITAR O ELIMINAR RIESGOS LABORALES EN EL CASO CONCRETO.

Si examinamos las particularidades del caso, no cabe duda que tratándose -la actividad laboral del actor-, de una *actividad riesgosa* (conforme quedo determinado: trabajos en una gomería de un establecimiento que explota colectivos de gran porte para brindar servicio público de pasajeros; que involucra el trabajo diario con neumáticos de gran porte que utilizan los vehículos afectados a tales servicios); considero que las demandadas, en particular la ART, debió tener una **intervención activa** -como sujeto obligado a prevenir eficazmente riesgos del trabajo- tendiente a **capacitar al personal** de la empresa empleadora (sobre **procedimientos de trabajo seguro**, incluyendo **utilización de elementos de seguridad**), como también controlar no solamente que se cumplieran dichos procedimientos, sino también la utilización de los elementos de seguridad, con la finalidad de prevenir accidentes laborales, en las tareas específicas (de la gomería de la empresa empleadora); pero sobre todo, verificar que existan los medios adecuados y necesarios, para el ejercicio de dichas tareas riesgosas.

Es que, como lo exige la normativa en vigencia en la fecha del siniestro (ver: arts. 18,19 y 20 y Ctes. del Dcto. 170/96, reglamentario de la ley 24.557), las ART dedeb "... **realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo...**"; y a "...**Vigilar la marcha del Plan de Mejoramiento en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas...**", y a "...**Verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el Plan de Mejoramiento**", como también a "...**Brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos...**"; no puede -actuando con la mínima previsión propia de sus conocimientos en la materia- ignorar, o mejor dicho no prever, los "riesgos intrínsecos" que conllevan las tareas de montaje y desmontaje (incluyendo maniobras de parchado e inflado, etc.) de los neumáticos de vehículos de gran porte, como lo son los utilizados en el transporte público de pasajeros, que eran manipulados diariamente por el actor en el desempeño de sus funciones; de

modo tal, que necesaria y razonablemente debía -en el marco normativo examinado- haber planificado y capacitado al personal de la empresa sobre cómo era el **procedimiento a seguir, para un trabajo seguro** (incluyendo no solo la capacitación para cumplir el trabajo, sino también la relacionada con la utilización de elementos y dispositivos de seguridad, para cumplir el mismo), lo que debía ser estrictamente monitoreado y controlado, en razón -insisto- de la peligrosidad que conllevan las fases operativas que incluyen el desmontaje desarmado, reparación, inflado de los neumático de ese tipo de vehículos (gran porte).

En efecto, si se tiene presente que el actor cumplía -al momento del accidente- tareas de "gomero" (en una empresa que brinda servicio público de transporte de pasajeros), implica que estaba manipulando diariamente **neumáticos de gran porte (que utilizan los colectivos afectados al servicio)**; por lo tanto, considero que resultaba indispensable que la empresa empleadora, a instancias y bajo el contralor de la Aseguradora (ambas en la condición de sujetos obligados a prevenir eficazmente riesgos del trabajo), hayan cumplido con medidas básicas, como serían no solo la "capacitación" de los trabajadores para ese tipo de labores, sino más bien la **confección de un manual de instrucciones o procedimientos (de trabajo seguro)**, en el cual se establezcan **las formas o procedimientos de trabajo seguros**; esto es, donde se indique los pasos o protocolos de seguridad que se deben seguir, y elementos o dispositivos de

seguridad que se deben utilizar, para limitar, minimizar, o evitar, los riesgos en ese tipo de trabajo (operaciones del desmontaje, reparaciones, inflado y montajes de los neumáticos). Insisto en que, además de tener un "manual" o "guía" de trabajo, también debía estar previsto -en ese protocolo de trabajo- qué tipo de **elementos de seguridad** (dispositivos o máquinas se debían usar para cumplir esas tareas de riesgo en forma segura).

Al respecto, aclaro que cuando me refiero a operaciones más críticas -desde el punto de vista del riesgo- estoy haciendo referencia a las **operaciones de inflado** de ese tipo de neumáticos (gran porte); ya que considero que -cuando se ejecuta tal labor- **no debe considerarse que es "fruto del azar"** (como enseña la doctrina citada), **el desprendimiento violento del "aro" del neumático**, sino que se trata de **una cuestión "previsible", "factible" y sobre todo "evitable"**; y como tal, se pueden -y se deben- tomar las

medidas de seguridad idóneas, para prevenir e impedir los daños que pueden ocasionarse por el desprendimiento violento del aro del neumático, como sucedió en el caso que nos ocupa.

Es que cuando hablamos de medidas o acciones para **"prevenir eficazmente los riesgos del trabajo"** (Confr. Art. 4, inc. 1 de LRT), no solo debe pensarse en meros o simples cursos de capacitación, sino que esas medidas deben incluir tanto la capacitación propiamente dicha en las específicas tareas (cursos teórico/prácticos, con diagramas para cumplir el trabajo, etc.), como también la obligación de contralor y seguimiento (con visitas periódicas) por parte de la aseguradora de medidas de acción concreta para reducir y prevenir los riesgos identificados en ese tipo de empresas, y verificar que existan los medios y herramientas adecuadas para el ejercicio de determinadas tareas; no pudiendo pasar desapercibidas, ni ser ignoradas, las **labores de riesgo** que cumplía el actor, ya que las mismas conllevan un elevado riesgo (previsible) para los trabajadores, en la medida que las mismas no sean cumplidas por *personas capacitadas* y trabajando en un *ambiente laboral seguro*; lo que implica -como se dijo- la necesaria **capacitación** para poder cumplir las labores siguiendo un procedimientos de trabajo seguro, y el asesoramiento sobre la ineludible **utilización de los elementos o dispositivos de seguridad**, tendientes a evitar el **riesgo concreto** que -insisto- resulta **previsible**, como lo es el **desprendimiento violento del aro de un neumático**.

La Aseguradora debía asesorar sobre la necesidad de contar con herramientas y elementos de seguridad (tales como jaulas o prensas), para ser utilizadas al momento de proceder al "inflado" del neumático; y a la vez verificar que exista conocimiento por parte de los trabajadores, del manejo de las mismas, de modo tal, que dichos dispositivos de seguridad sirvan de **"contención"** efectiva, **evitando o impidiendo, el despegue o desprendimiento violento del aro** (como ocurrió en el caso que nos ocupa); y de ese modo se eliminaría la posibilidad de que suceda un accidente como el que sufriera el actor en autos. Es decir, como se verá más adelante, el accidente sufrido por el actor, se pudo evitar si el mismo, además de la capacitación, tenía a su alcance un **dispositivo de seguridad básico e indispensable (y de bajo costo)**, que le hubiese permitido realizar ese tipo de trabajo en forma **segura**. Sobre el tema, volveré más adelante.

Antes de abordar en profundidad lo que -en mi opinión- sería el "*procedimiento de trabajo seguro para el actor*" (en el caso particular, contando con un dispositivo de contención, para el caso de desprendimiento del aro del neumático), me parece importante destacar que si bien este Magistrado no encontró una norma regulatoria específica, vigente a la fecha del siniestro del actor, que regulase concretamente los procedimientos de trabajos seguros para cumplir las operaciones de **inflado de neumáticos con aro** (caso de autos), no es menos cierto que sí pude corroborar que existe, desde el año 2015, una regulación particular para el caso de manipulación de los neumáticos para **"auto-elevadores"**; vehículos éstos, que utilizan neumáticos se pueden asimilar a los usados en el caso que nos ocupa, dado que los "auto-elevadores" también utiliza neumáticos de gran porte, similares a los utilizados por colectivos en el transporte de pasajeros.

Sobre el tema "auto-elevadores" la Resolución n° 960/15, en su artículo 23 expresa que cuando **se deba inflar el rodado neumático y este tenga llantas con aro**, esta operación deberá realizarse mediante el empleo de un dispositivo que impida la proyección de objetos.

Aclaro que el hecho que no haya existido una norma expresa que regule la necesidad de utilizar un dispositivo que impida la proyección de objetos, en los casos en que se deban **inflar los neumáticos de un colectivo (que tienen llantas con aro)**, ello no implica que a partir de la normativa general (de riesgos del trabajo y la de higiene y seguridad del trabajo), no se puede concluir que existía la obligación de contralor en la tarea, lo que permite imputar responsabilidad a la Aseguradora, conforme ya fuera adelantado.

Por el contrario, la existencia de dicha resolución (n° 960/15), no hace más que corroborar y ratificar la necesidad de cumplir ese tipo de trabajos (inflado de neumáticos con aro), respetando pautas o procedimientos de trabajo previamente diagramados, y utilizando un "dispositivo

de seguridad" que evite o impida la proyección o desprendimiento violento de objetos (aro) del neumático.

Así las cosas, partir de dicha norma referencial que -insisto- regula una actividad que se puede asimilar a la cumplida en el caso que nos ocupa (dada la similitud de los neumáticos, que en ambos casos son gran porte y con aro), y en uso de las facultades que me confiere el digesto procesal

para desentrañar la verdad material, este Magistrado asumió una conducta pro activa procurando examinar e indagar sobre la existencia de información o datos que permitan concluir -aun sin ser un especialista en higiene y seguridad del trabajo- que el accidente sufrido por el actor era previsible y evitable, si ese mismo trabajo se cumplía estando **capacitado y en un ambiente de trabajo seguro**; es decir, tomando en cuenta las particularidades de caso que nos ocupa, traté de indagar si existía información al respecto, que nos permita inferir razonablemente, que sí era posible **advertir y prevenir eficazmente el riesgo** que se genera al cumplir con el trabajo que realizaba el actor; en concreto, para evitar que al efectuar dicho trabajo, se pudiera desprender, o salir proyectado violentamente, el aro del neumático (al momento del inflado), y lesionar al trabajador.

En relación, Nuestro más Alto Tribunal de la Nación, reiteradamente afirmó que: "**es deber de los jueces asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica**, que reconoce base constitucional, concorde con el adecuado servicio de justicia (ED 44-194; 60-131), y **que nada excusa la indiferencia de los jueces respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo** (ED 131-218; 149-667)" (cfr. CSJT: sentencia Nº 72, del 26-02-1997).

Por su parte, el art. 10 del CPL establece una serie de facultades que los jueces del trabajo pueden adoptar en cualquier etapa del proceso, tendientes a garantizar y preservar el normal desenvolvimiento del proceso y el pronunciamiento de una sentencia justa al decir en su parte pertinente que: "...los magistrados del Trabajo tienen la dirección y contralor en la tramitación de los juicios que conozcan, pudiendo disponer de oficio todas las diligencias que estimen convenientes para establecer la verdad de los hechos cuestionados o evitar nulidades de procedimiento, tratando de no lesionar el derecho de defensa de las partes, ni suplir su negligencia, ni romper la igualdad en el proceso...".

En este sentido, los jueces ostentan un papel activo como directores y ordenadores del procedimiento, con facultad de disponer cuanto sea necesario a los fines de esclarecer la verdad de los hechos y asegurar a la causa una decisión conforme a derecho.

Es decir, la actividad "proactiva" de este

Sentenciante, tiene que ver con lo que sería el deber de "aplicar el derecho" (Confr. Art. 128 y Cctes. CPCC, supletorio), y no tanto con la plataforma fáctica de la causa (que quedó delimitada con la traba de la litis y pruebas producidas), documentación allí introducida y pruebas producidas en la causa.

Al respecto, me parece importante recordar las enseñanzas del Maestro Morello, quién ha tenido la oportunidad de expresar que: *"Si bien el papel **del juez es obviamente neutral, no es indiferente sino comprometido con los resultados de la jurisdicción**"* (Morello, Augusto, Armonización y unificación de sistemas procesales civiles, LL 2000-B-1231).

Dicho esto, y en mérito a la facultad antes enunciadas, considero necesario hacer referencia a la información obtenida, como también adelantar algunas conclusiones a las que pude arribar, que -en definitiva-, me generan la convicción, o el convencimiento, que sí era posible realizar las tareas que cumplía el actor, de una forma "segura", con la finalidad de prevenir o evitar, el accidente sucedido.

VIII.3. 1.- ANTECEDENTES DE ACCIDENTES SIMILARES AL PADECIDO POR EL ACTOR.

Lo primero que diré, es que resulta llamativa la cantidad de accidentes ocurridos en labores similares a las cumplidas por el actor; esto es, manipulando, reparando o inflando un neumático de gran porte.

En efecto, buscando y analizando antecedentes de accidentes similares, pude constatar que no pueden considerarse "imprevisibles" los mismos, sino todo lo contrario, son **accidentes previsibles**, y en la mayoría de los casos, con consecuencias graves (lesiones severas, o el fallecimiento del trabajador, incluso pude conocer de un caso que en el mismo accidente fallecieron dos operarios al mismo tiempo, en forma instantánea, por el desprendimiento del aro del neumático de un tractor) puede verse: https://www.ellitoral.com/red-de-medios/trabajadores-murieron-golpeados-aro-neumatico_0_H13yv6qF5u.html).

También llamó la atención a este Sentenciante, la existencia de un "blog" ("Safety Blog"), de noticias sobre higiene y seguridad del trabajo, donde se informaba sobre distintos siniestros de las mismas características del padecido por el actor, a saber:

a.- Accidente mientras trabajaba con el neumático

de un camión, que explotó y sufrió heridas graves. Ocurrido en Rosario del Tala (<https://redproteger.com.ar/safetyblog/trabajaba-con-el-neumatico-de-un-camion-la-cubierta-explota-y-sufrio-heridas-graves-su-estado-es-delicado/>)

b.- Accidente ocurrido en Jesús María, Córdoba, mientras trabajaba en una gomería, y le explotó una cubierta en la cara y falleció, ver: <https://redproteger.com.ar/safetyblog/cordoba-trabajaba-en-una-gomeria-le-explota-una-cubierta-en-la-cara-y-fallecio/>

c.- Accidente ocurrido en la Provincia de Chaco, a un operario mientras inflaba la rueda de un tractor, el neumático explotó, el aro le dio en la cara y lo mató; ver <https://redproteger.com.ar/safetyblog/tragedia-inflaba-la-rueda-de-un-tractor-el-neumatico-explota-el-aro-le-dio-en-la-cara-y-lo-mato/>

d.- Trágico accidente en la localidad de Achiras, Río Cuarto, Córdoba, de un trabajador que manipulaba una cubierta de camión, que explotó y le produjo importantes lesiones y falleció.

Ver: <https://redproteger.com.ar/safetyblog/dolor-en-achiras-se-le-explota-una-cubierta-y-murio/>

e.- Accidente con serias lesiones a camionero por desprendimiento de una goma, cuando intentaba desarmar el neumático; puede verse en: <https://lapridaweb.com.ar/juarez-serias-lesiones-a-camionero-por-desprendimiento-de-una-goma/>

Considero que los ejemplos citados, claramente permiten tomar cabal dimensión de la peligrosidad de las tareas de un gomero, al manipular neumáticos de gran porte (maquinas viales, camiones, colectivos, auto-elevadores, etc.). Es decir, esto nos permite tomar verdadera dimensión de los hechos, y -sobre todo- advertir que **se trataba de un "accidente previsible"**, lo que obligaba a la empleadora y Aseguradora, a tener, no solamente un **protocolo o manual de trabajo seguro**, sino también **un lugar o ambiente de trabajo seguro**, lo que debía incluir todos los **dispositivos de seguridad** necesarios para cumplir las labores sin riesgo para la integridad de los trabajadores.

VIII.3. 2.- ANTECEDENTES E INFORMACION SOBRE LA FORMA DE PREVENIR ACCIDENTES SIMILARES AL PADECIDO POR EL ACTOR.

Para comenzar con el análisis de datos o noticias relevantes sobre el tema que nos ocupa, no puedo dejar de referirme a una

información cuya fuente es una **publicación de muy antigua data**. Me refiero a una Revista Mecánica Popular - Volumen 10 - Marzo de 1952 - Número 3; ver: <https://www.mimecanicapopular.com/vermnota.php?n=1213>), donde ya -en el año 1952- se hacía referencia a los **"accidentes al inflar neumáticos"**, y en el mismo se brindaban algunas pautas para que el trabajo fuera seguro; lo que los permite deducir que -lo reitero- no se trata de un tema novedoso, mucho menos inusual, fortuito o imprevisible, sino que -por el contrario- **se trata de un tipo de accidente que pueden ser "previstos" y "evitados" eficazmente**; ya que desde 1952 se tenía consciencia de los peligros de dicha actividad.

Manera de inflar llantas de camiones montadas en aros de tres piezas



A fin de protegerse contra posibles accidentes al inflar neumáticos montados sobre un aro de tres piezas, provisto de un lado desmontable que puede saltar con fuerza y lastimar al que efectúa la operación, ensaye usted lo siguiente: Después de montar el neumático y de armar el aro, infle aquél con unas cuantas libras de aire y, con un martillo, golpee el anillo sujetador en varios lugares para asegurarse de que se encuentra correctamente asentado. A continuación, antes de inflar el neumático por completo, colóquelo en el suelo, con la pieza desmontable hacia abajo. De esta manera, el suelo y el peso del neumático absorberán el impacto en caso de que el anillo sujetador salte. L. W. Crosby, West Medway, Massachusetts.

Fuente: Revista Mecánica Popular - Volumen 10 - Marzo de 1952 - Número 3

Más Mini-Artículos

Se adjunta a la presente imagen digitalizada sobre la información aludida.

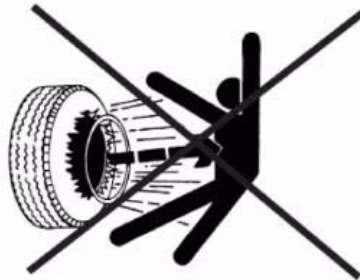
También debo mencionar -siempre a título ejemplificativo- un estudio sobre el "**Impacto por proyección de los aros de una rueda en el inflado de neumáticos de maquinaria de obra civil**" (Artículo publicado por el "Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo - Ministerio de Trabajo de España"), donde se analiza en forma exhaustiva el tema, proporcionando información no solamente sobre las "**instrucciones de trabajo**", sino también las "**Causas relativas a la organización del trabajo y gestión de la prevención**", como también sobre las "**Recomendaciones preventivas**", entre las cuales me parece importante mencionar, en la misma línea que vengo sosteniendo, en el sentido que "*procedimiento utilizado para*

estos trabajos u otros de similares características deberá realizarse conforme al manual de instrucciones de los fabricantes de neumáticos y maquinaria" (ver recomendaciones preventivas). A mayor abundamiento, se cita la fuente de información: <https://www.insst.es/stp/binvac/043-impacto-por-proyeccion-de-los-aros-de-una-rueda-en-el-inflado-de-neumaticos-de-maquinaria-de-obra-civil> y se acompaña -en archivo adjunto a la presente sentencia- en archivo pdf, donde está el informe completo, sobre lo que se denominan "SITUACIONES DE TRABAJOS PELIGROSAS". Se adjunta archivo en formato PDF sobre la información aludida.

Para finalizar con este punto, no puedo dejar de mencionar un interesante artículo (sobre: "**Seguridad en inflado y reparación de llantas**"), el cual particularmente me llamó la atención no solo por la claridad expositiva, sino también por la cantidad de información que se expone a lo largo del mismo, paso a paso, con ilustraciones (incluyendo dispositivos de seguridad: jaula y prensa); los que perfectamente podrían (y deberían) ser recopilados y difundidos por expertos en la materia. Para entender mejor este tema, resulta importante ver: <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772> que contiene diez (10) diapositivas (tipo Power Point), que instruyen e ilustran sobre la materia, y que para mayor abundamiento y claridad, serán incluidas (imágenes digitalizadas) en la presente sentencia, para mejor ilustración; y además, haciendo remisión a los link de consulta de cada una de las diez (10) imágenes informativas a las que haré referencia.

1.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#1> (anexa y digitalizada nº 1)

Seguridad en inflado y reparación de neumáticos



El salto de un aro puede ser fatal

2.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#2> (anexa y digitalizada nº 2)

¿Por qué es necesario hablar de este tema?

- ❑ En nuestro país se producen numerosos accidentes FATALES, a causa del salto del aro y anillo en el momento de inflar y desmontar el neumático.
- ❑ Estos accidentes solamente ocurren con neumáticos de vehículos de trabajo o de transporte, que utilizan aro y anillo.
- ❑ Los maestros vulcanizadores (llanteros) **no deben** reparar este tipo de neumáticos sin tomar medidas de prevención.

3.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#3> (anexa y digitalizada nº 3)

CAUSAS FRECUENTES DE ACCIDENTES

- ❑ No utilizar un dispositivo de seguridad al inflar neumáticos con llanta provista de anillo y aro.
- ❑ Trabajar con aros deformados, anillos sin pestañas, desgastados por el uso o de distinto tamaño y fabricación, llantas averiadas.
- ❑ No verificar las condiciones del material al desmontar y de la seguridad del procedimiento al iniciar el trabajo de montaje.



4.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#4> (anexa y digitalizada nº 4)

Accidentes

Un operador estaba inflando un neumático delantero de un camión, cuando el anillo de bloqueo en la rueda delantera voló golpear al operador en la cara.

El operador fue trasladado al hospital, donde murió.

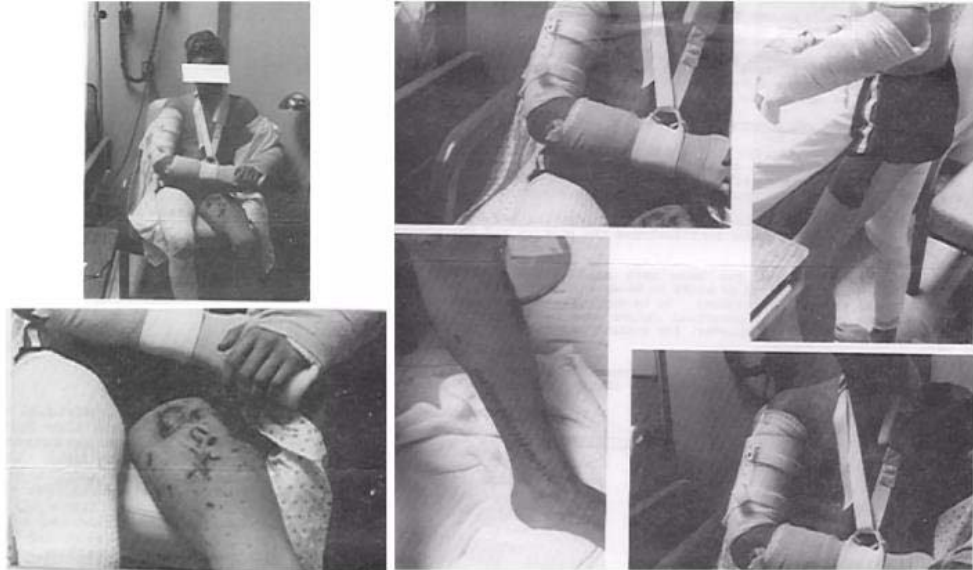
Causas básicas:

- ❑ Operador se colocó directamente en frente de los neumáticos.
- ❑ La presión de los neumáticos no controlados antes de inflarlos.



5.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#5> (anexa y digitalizada nº 5)

Accidentes



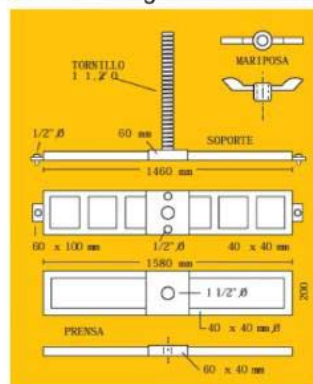
LOS ACCIDENTES DE ESTE TIPO PUEDEN SER PREVENIDOS

6.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#6> (anexa y digitalizada nº 6)

PREVENCION DE ACCIDENTES

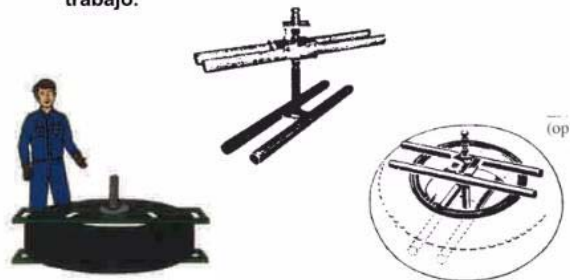
PRENSA

Dispositivo de seguridad recomendado para prevenir accidentes en la etapa de inflado de neumáticos es la "PRENSA" empotrada, cuyo plano básico se muestra en la siguiente ilustración:



UTILIZACIÓN DE LA PRENSA

- Monte el neumático en la llanta e instale el aro y el anillo.
- Ponga el neumático sobre el tornillo del soporte, inserte la prensa y atornille la mariposa sin aprisionar el neumático.
- Infle hasta 15 lbs/plg². para ajustar la cámara.
- Golpee el aro con mazo de goma hasta colocarlo en su lugar.
- Infle el neumático hasta obtener su presión de trabajo.



7.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#7> (anexa y digitalizada nº 7)

PREVENCION DE ACCIDENTES

JAULA

Una segunda alternativa recomendada para prevenir accidentes en la etapa del inflado de neumáticos es la “JAULA METÁLICA”, que se muestra a continuación:

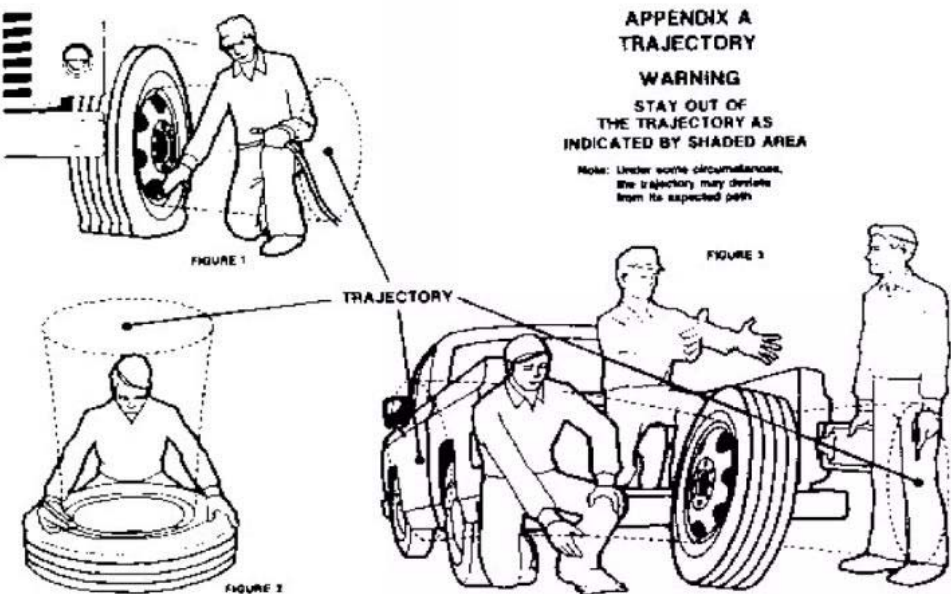


UTILIZACIÓN DE LA JAULA

- ❑ Monte el neumático en la llanta e instale el aro y el anillo.
- ❑ Infle con precaución para ajustar el anillo a la llanta. Use como máximo 10 lbs/plg2.
- ❑ Golpee el aro con mazo de goma hasta colocarlo en su lugar.
- ❑ Coloque la rueda completa en la JAULA y fije la cadena para encerrar la rueda o cierre la puerta.
- ❑ Termine de inflar el neumático, trabajando desde el lado opuesto a la posición del aro.
- ❑ Retire la rueda cuando obtenga su presión de trabajo.

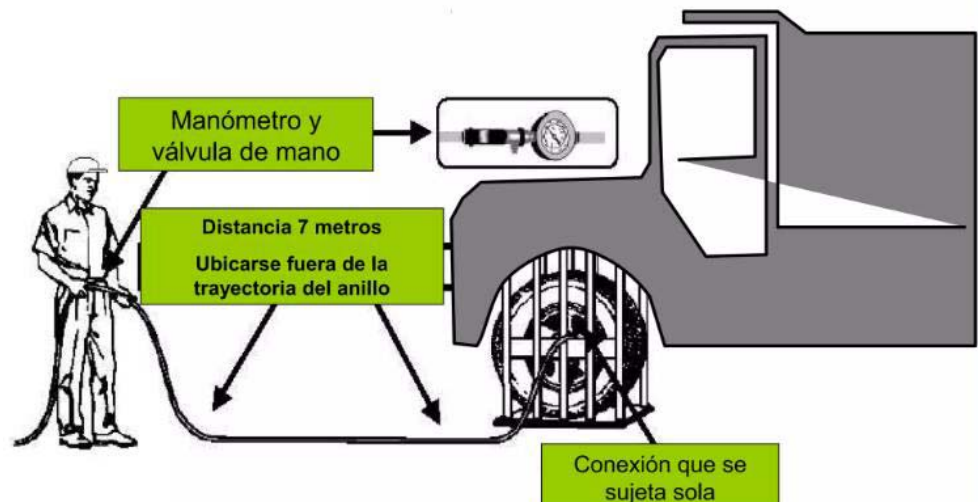
8.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#8> (anexa y digitalizada nº 8)

Zonas de Trayectoria del anillo



9.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#9> (anexa y digitalizada nº 9)

Correcto inflado de llantas



Este gráfico indica la posición y distancia del trabajador ya sea cuando se infla un neumático montado en el camión o en una jaula de seguridad

10.- <https://es.slideshare.net/slideshow/seguridad-en-inflado-y-reparacin-de-llantas/54166772#10> (anexa y digitalizada nº 10)

Recomendaciones

- Toda reparación de neumáticos debe contar con sistema de seguridad que contenga el anillo del aro en caso salga despedido.
- Mantenga la distancia de seguridad.
- Controle la presión de aire que ya contiene el neumático.
- Al rellenar aire a un neumático montado en el camión no se ubique en la trayectoria del anillo.

En particular, me parecen de importancia relevante, **las gráficas nº 6 y 7** (antes referidas e incorporadas como parte del presente pronunciamiento), que contienen y detalla dos **dispositivos o elementos de seguridad (prensa y jaula, respectivamente)**, que permiten realizar el mismo

trabajo del actor, pero sin riesgos; es decir, que son **dispositivos de seguridad simples o sencillos, capaces de evitar e impedir que suceda un accidente**, con las consecuencias del que fuera padecido por el actor en el caso que nos ocupa.

Así las cosas, y conforme los elementos y antecedentes antes reseñados, examinados y valorados, considero que el procedimiento de trabajo realizado por el actor, requería necesariamente ser cumplido no solo con una correcta capacitación previa, sino -además- con ciertos elementos de seguridad indispensables para su desarrollo seguro.

De igual modo, también me parece necesario mencionar la información que proporciona la empresa "MARTINS" (Fabricante de equipamientos de neumáticos), sobre: *¿Cómo prevenir los accidentes por inflado de neumáticos de camiones ?*. Al respecto, puede verse la página o blog del fabricante mencionado en: https://martinsindustries.com/us_es/blog/como-prevenir-los-accidentes-por-inflado-de-neumaticos-de-camiones.html

Se adjunta archivo -impresión digitalizada- sobre la información antes referida.

Me parece importante destacar que todas estas pautas de trabajo y gráficas de elementos o equipamientos de seguridad, que se adjuntan a la presente sentencia a título ilustrativo, son informaciones disponibles en la web y gráficos de "dispositivos de seguridad" que están disponibles -incluso son de fácil fabricación, sobre todo la prensa- y permiten entender que efectivamente era posible, contando con la debida capacitación y elementos de seguridad, prever y evitar el accidente sufrido por el actor; al punto tal, que me atrevo a sostener -por lo elemental de la "prensa"- que se trata de un "elemento de seguridad", muy **básico; y como tal, debería utilizarse en cualquier taller (gomería) donde se realicen procesos de montaje, desmontaje, reparación e inflado de neumáticos de vehículos de gran porte (camiones, ómnibus de transporte de pasajeros, etc.)**. Inclusive pude examinar también otros elementos similares, que en lugar de utilizarse la prensa, se utilizan "cadenas" o "cables de amarre" (para envolver el neumático y la llanta), antes de su inflado, que también permiten evitar que salga eyectado o despedido (con violencia) el "aro" del neumático (que es lo que impactó en la humanidad del actor), de modo tal, que también serían de gran utilidad para prevenir o evitar ese tipo de accidentes.

Es que, lo reitero, no puede ignorarse que en este proceso de trabajo (desmontaje, reparación, montaje e inflado del neumático de un colectivo) existe un gran riesgo de impacto (del aro que puede salir proyectado violentamente), producto de la manipulación de ese tipo de neumáticos (los que contienen un aro); razón por la cual existen no solamente los "dispositivos de seguridad" (ya examinados), sino también los protocolos o manuales de procedimiento de trabajos seguro, donde se advierte sobre el riesgo en este tipo de tareas (trabajos de montaje, desmontaje, limpieza e inflado de neumáticos de camiones, colectivos u otros vehículos de gran porte); protocolos éstos, que normalmente los recomienda y proporciona -para su utilización- tanto por el fabricante de los vehículos, como el fabricante de los neumáticos.

VIII.3. 3.- FALTA DE PREVISIBILIDAD DE LA ART - OMISION DE ADOPTAR MEDIDAS PARA PREVENIR EFICAZMENTE LOS RIESGOS DE ACCIDENTES DE LAS CARACTERISTICAS DEL PADECIDOR POR EL ACTOR.

El marco normativo examinado, como las enseñanzas de la calificada doctrina, y la información recopilada sobre el tema (antes expuesta y agregada), me permite sostener que si la empresa Aseguradora demandada cumplía prudentemente sus obligaciones consistentes en adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los

riesgos del trabajo, el accidente del actor pudo evitarse; o bien, se podrían haber evitado que el trabajador sufra las lesiones padecidas, por cuanto tanto la jaula, como la prensa, hubiesen evitado que el aro impacte directamente en la humanidad (cara y cuerpo del trabajador), luego de salir proyectado violentamente.

Así las cosas, advierto que **sí existe un claro y evidente nexo de causalidad, jurídicamente relevante, entre las omisiones que se le pueden -y deben- imputar a la Aseguradora, y los daños sufridos por parte del actor** en ocasión de su trabajo; por lo tanto, considero que la conducta de la aseguradora puede ser encuadrada en un supuesto de responsabilidad por omisión (que deriva de las omisiones legales incurridas, que tiene directa relación de causa/efecto -nexo de causalidad adecuado- con los daños que sufrió el actor), situación que genera responsabilidad civil, encontrándose su fundamento normativo en lo dispuesto por el art. 1074 del

Código Civil (vigente a la fecha del accidente).

Existían deberes legales impuestos por la leyes (ley 24.557, 19.587, y decretos reglamentarios ya examinados) que si se cumplían eficazmente, hubiesen evitado el accidente, o bien por lo menos, impedido que se produzcan las graves lesiones sufridas por el trabajador; siendo del caso mencionar que conforme los hechos invocados por el actor en el escrito inicial, como la reseña de la antijuridicidad invocada y desarrollada en la demanda, esas **omisiones concretas** que se le imputaron a la ART demandada para fundar su responsabilidad, han sido causa eficiente y adecuada del daño sufrido.

Existen claros estándares determinados por el Tribunal Máximo de la Nación, que se deben tener en cuenta al momento de juzgar la responsabilidad civil de las Aseguradoras (ver caso: Torriello, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro"; Fallos 332:709), sobre todo, en cuanto ponen énfasis en la "**la faz preventiva en materia de accidentes**" (ver considerando nº 4 del fallo referido); aspectos éstos que -evidentemente- la aseguradora omitió cumplir, o cumplió en forma deficiente.

Me refiero a los siguientes estándares:

*"...no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, **por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso de que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales**"*

*"...En materia de riesgos del trabajo, no se trata de que las aseguradoras sancionen incumplimientos o impongan cumplimientos a las empresas aseguradas, sino de **algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos para que éstos y los riesgos que le son ajenos, puedan evitarse, y no es propio de aquéllas permanecer indiferentes a dichos incumplimientos**, puesto que la obligación de denunciar resulta de sus funciones preventivas..."*

*"...Es **condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a***

las propias de cada actividad, y la prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana...."

"...4º) Que, por cierto, la **índole primaria, sustancial o primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo**, se impone fundamentalmente por su indudable connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional ("El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes"), el cual, además, dispone que estas **últimas deberán asegurar al trabajador "condiciones dignas y equitativas de labor"**. Súmase a ello, todo lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el cual uno de los más antiguos aspectos de sus estándares internacionales en el campo laboral, **fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables** (Alston, Philip, "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en Manual on Human Rights Reporting, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 6). [...] el **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)** en cuanto dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona, por un lado, "al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...]" b) **La seguridad e higiene en el trabajo**" (art. 7.), y, por el otro, "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", para lo cual, entre las medidas que deberán adoptar dichos Estados, "figurarán las necesarias para [...]" b. **El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo [...]"** y "c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales" (art. 12). Revistan en este marco, asimismo, otras normas de igual jerarquía. [...] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional,

ha acentuado la importancia de los preceptos de éste que acaban de ser citados, desde distintas perspectivas. De tal suerte, tiene expresado: a. que **las condiciones de trabajo seguras y sanas se erigen como uno de los "principales factores determinantes de la salud"**; b. que **el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene en el trabajo** (PIDESC, art. 12.2.b) implica, en particular, **"condiciones de trabajo higiénicas y seguras" y**

"la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales"; c. que dicha higiene "aspira a reducir al mínimo las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral", con cita del párrafo 2, del art. 4º, del Convenio N1 155 de la Organización Internacional del Trabajo, y d. que la "prevención" del recordado art. 12.2.c, exige el establecimiento de "programas de prevención y educación" (Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), 2000, HRI/GEN/1/Rev. 6, párrs. 5, 11, 15 y 16). Pero también tiene formuladas reiteradas advertencias y recomendaciones a los países en los que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente, de lo que resulta un número relativamente elevado de accidentes laborales tanto en el ámbito privado como en el público (v.gr. Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia, E/C.12/Add. 26, 16-6-1998, párr. 18; asimismo, infra, considerando 7º, párrafo cuarto)..."

Finalmente, el Cíbero Tribunal de la Nación, luego de citar las normas y recomendaciones de los organismos internacionales en materia de prevención de riesgos del trabajo, concluye afirmando categóricamente que:

"...La protección de la integridad psicofísica del trabajador, cuando no de la vida misma de éste, mediante la prevención en materia de riesgos laborales resulta, sin dudas, una cuestión en la que alcanza su mayor significación y gravedad la doctrina de la Corte, según la cual, aquél es un sujeto de preferente tutela constitucional..."

(ver: CSJN, Sent. de fecha 31/3/2009, in re "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro", publ. en DT 2009 abril, 468 - Fallos 332:709). Las negritas me pertenecen.

Consecuentemente, y conforme fuera examinado, considero que en el caso de autos se han verificado incumplimientos u omisiones a los deberes de prevención y vigilancia que impone la LRT y sus normas reglamentarias, como también se han incumplido las normativas de higiene y seguridad del trabajo (ley 19587 y Dec. Reglamentario); y esos incumplimientos y omisiones a deberes legales tienen un nexo de causalidad

jurídicamente relevante en relación a los daños sufridos por el actor, de modo tal que se puede sostener que entre las omisiones

imputadas a la ART demandada y los daños padecidos por el actor (alegados en la demanda y corroborados en la causa), existe una relación o nexo de causalidad adecuado que permite imputar y/o asignar responsabilidad civil en los términos previstos en el Art. 1074 CC a la Aseguradora demandada, toda vez que considero acreditada una relación de causalidad entre **el daño en la persona** - que en el caso que nos ocupa está probado por la documentación médica, que le asignó al actor un 80,42% de incapacidad laboral producto del accidente sufrido el 23/12/2003- **y las omisiones o deficiente cumplimiento** -por parte de la ART demandada en autos- en lo que eran deberes legales en materia de prevención o seguridad en el trabajo, conforme lo antes considerado y determinado.

Así las cosas, pese a la **cantidad de información existente sobre este tipo de accidentes, como también sobre formas muy básicas para prevenirlos**, advierto y recalco que no fue invocado, ni acreditado en autos, por la empleadora, ni tampoco por la aseguradora, el cumplimiento de sus obligaciones legales de prevención (adopción de medidas para prevenir los riesgos concretos), ya que si bien está probado que la ART visitó la empresa antes de ocurrido el accidente, no surge que se hayan "verificado" o "advertido" sobre los riesgos propios de la actividad en **la gomería**; ni tampoco que se hayan planificado medidas para prevenirlos, ni capacitado a los empleados en lo que sería una forma segura de cumplir ese tipo de trabajo, con recomendaciones referidas a las formas de cumplir dichas tareas, y los elementos de seguridad necesarios; ni mucho menos existen informes que den cuenta sobre incumplimientos detectados y denunciados a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo por parte de la Aseguradora demandada.

Concretamente, no se adjuntó ninguna prueba documental por parte de las demandadas que den cuenta de las acciones preventivas específicas, ni de las capacitaciones realizadas (si es que existieran), ni de los controles sobre los elementos o dispositivos de seguridad requeridos para el desarrollo de la actividad como la que desempeñaba el actor, ni siquiera existe un relevamiento sobre las condiciones en las que se cumplían las tareas en la gomería, ni sobre alguna sugerencia de usos de dispositivos de seguridad (jaula o prensa), para evitar riesgos propios de esa actividad.

Además, también tengo en cuenta que la propia demandada ofreció pericia de higiene y seguridad, y **no fue producida**.

No dejo de tener en cuenta la documental incorporada en autos (fs. 1047 y 1056), que documentan **constancias de visitas efectuadas por "Consolidar"** en la empresa demandada (lugar de trabajo del actor); sin embargo, de dichas constancias surge con toda claridad que la ART **no se efectuó ninguna verificación de la "gomería" de la empresa (que dadas las características de los neumáticos utilizados debió ser considerada como actividad de alto riesgo), ni tampoco existe recomendación, sugerencia, ni observación, relacionada con elementos de protección, ni con elementos de seguridad para ese tipo de trabajos (los relativos a la actividad propia del actor).**

No surge que se allá exigido, ni propuesto, la confección de un protocolo de seguridad, que contenta las **"medidas de prevención básicas"** para reducir el riesgo al mínimo en el tipo de trabajo que realizaba el actor; **ni mucho menos se observa y verifica que se haya exigido a la empresa que cuente con elementos o equipamiento de seguridad necesarios -diría básicos- para el cumplimiento "seguro" de las tareas de gomería que llevaba a cabo el Sr. CHAVEZ; medidas preventivas éstas (conjuntamente con el uso de equipos o elementos de seguridad, tales como jaulas o prensas), de haberse propuesto, exigido y controlado por parte de la ART al empleador, el accidente del actor no habría ocurrido, o no habría sufrido las graves secuelas padecidas; lo que nos permite advertir y constatar la directa relación causal entre las omisiones (de medidas de prevención básicas y equipamiento con elementos de seguridad necesarios para el desarrollo de las labores) y el accidente sufrido por el Sr. CHAVEZ.**

Luego de examinada la pruebas y constancias de autos, no tengo dudas de los incumplimientos de la Empleadora, en relación con la normativa vigente en materia de higiene y seguridad, y prevención de riesgos; como así también de la omisión por parte de la ART, en su **rol activo como sujeto también llamado a "prevenir eficazmente los riesgos del trabajo"**, mediante visitas, controles, planes de seguridad, capacitaciones, etc. (asignados por art. 4, ap. 1 y 2 de la LRT).

No se invocó, ni probó, que la ART haya exigido a la empleadora constancias de entrega de elementos de seguridad (para trabajos en la gomería), ni del control de instalaciones propias de esa actividad, ni mucho

menos sugerido o propuesto (como medida preventiva) el uso de dispositivos de seguridad propios de ese tipo de tareas, para evitar accidentes, o para impedir los riesgos en su desempeño (*jaula o prensa* de seguridad, etc.).

En definitiva, de las constancias de autos se puede concluir que existieron omisiones de parte de la aseguradora, respecto de lo que sería la adopción de medidas tendientes a prevenir los riesgos

propios de la actividad del actor; medidas preventivas éstas que -conjuntamente analizadas con lo que sería la necesidad de utilizar equipos o elementos de seguridad, tales como **jaulas** o **prensas**-, me llevan a pensar que de haberse capacitado, propuesto, exigido y controlado (por parte de la ART al empleador) tales acciones de prevención de riesgo, el accidente del actor no habría ocurrido, o bien, el actor no habría sufrido las graves secuelas padecidas; lo que permite corroborar la relación causal entre las omisiones (que se atribuyen a la ART) y el accidente sufrido por el Sr. CHAVEZ.

VIII.4. CONCLUSIONES Y SÍNTESIS SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS DE PARTE DE LA ART DEMANDADA, A LAS OBLIGACIONES DE PREVENIR, EVITAR O ELIMINAR RIESGOS LABORALES EN EL CASO.

En mérito a todo lo examinado y anteriormente expuesto, entiendo que debe ponderarse adecuadamente la medida de la incidencia causal de todas las omisiones de la ART, en la producción del siniestro. Ello, en razón que la Aseguradora tenía a su cargo un mayor deber de previsión y cuidado en el ejercicio de su función "cuasi-estatal" in vigilando, como sujeto obligado en materia de prevención de riesgos de trabajo, y estaba razonablemente a su alcance y, entre sus obligaciones.

Por lo tanto, considero -teniendo en cuenta el plexo normativo vigente, la información existente sobre antecedentes de accidentes similares y medidas idóneas para prevenirlos- que las omisiones atribuidas a la ART me llevan a concluir que la misma no obró con la debida diligencia, ni adoptó las medidas necesarias para prevenir eficazmente los riesgos y evitar la producción de los daños sufridos por el actor, revistiendo esas omisiones de la ART, una condición relevante y adecuada respecto de la producción del daño.

Arribo a dicha conclusión, vuelvo a insistir, teniendo presente que las ART no son meras compañías aseguradoras, sino que la LRT

les impone la condición activa en la prevención de riesgos laborales, y las convierte en **sujetos obligados a prevenir eficazmente los riesgos del trabajo**; lo que implica el cumplimiento de los deberes que nacen del plexo normativo vigente (LRT, Ley de Higiene y Seguridad, y normas reglamentarias); tal como resumiré seguidamente.

Las Aseguradoras **tienen el deber legal de controlar y denunciar ante la SRT los incumplimientos de las empleadoras**, en una suerte de delegación del poder de policía del trabajo, ya que son sujetos (la ART) deudores del deber de seguridad como surge del texto de la LRT, que en su **Art. 1º** (menciona entre sus objetivos: la prevención de los

riesgos; reducción de la siniestralidad laboral). Es decir, claramente la ART tiene asignado un rol preponderante -que debe ser ejercido- para reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; sobre todo -teniendo presente la cantidad de accidentes similares y las recomendaciones para realizar esos trabajos en forma segura- que era un tema no solamente previsible, sino también evitable actuando con la debida diligencia, sobre todo en lo referido -insisto- a la adopción de medidas para prevenir eficazmente los riesgos, tal como indica el **art. 4, inc. 1 y 2 de la LRT**, que no solo pone en cabeza de los empleadores y trabajadores ese rol, sino que también obliga a las ART a actuar en tal sentido.

Además tengo en cuenta que el Art. 31 LRT, prescribe que las ART deben denunciar ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluyendo el Plan de Mejoramiento, debiendo notificar a la SRT dentro de los 30 días corridos de verificados el incumplimiento (artículo 17 Decreto 170/96); teniendo a su cargo, por otra parte, la promoción de la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas.

El Decreto 170/96 reglamentario del art. 4 de la Ley 24.557 obliga a las ART a realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo (art. 19), debiendo fijar, especialmente, la vigilancia de la marcha del plan de mejoramiento en los lugares de trabajo, y la verificación del mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el mismo; como también brindar capacitación a los

trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (art. 19, inc. c).

Además, existen distintas resoluciones dictadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, como lo son la Resolución 38/96 (SRT) del 01/4/96. B.O: 15/4/96 (que establece medidas mínimas en materia de higiene y seguridad en el trabajo); la 42/1996 (SRT) publicada en B.O. del 23-abr-1996 (listado de obligaciones básicas que componen la primera línea en materia de Higiene y Seguridad); Resolución nº 170/1996 y 23/1997 (ambas relativas a "Planes de Mejoramiento" para higiene y seguridad del trabajo), según lo dispuesto por el artículo 7º, in fine, del Decreto N° 170/96.

De igual modo, reitero, no puedo dejar de tener en cuenta que **"todo el sistema legal"** (tanto la ley, como sus decretos reglamentarios, y resoluciones de la SRT), **imponen a las ART precisamente una obligación de hacer tendiente a morigerar y prevenir las probables consecuencias dañosas cuando concurren situaciones de riesgo**

previsibles (como lo era el que desencadenó el accidente del actor). Ese deber exige a las aseguradoras de manera puntual llevar adelante una actuación positiva y eficaz para evitar el daño. Es que -insisto- del amplio plexo normativo que regula los riesgos del trabajo, como también de la normativa sobre higiene y seguridad en el trabajo, se obliga a las aseguradoras a brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, lo que comprende la determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud del trabajador y la selección de los elementos de protección personal. Así también exige que las aseguradoras realicen actividades permanentes de prevención de riesgos, control de las condiciones laborales, y medio ambiente de trabajo. Más específicamente debe mencionarse que se les ha requerido se elabore y vigile el cumplimiento de "planes de mantenimiento" (ver resoluciones plan de mejoramiento, se verifique el mantenimiento de los niveles de cumplimiento y se brinde capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos").

Por lo tanto, considero y concluyo que la inobservancia de todas esas obligaciones determinan el nacimiento de la responsabilidad de la empresa aseguradora; sobre todo, si se tiene presente que el accidente del actor se pudo prevenir o evitar, con la capacitación al mismo (y trabajadores del mismo oficio), el cumplimiento de medidas básicas y utilización

de dispositivos de seguridad (antes examinadas y graficadas, a lo que me remito en honor a la brevedad) las que debían estar establecidas en protocolos o programas de seguridad (planes de mantenimiento en seguridad e higiene), específicos de dichas actividades, dados los evidentes y graves riesgos que conllevan las mismas.

Toda la normativa citada y analizada, me permite inferir entonces, que no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para prevenir los infortunios laborales, sino que las ART **también son sujetos obligados a cumplir con esta carga.**

En este sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa L. 83.118, "S. V., J. contra 'Incido SRL'. Accidente", en cuyo fallo la SCJBA señaló: *"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 confluye en el deber de seguridad, a partir de la incorporación plasmada por el art. 4 de la Ley de Riesgos del Trabajo y los deberes que, en materia de asesoramiento y contralor 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 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 menciona los incumplimientos de la aseguradora, la omisión de los deberes legales de prevención que la ley pone a cargo del empleador y la ART, las que constituyeron causa eficiente y adecuada del accidente.

En igual sentido, también se dijo: *"...Corresponde extender solidariamente a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo la responsabilidad por el accidente sufrido por un trabajador, en los términos de los arts. 512, 1074 y Cctes. del Cód. Civil, **dado que se ha demostrado su inobservancia a la hora de implementar un plan de mejoramiento y control de las condiciones laborativas, como así también la omisión del control de seguridad que le competía.**"* (CNAT; Sala VIIº, Sentencia 13/03/ 2006; Id SAIJ:

FA06040559).

Así las cosas, en virtud de los incumplimientos y omisiones de la ART respecto de lo que son sus deberes propios y exigidos por la normativa vigente, la misma debe ser considerada civilmente responsable de los daños sufridos por el actor; por lo tanto, la ART demandada deberá responder no sólo por las consecuencias inmediatas sino también por las mediatas previsibles (artículos 901, 903, 904, 1074 y Cctes. del C.C.); y en el contexto fáctico y jurídico examinado, entiendo que la extensión de la responsabilidad de la ART comprende la reparación plena e integral.

Insisto también en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sentado claros estándares en el pronunciamiento dictado en la causa "Torrillo" (ya examinados, a los que también me remito); que me permiten ratificar y reafirmar la responsabilidad asignada a la ART demandada en estos autos, conforme las líneas directrices marcadas por el Cíbero Tribunal Nacional en dicho fallo.

En mérito a lo antes expuesto, corresponde atribuir responsabilidad a Consolidar ART S.A. (hoy Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA), respecto del siniestro padecido por el actor, de conformidad con las previsiones de los Arts. 1074 y Cctes. del Código Civil, conforme lo considerado. Así lo declaro.

VIII.5. DEFENSA DE NO SEGURO:

LA ART demandada, opone defensa de "no seguro" por no cobertura de reclamos con fundamento en las normas del derecho común (falta de legitimación pasiva).

Que la cobertura se encuentra limitada al otorgamiento de las prestaciones en especie y dinerarias establecidas en la LRT.

Que no puede ser obligada al pago de una indemnización que exceda aquellas expresamente previstas por la LRT, y consecuentemente ningún reclamo que se efectúe por la vía del derecho común puede prosperar.

Dicho esto, corresponde efectuar algunas consideraciones en relación.

En el caso en el que el trabajador persigue el cobro de la reparación integral previo haber percibido las prestaciones de la Ley de

Riesgos de Trabajo, rigen los principios de irrenunciabilidad, de la exclusión de toda presunción sobre renuncia de cualquier tipo y de que el pago debe considerarse a cuenta, conforme los arts. 12, 58 y 260 de la L.C.T.

En el caso particular, la ART demandada esgrime como defensa, que el actor ha recibido el pago de las prestaciones dinerarias de parte de la A.R.T. con el fundamento de que la LRT delimita el objeto de existencia de las ART a la gestión de las prestaciones y demás previstas en la LRT.

Si bien la ART no planteó la cuestión atinente al régimen de la opción, considero oportuno en función de lo planteado por las partes y la existencia de un pago por prestaciones en el marco de la LRT, que se debe hacer mención a dicha cuestión.

Cuando se efectúa defensa por parte de las aseguradoras, éstas entienden que el trabajador que ha efectuado un acogimiento libre y voluntario al sistema tarifado; y que por tanto, no pueden luego accionar reclamando una indemnización, ya que tal obrar sería opuesto a la doctrina de los propios actos, quedando entonces en la voluntad del damnificado sacrificar la integridad de la reparación, y la percepción de la indemnización importará la renuncia de los derechos a la acción de derecho común.

Sin embargo y a contrario de ello, debe entenderse que las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente se consideran siempre a cuenta de las que pudieran surgir de la reparación civil (reparación plena), sin que tal percepción implique renuncia.

Con respecto a este tema puntual, también adhiero a la interpretación realizada por el Máximo Tribunal de la Nación, al expresar que: *"...No media voluntario acatamiento a un régimen jurídico, que obste a su ulterior impugnación constitucional, cuando no existen opciones*

legales para no realizar los actos en cuestión, o cuando la realización de actos dentro de ese marco normativo es el único medio posible para acceder al ejercicio de la actividad profesional del impugnante o para que un ente pueda ejercer los actos designados en su objeto social". En igual pronunciamiento, la CSJN también explicitó que: *"...Nada impide que el actor obtenga la indemnización de la aseguradora -de acuerdo con lo establecido por la LRT- y plantee la invalidez constitucional de las normas que eximen de*

responsabilidad civil al empleador -art. 39.1 LRT-, ya que el sometimiento a las normas que rigen un supuesto, no importa hacer lo propio de las que regulan el otro." . Y para concluir, me parece importante recordar que en el mismo fallo la Excma. Corte también dijo: "...Es descalificable el pronunciamiento que omitió toda ponderación de las razones por las que la percepción de la reparación tarifada prevista en la LRT, abonada por la responsable legal de esa prestación, le impide reclamar por el reconocimiento de sus derechos constitucionales respecto del empleador y por las sumas que, a su juicio, resultan insatisfechas, omisión que adquiere mayor gravedad cuando se trata de prestaciones de carácter alimentario, que son adeudadas para asegurar la subsistencia del trabajador y de su familia cuando éste ha perdido, total o parcialmente, la capacidad para continuar procurándosela por sus propios medios, como consecuencia de un infortunio laboral" (CSJN; in re: LLOSCO RAUL vs IRMI S.A. Y OTRA; Sentencia del 12/6/2007; Fallos 330:2696).

Así las cosas, y a la luz de todas las consideraciones expuestas y jurisprudencia que comparto, me queda claro que el plexo normativo de la LRT vigente a la fecha del siniestro, admitía -y resultaba perfectamente válido- que la ART abone al trabajador las prestaciones dinerarias de la ley 24.557, y que -pese a ello- dicho trabajador pueda luego accionar para obtener una indemnización integral por el daño sufrido, aun cuando haya percibido los montos sin reserva alguna, y sin que esa percepción implique renunciar a la indemnización integral, ni mucho menos contrariar los actos propios anteriores. En consecuencia, las prestaciones dinerarias efectivamente percibidas, deben considerarse a cuenta de las que pudieran resultar en el marco de la reparación civil, y que pudiera corresponder al trabajador, es decir se acumulan ambas indemnizaciones.

Por tanto, declarada la inconstitucionalidad del artículo 39.1 LRT, no existe impedimento legal para el trabajador de percibir las prestaciones de la ley y luego accionar por la reparación integral.

Resulta oportuno hacer hincapié en la fecha del siniestro (23/12/2003), no estaba vigente la ley 26.773 (Boletín Oficial del 26/10/2012); ya que esta última impediría al trabajador percibir la reparación

tarifada y aspirar a una sentencia que reconozca el mayor daño también sufrido; es decir, le frustraría el acceso a la reparación plena

y justa, lo cual conforme se viene pronunciando la jurisprudencia mayoritaria, implica un retroceso respecto del régimen anterior a la reforma efectuada al sistema de riesgo. Al respecto, hago mencionar a la fecha del siniestro, al solo efecto de justificar la no aplicación de la ley 26.773, lo que me exime de analizar -a todo evento- la constitucionalidad, o no, de dicha opción, lo que -insisto- en el caso resulta inoficioso.

Como corolario de lo expuesto, entiendo que debe contemplarse -y se detraerá del importe final que resulte de la planilla que habrá de practicarse- el pago a cuenta, el efectuado por la ART demandada (reconocido por el actor) de \$93.744,37 indemnización por incapacidad, más \$40000 pago único. Es decir, la suma antes mencionada será considerada como pago a cuenta en la planilla del presente fallo. Así lo declaro.

IX. SEXTA CUESTIÓN: RUBROS E IMPORTES RECLAMADOS.

IX.1. Como cuestión preliminar, destaco que todo lo referido a los daños sufridos y reclamados por el trabajador, serán examinados y cuantificados (como consecuencias jurídicas no agotadas del siniestro), a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015; conforme fuera considerado y declarado, a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad.

Pretende el actor la suma total de \$920.993,60, por los conceptos de daño material, daño moral, lucro cesante y pérdida de chance, con más sus intereses, gastos y costas.

IX.2. Corresponde analizar la procedencia de los rubros reclamados por el actor. Asimismo, para el caso particular de autos, entiendo que cuando la pretensión de reparación se encuentra en el marco del derecho civil -como en el caso de autos- la cuantificación del daño queda librada a la prudencia, razonabilidad y medida del juzgador. En el marco del derecho civil, la reparación integral no está tarifada aunque se han aplicado diferentes sistemas de cuantificación. La principal discusión en la doctrina judicial es en torno a la forma en que se calcula esa cuantía.

Sin embargo, la utilización de un sistema de apreciación de la indemnización en la acción civil frente a la carencia de baremos, tablas de incapacidad u otros elementos para la cuantificación razonable y

adecuada, no significa que deba prescindirse de datos objetivos, porque es obligación del juzgador explicar, comparar y armonizar cada uno de los elementos que tiene en cuenta para fijar la reparación, no siendo suficiente una mera enunciación de los factores que lo conducen a la cuantificación final. Así lo establece la SCBA. En el caso "Rodríguez José L. C/Robirex S.A." (sent. del 24/3/92).

Por ello, tengo en cuenta de distintos antecedentes jurisprudenciales, que la utilización de la denominada "fórmula Vuotto" para calcular adecuadamente el quantum indemnizatorio en concepto de daño en las acciones por accidentes donde se reclama un resarcimiento con base en el derecho común (fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo del 16 de junio de 1978, recaído en los autos "Vuoto, Dalmero vs. AEGT Telefunken"), ha quedado ya denostado por la Corte Nacional en el fallo "Arostegui" (CSJN, 8/4/2008), motivando el casi inmediato fallo de la Sala III de la CNAT en "Mendez v. Mylba" (28/4/2008), que aggiorna aquella fórmula a lo que son -según interpreta en la misma- los requerimientos del Alto tribunal para asegurar su viabilidad. Y esto debe ser receptado en la presente (la conocida como fórmula "Méndez"), por cuanto la reparación debe ser así, lo reitero, porque todo lo relativo a las consecuencias jurídicas no agotadas (en particular, lo referido a la cuantificación de los daños e intereses) deberá aplicarse el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015.

En función a los parámetros establecidos en la sentencia mencionada (caso: Méndez vs. Mylba" - Sentencia del 28/4/2008), se realizarán los cálculos de la presente; esto es, se tendrá en cuenta la edad del actor al momento del accidente, su vida útil, salario (a valores actuales, de la misma categoría en la que laboraba el actor), porcentaje de incapacidad declarado, y se confeccionará la planilla de cálculo que forma parte de la presente sentencia.

De esta manera tengo en cuenta que el actor tenía 51 años al momento del accidente (calculado a la fecha del accidente el día 23/12/03), también su categoría y antigüedad en el empleo (medio oficial gomero, fecha de ingreso 01/02/1980; y cese -legal- el 23/12/2004, luego de un año incapacidad transitoria). Con respecto a la mejor remuneración del trabajador, la parte actora ha reclamado sus indemnizaciones sobre la base del importe de

\$1.387,80 (que indudablemente considera la mejor remuneración percibida). Por su parte, la Aseguradora, al calcular los rubros abonados (indemnización por ILPD), también utilizó el mismo importe de \$1387,80 mensual (fs.719).

Sin embargo, considero necesario hacer referencia a claras líneas jurisprudenciales, incluso de nuestro Címero Tribunal Provincial, que -en definitiva- me conducen a sostener que el **monto salarial** que se deberá tomar para efectuar el cálculo de los rubros procedentes, debe calcularse con **criterio de actualidad**.

Por tanto, si bien el importe final será determinado tomando en cuenta, o como base, la fórmula utilizada en el fallo MÉNDEZ, debe quedar claro que para dicho cálculo se utilizarán los valores actuales de lo que sería el salario (escala salarial actual) de un empleado de la misma categoría que tenía el actor, ya que dicha categoría no fue negada, ni desconocida; y por tanto se tomará en cuenta el salario actualmente vigente de un “ **Medio Oficial Gomero**”, del CCT que rige el transporte de pasajeros, que es el rubro o actividad que desempeñaba la demandada en la Provincia de Tucumán; cuestión esta que tampoco está controvertida. Los cálculos se realizarán en la planilla adjunta con los parámetros que a continuación se exponen, siguiendo con lo expresado supra. Así lo declaro.

Porcentaje de incapacidad:

De las constancias de autos se desprende que existe dictamen de Comisión Médica por Incapacidad Laboral, de fecha 13/5/2008, que determinó una **incapacidad laboral total y definitiva del 80.42%**.

En oportunidad de practicarse la pericia previa del art. 70 CPL, el perito médico Adrián Cunio determinó un porcentaje del 70,00%.

Analizando los porcentajes determinados, considero oportuno atenerse al porcentaje dispuesto por la **Comisión Médica**, por los fundamentos que a continuación serán vertidos.

En primer lugar se evidencia de la pericia previa la determinación de la incapacidad se efectúa a partir del análisis de un solo tema, esto es, el Desorden Mental Orgánico Post-Traumático de Grado IV; pero sin tener en cuenta las demás lesiones secuelas que padecía el actor, que también estaban debidamente documentadas; y existen sobrados elementos en la causa que dan cuenta de las mismas.

En efecto, el Sr. Perito indicó expresamente:

“...No se valoran las ponderaciones, ni las patologías oftálmicas, odontológicas, cicatrices de rostro, ya que el SOC GRADO IV genera incapacidad total y permanente...”. (Textual, ver informe, pag. 254, Consideraciones médico legales).

Sin embargo, no puedo dejar de tener en cuenta que en el Baremo oficial (decreto 659/96), está prevista la *"Pérdida de partes blandas (Ver Cabeza y Rostro)"*, donde se indica que por ***"Pérdida traumática de menos de 1/3 de piezas dentarias"***, se puede asignar hasta un 20 %. Así las cosas, queda claro que el Perito omite toda consideración al respecto, pese a que en su propio informe indicó previamente: *"ausencia de piezas dentales con prótesis superior móvil"* (ver donde refiere al examen físico, fs. 252).

Además, el Perito tampoco valora las secuelas incapacitantes productos de las *"cicatrices"*, pese a que las mismas también están documentas en el examen físico, donde se constató: ***"...cicatriz fronto parietal derecho de 7 cm., en región mentoniana izquierda de 3 cm. ..."***.

Por su parte, también tengo en cuenta que el Baremo de la LRT (Decreto 659/96), también contempla las secuelas incapacitantes producto de cicatrices, al expresar, respecto de las lesiones en: *"...ROSTRO ... Cicatriz frontal, transversal o perpendicular, menor 4 cm. 5-7 % ... Cicatriz frontal, transversal o perpendicular, mayor 4 cm. 8-10 %..."*.

Es decir, en el Baremo del Decreto 659/96, también se contempla este tipo de secuelas incapacitantes; y sin embargo, el Perito Médico Oficial omitió toda consideración al respecto; limitándose a establecer una incapacidad del 70%, por el SOC GRADO IV.

Así las cosas, considero que el Sr. Perito debía valorar también las secuelas producto de las lesiones constatadas, por más que con el SOC GRADO IV se genere una incapacidad total y permanente; porque era su deber establecer el grado total de la "incapacidad laboral" que padecía el actor; y no limitarse a constatar una sola secuela (SOC GRADO IV), por más que esa sola supere el 66%, y genere una incapacidad total.

En el caso que nos ocupa, debe tenerse presente que -a todo evento- el importe que se determinará como indemnización, tiene relación con el grado de incapacidad que se otorga al trabajador; y por lo tanto, no

resulta ajustado a derecho que el Perito decida no valorar incapacidades que sean mayores a la incapacidad total y permanente, porque le estaría privando al actor de obtener una justa indemnización, como consecuencia de dichas secuelas incapacitantes constatadas; y no valoradas (porcentualmente), al momento de realizar las COONCLUSIONES de su informe pericial.

Por el contrario, advierto que en el Dictamen de la Comisión Médica, si se valoraron las secuelas incapacitantes de las lesiones constatadas; y además, lo hace también tomando los porcentuales dentro de los márgenes y previsiones del Baremo; lo que permite a este Magistrado contar con una opinión técnica/científica calificada, sobre el grado de incapacidad total que se le debe asignar al actor, producto de la totalidad de las secuelas del accidente; llegando a **una incapacidad total, permanente y definitiva del 80,42 %**, donde se ponderan también las pérdidas traumáticas de piezas dentarias, como las cicatrices faciales que presenta el actor (ver Dictamen fs. 420/423 y 461/465, remitidos por los Organismos Públicos oficiados).

Entiendo que el dictamen en cuestión, ha valorado en forma más completa, y en el marco de las disposiciones legales que reglamentan sus funciones, las incapacidades del actor.

Además, el dictamen, a mi juicio, reúne los recaudos necesarios, enunciando claramente los hechos, es fundado, determina con certeza el estado de salud del recurrente como consecuencia del accidente, valora las constancias médicas y funda la determinación con seriedad y objetividad científica.

Además, la constitución de la Comisión Médica cuenta con suficiente capacidad técnica para determinar la incapacidad sobreviniente del trabajador, en casos como el que nos ocupa.

Por todo lo dicho, entiendo que resulta más claro y fundado el dictamen agregado a los autos (ver fs. 420/423 y 461/465); y por tanto se tomará -para el cálculo indemnizatorio del daño material/incapacidad laboral- el porcentaje de incapacidad determinado por la Comisión Médica, atendiendo a los lineamientos vertidos previamente. Así lo declaro.

IX.3. Daño Material/lucro cesante: *“La suma fijada para reparar el daño material comprende lo reclamado en concepto de daño a la*

integridad física y daño estético, rubros que, más allá de la discriminación conceptual y las denominaciones empleadas, persiguen la reparación económica de las secuelas que la incapacidad originó en la víctima atendiendo a su incidencia en los múltiples ámbitos en que la persona proyecta su personalidad, dimensión a la que atiende el concepto resarcitorio en examen.” (CSJN; autos “Bergerot, Ana María c/ Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”; Sentencia del 12/12/2019; Fallos 342:2198)

Atendiendo los lineamientos vertidos, se entiende que el **Daño Material** comprende, como refiere calificada jurisprudencia, *lo reclamado en concepto de daño a la integridad física y daño estético, rubros, persiguiendo la reparación integral de las secuelas que la incapacidad originó en la víctima atendiendo a su incidencia en los múltiples ámbitos de la persona afectada* (CSJN; autos: “Bergerot, Ana María c/ Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”; Sentencia del 12/12/2019; Fallos 342:2198)

Debemos tener presente entonces, *que “el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales”*, la reparación del daño debe ser plena, consistiendo en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso.

La reparación integral de las consecuencias de los daños causados a la persona humana significa, valorar no sólo su aspecto económico-productivo, sino en lo que ella representa en cuanto ser libre, único, singular, irrepetible, pleno de dignidad.

Considero entonces que el cálculo del presente rubro debe entenderse como reparación integral, y así será calculado.

El importe será determinado -conforme ya fuera expresado, a cuyos términos me remito en honor a la brevedad- sobre la base de la fórmula utilizada en el fallo MENDEZ, y se realizará en la planilla adjunta.

En cuanto al monto salarial que se tomara para dicho calculo, insisto que debe realizarse con criterio de “actualidad”; esto es, deberá determinarse en base a los siguientes parámetros o pautas:

En primer lugar, y siguiendo la jurisprudencia que comparto (Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala IIª; Sentencia nº682, dictada el 10/12/2021; por reenvío de la CSJT, dispuesto por Sentencia Nº

1111, de fecha 01/07/2019. Autos: "YAPURA SILVIA PATRICIA Vs. AUAD CARLOS ALBERTO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"); considero -e insisto- que **el salario que debe considerarse como base del cálculo de la indemnización por el rubro, es el vigente a la fecha del presente pronunciamiento**, pues es el que mejor se adecúa al principio de la reparación integral que inspira la tutela resarcitoria regulada por el Código Civil y Comercial de la Nación. Ese es el criterio al que esta Corte ha adherido en los precedentes "Vargas", "Salazar", "Ávila", "Nisoria" y "Rodríguez". En dichos precedentes se indicó que: "En tales decisiones, este Superior Tribunal de Provincia adhirió expresamente a la corriente que postula que **"la necesidad de establecer valores actuales a la fecha del pronunciamiento"** es el "criterio que se adecua a las directivas legales vigentes (art. 772 del CCyC) y a la interpretación concordante de la doctrina y la jurisprudencia. Conforme la opinión más calificada, el sindicato como responsable de un daño, está obligado frente al damnificado, por una deuda de valor (por todos, ver Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), JA 2015-IV, 1219, Comisión 2, punto b, 8.1.), donde lo adeudado es un quid o un valor abstracto que debe oportunamente medirse para establecer la cuantía de la indemnización. Con estos lineamientos, debemos tener presente que el cálculo del resarcimiento debe estar ajustado a un valor determinado al presente momento, de ser efectuada la cuantía de la indemnización, ello en virtud de que resulta razonable considerar los montos actuales, que reflejarían una justa reparación del daño de manera plena, siendo comprensiva de las consecuencias de los daños causados."

En consecuencia, deberá calcularse el presente rubro, tomando la fórmula Méndez, y teniendo en consideración -como importe salarial del actor- el correspondiente a la última escala publicada en el Errepar a Dic /2023, para el cargo que detentaba el actor, de Medio Oficial Gomero CCT 470/23 - Escala Dic/23 \$440.597,37. Así lo declaro.

IX.4. Pérdida de chance: este concepto es definido por algunos autores como la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe (Zanonni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 78); para otros es una categoría de daño resarcible mediante la cual se pretende reparar la pérdida de una posibilidad, de una oportunidad, de

obtener ganancias o una ventaja futura previsible o de evitar un perjuicio (Monjo, Sebastián, “La pérdida de chance en la jurisprudencia”, DJ 06/11/2013, 1). Nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que las claras diferencias conceptuales entre lucro cesante y chance: en el primero, se pierden ganancias como beneficios materiales, en tanto que en el caso de la chance el objeto es la pérdida de la oportunidad misma de obtener esas ganancias o beneficios. En ambos casos hay un juicio de probabilidad, pero en la chance las ventajas se miran de modo mediato, porque no se analiza la mutilación de ellas, sino la ocasión de lograrlas. Es así que, en el esquema de la chance, la víctima sólo cuenta con un determinado contexto idóneo en cuyo desenvolvimiento es probable que habría llegado a la situación instrumentalmente apta de consecución de los lucros o beneficios. La chance perdida importa una probabilidad suficiente o mínima de lograr los beneficios en caso de que la oportunidad no se hubiera malogrado -que por lo tanto resulta indemnizable- por el hecho dañoso acontecido (CSJT, sentencia del 23/10/98, “Filippini, Víctor Hugo vs. Leonardo Oscar Amas y otro s/daños y perjuicios” y sent. nº 604/2004 del 13/8/2004, “Gómez de Almaraz, Nora s/ lesiones Culposas”).

Con relación al otorgamiento de este rubro, en un caso similar la CSJN ha expresado que: “...en el ámbito del trabajo corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera...” (CSJN, in re: “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y PametalPeluso y Compañía S.R.L.”, sentencia del 08 de abril de 2008; Fallos: 331:570).

En el que nos ocupa, el actor ha sufrido una incapacidad parcial y permanente del 80.42%, la cual evidentemente le ha generado “pérdida de chance”, toda vez que una persona que tiene las dificultades e incapacidades que padece el actor, no puede razonablemente y en tales condiciones, continuar trabajando, mucho menos ascendiendo de categorías, donde las labores implican ciertos esfuerzos y desgastes físicos, que el actor -en las condiciones físicas que presenta, y dan cuenta los dictámenes médicos-, no podría continuar, y mucho menos, podría aspirar razonablemente a ir ascendiendo en lo que habría sido su carrera laboral; la que de hecho quedó frustrada definitivamente por el accidente.

En mérito a ello, considero que corresponde acceder al reclamo de pérdida de la chance, el que será cuantificado teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, a saber: incapacidad, la edad al momento del accidente, ingreso, y que podría haber trabajado hasta la edad de 65 años.

Contemplare para calcular el presente valor, asimismo, que el actor, de continuar prestando tareas para la empresa empleadora, tenía una **chance cierta de ascender**, aunque mas no sea, a la categoría siguiente, de Oficial Gomero; posibilidad ésta, que se vio frustrada indefectiblemente por el accidente sufrido. Esta situación, de probabilidad cierta de ascender en su categoría, por parte de un empleado, luce razonable sobre todo, teniendo en cuenta la edad del actor (51) a la fecha del siniestro, y que tenía por delante varios años hasta llegar la edad para jubilarse.

En consecuencia, esta situación me permite inferir una posibilidad cierta de un ascenso en su categorización (que estimo razonable hubiese podido ocurrir cuando el actor alcance 55 años de edad); y que esa “chance de ascender” (a los 55 años) fue perdida o frustrada, como consecuencia del accidente sufrido. Dicho en otras palabras, considero que el actor tenía la posibilidad o chance cierta de ascender, transcurrido un tiempo razonable (cuando alcance la edad de 55 años); y por tanto el actor-trabajador, habría obtenido ese ascenso de no mediar el accidente padecido; y -en consecuencia- con ese ascenso hubiese un incremento en sus ingresos, de modo tal, que el accidente frustró tanto la chance de ascenso, como la de obtener una mejora salarial, en su carrera en la empresa.

Tengo presente que en este tipo de daño (pérdida de chance), la estimación siempre será un aproximado, ya que por sus características propias, nos impide a los Magistrados hablar de exactitud, respecto del quantum indemnizatorio. En efecto, en tal sentido la jurisprudencia que comparto tiene dicho que: *“...Se advierte que al momento de la valuación judicial del menoscabo por el rubro, “como premisa inicial, debe renunciarse a la exactitud” puesto que en cualquiera de las técnicas de cuantificación -tanto cuando se parte de un hipotético lucro cesante para luego disminuir un porcentual de esa cuantía en función de la mayor o menor probabilidad de acceder a ese beneficio económico frustrado, como cuando se realiza una estimación prudencial- el magistrado acude a criterios y pautas cuantitativas y cualitativas*

que finalmente arrojan un quantum “aproximativo...” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Civil y Penal LOPEZ CARINA DEL VALLE Y OTRO Vs. ALONSO ROSA DEL CARMEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nro. Sent: 1129 Fecha Sentencia 10/11/2021)

Por lo tanto, considero que corresponde el progreso de este concepto, el que se estima razonable y equitativo justipreciar el monto, partiendo de la base de calcular lo que habría sido el incremento en su categoría (a la de “Oficial Gomero”, que es la que sigue a “Medio Oficial Gomero” que detentaba el actor); y consecuente, a ese ingreso nuevo (Oficial Gomero), se deberá restar el valor del importe que equivale a la categoría que efectivamente detentaba al momento del accidente (Medio Oficial Gomero), y al resultado obtenido se lo deberá multiplicar por el tiempo que le faltaba desde los 55 años (que se estima que habría obtenido el ascenso) hasta alcanzar los 65 años (edad para jubilarse); de modo tal, que la operación es la siguiente: diferencia del salario de Oficial Gomero y de Medio Oficial Gomero; resultado éste, que se debe multiplicar por 13 meses por cada año (12 + SAC), y por el plazo de 10 años (desde los 55 años hasta los 65 años); y ello arrojará la suma que se concede como indemnización por pérdida de la chance, conforme las pautas y parámetros antes considerados; importes parciales y finales que se verán reflejados con exactitud en la planilla de cálculo de la presente sentencia. Así lo declaro.

IX.5. Daño Moral/psíquico: En cuanto al daño moral, la jurisprudencia mayoritaria es conteste en sostener que su monto no debe guardar una relación con el daño material, sino que queda librado al prudente arbitrio judicial y que el mismo debe tender a obtener una apreciación lo más precisa posible, en base a pautas tales como la condición social y patrimonial del grupo familiar, la edad de la víctima, la magnitud del daño sufrido y las limitaciones que le provoca en su vida de relación.

En tal sentido se ha dicho que: “El daño moral no queda reducido al clásico “Premium dolores” (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que apunta a toda lesión a intereses jurídicos del espíritu cuyo trasunto sean una alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir, de querer y de entender” (CN Civ, Sala D, 11/09/07, “Recabarren, Julio Camilo c/ Transportes Larrazabsal y otro C.I.S.A. y acumulados, La Ley Online).

En igual sentido: CNCiv 07/02/03, “Fuentebuena Nidia y otro c Empresa Tandilense S.A.C.I.F.I.F y otro”, La Ley Online).

A los efectos de mensurar el daño moral debe tenerse en cuenta en primer lugar, la magnitud de las secuelas producidas y cómo pueden afectar las mismas la integridad de la vida de relación de la parte actora (en su aspecto laboral, cultural, recreativo, social, etc.).

En el caso particular no es necesario hacer mayores consideraciones sobre los padecimientos espirituales (más allá de los físicos también sufridos), que el actor debió soportar como consecuencia del accidente laboral, el que culminó con el otorgamiento de una incapacidad del 80,42%; y siendo del caso mencionar que -en lo sustancial- esa incapacidad tiene como mayor porcentual, el “Desorden mental orgánico postraumático grado IV, que le asigna un 70% de incapacidad”; es decir, se tratan claramente de secuelas graves, teniendo en cuenta también que todo el cuadro lo dejó totalmente incapacitado y marginado del mercado laboral a la edad de 51 años; e incluso es del caso mencionar que no solo sufrió el trastorno grave (desorden mental postraumático), sino que padeció distinto tipo de lesiones graves, tales como las secuelas oftalmológicas, cirugía plástica, el informe psiquiátrico que revela no solo el desorden mental, sino que estaba en tratamiento psiquiátrico (con abordaje biológico y psicoterapéutico), problemas odontológicos, entre otros; que evidencian los sufrimientos y padecimientos que debió soportar el actor, como consecuencia del siniestro sufrido en su trabajo.

Por ello, considero que el daño moral resulta a todas luces procedente ante las graves lesiones sufridas, padecimientos y desasosiego, que se tiene por producido *in re ipsa* por la sola producción de se tipo de accidente y por la existencia de lesiones físicas y psíquicas; mucho más, cuando las mismas son de una magnitud grave, que lo afectaron razonablemente para el goce de una vida plena, como quedó acreditado en el caso de autos. Se trata de resarcir cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona cuando se le ocasionaron perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado. Insisto, en casos como el que nos ocupa, dada la gravedad de las lesiones y secuelas incapacitantes, la existencia del daño moral se considera demostrada a partir de la acción antijurídica -daño *in re ipsa*- sin que

sea necesario prueba directa o específica sobre la conmoción espiritual sufrida por el actor a partir del siniestro.

Así las cosas, considero que resulta fehacientemente probado que el actor ha sufrido un daño psicológico, e incluso daño psíquico, como consecuencia del accidente, que debe ser resarcido como autónomo del “daño moral”, que sí le es reconocido en la presente sentencia. Así lo declaro.

En cuanto a la cuantificación del mismo, recordemos que el concepto -daño moral o indemnización de las consecuencias no patrimoniales art. 1741 CCyC- como principio no debe estar sujeto a porcentuales sobre el daño material, ni tampoco a una determinación que sea objeto de un cómputo aritmético, fruto de fórmulas más o menos complejas; sino que -por el contrario- considero que para fundarlo adecuadamente, el Magistrado debe apreciar las circunstancias del caso, de los sujetos involucrados, los derechos e intereses afectados y la naturaleza del daño sufrido, y sobre la base de esos parámetros, se debe estimar prudencialmente el valor del daño.

En ese contexto de situaciones, me parece razonable, justo y equitativo, teniendo en cuenta la magnitud del daño sufrido por el actor, su edad, las condiciones personales y sociales del mismo, como los padecimientos físicos y psíquicos acreditados (que evidentemente repercutieron en su vida de relación, perturbado su tranquilidad, como también su ritmo normal de vida), establecer el importe de **\$ 10.000.000 (pesos diez millones)**, calculados y estimados prudencialmente y con criterio de actualidad (a valores establecidos a la fecha de la presente sentencia); importe éste, que considero una justa y razonable reparación del daño moral que ha padecido el actor como consecuencia de sus accidente de trabajo. Así lo declaro.

Antes de finalizar con el tratamiento de los rubros indemnizatorios, aclaro que es importante tener presente que si bien la suma final que se otorga por cada rubro puede -en apariencia- resultar mayor que la solicitada, en realidad estás sumas (las que prosperaron en definitiva), están expresadas a valores actuales, siguiendo las líneas directrices sobre reparación integral.

PLANILLA: Se confecciona planilla (de cálculo de las indemnizaciones que prosperan) en **archivo formato PDF**, la cual forma parte integrante de la presente resolución.

X. SÉPTIMA CUESTIÓN. INTERESES, COSTAS Y HONORARIOS.

INTERESES:

En razón que los importes calculados como indemnización se definieron con **criterio de actualidad (a la fecha de la presente sentencia)**, los importes determinados en este pronunciamiento jurisdiccional, solamente devengarán un interés puro del 4% anual desde la fecha del hecho (23/12/2003) hasta la fecha del presente (31/07/2024), fecha en que el daño fue cuantificado judicialmente con criterio de actualidad; y desde allí en adelante, hasta su efectivo pago, devengarán los intereses de tasa activa promedio mensual del Banco de la Nación Argentina. Es decir, desde la fecha del hecho hasta la fecha de la sentencia, solo un interés puro del 4% anual; y desde la fecha del presente acto jurisdiccional en adelante, y hasta el efectivo pago, se generarán intereses conforme a la tasa activa promedio mensual del Banco de la Nación Argentina, según lo considerado.

COSTAS: Atento al progreso de la demanda (en lo sustancial), y en atención a la vigencia del principio de reparación integral, se imponen a las demandadas vencidas (Art. 62 y Cctes. CPCC).

HONORARIOS

Aplicación de las leyes 24.307 y 24.432, y del decreto 1.813/92.

La demandada solicita la aplicación de las leyes 24.307 y 24.432, y del decreto 1.813/92 a los fines de la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en este litigio.

La ley 24.432 introdujo el último párrafo del artículo 505 del Código Civil, que limita la responsabilidad por el pago de las costas al 25% del monto de la sentencia, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados, salvo los de los profesionales que hubieren patrocinado o representado al condenado en costas.

El tope para la responsabilidad por costas en el juicio por incumplimiento obligación al constituye una directiva de carácter

procesal y de policía del ejercicio profesional en materia de retribuciones, ajenas, en principio, a la normativa de fondo (artículo 121 de la Constitución Nacional), por cuya razón ha recibido numerosos planteos de inconstitucionalidad.

Sin adentrarme en el análisis de su adecuación o no a la Ley Fundamental, dado el carácter restrictivo y excepcional que reviste la declaración de inconstitucionalidad de una norma, a fin de evitar invadir injustificadamente la esfera legislativa (no obstante la invasión de jurisdicción efectuada por la norma citada, que introduce disposiciones de índole procesal, cuya regulación compete a las legislaturas provinciales), cabe precisar que, en modo genérico, los presupuestos de aplicabilidad de lo preceptuado en el último párrafo del artículo 505 Código Civil (cfr. ley 24.432), son: 1) incumplimiento de una obligación; 2) inejecución originada en culpa; 3) incumplimiento derivado de litigio judicial o arbitral; 4) condena en costas, lo cual remite a la calidad de vencido. Por tanto, es el deudor de las costas el interesado en la reducción y legitimado para solicitar la aplicación de las normas. (Cfr. Código Civil comentado Bueres - Highton, Editorial Hammurabi, T. 2 A).

Por otro lado, dada la fecha de la demanda, más que aplicar la ley 24.432, debería examinarse -en rigor- la aplicación del artículo 730 último párrafo del Código Civil y Comercial (que reemplazó al ex 505 CC), y que entró en vigencia en fecha 01 de agosto de 2015; por lo que todos los trabajos profesionales se cumplieron bajo la vigencia de esta última norma sustancial (Art. 730 C.C y C.).

Asimismo, no está de más recordar que, conforme jurisprudencia que comparto, tanto la ley 24.432, como el artículo 730 (ex 505) del Código Civil y Comercial, lo que hacen es limitar la responsabilidad del condenado en costas, no el monto de los honorarios, los que deben regularse conforme a las disposiciones de las leyes arancelarias provinciales (C. Civ. y Com. Córdoba, nº 2, 2/4/98, "Bertero Rudi vs. Rasch Carlos y otra", LLC 1999 - 1360).

En mérito a lo expuesto, corresponde concluir que resulta inaplicable al caso concreto las disposiciones del artículo 730 (ex artículo 505) último párrafo del Código Civil y Comercial. Así lo declaro.

Regulación: Corresponde en esta oportunidad regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la presente causa, conforme lo prescribe el art. 46 inc. 2 de la ley 6.204.

Atento al resultado arribado en la litis y a la naturaleza de la misma, es de aplicación el artículo 50 inciso 1 de la citada ley, por lo que se toma como base regulatoria el monto del capital de condena, el que según planilla que antecede asciende a la suma de \$97.679.237,09 al 31/07/2024.

Habiéndose determinado la base regulatoria, teniendo en cuenta la calidad jurídica de la labor desarrollada por las profesionales, el éxito obtenido, el tiempo transcurrido en la solución del pleito y lo dispuesto por los artículos 15, 38, 42 y concordantes de la ley N° 5.480, con los topes y demás pautas impuestas por la ley N° 24.432 ratificada por ley provincial N° 6.715, se regulan los siguientes honorarios:

A. Por el proceso de conocimiento:

1) A la letrada NOELIA MEDINA NUÑEZ, por su actuación en la causa por la parte actora, como letrada apoderada en todas las etapas del proceso de conocimiento, excepto en la audiencia del art 69, la suma de \$18.925.352 (base regulatoria x 15% más el 55% / 3 etapas x 2,5).

2) Al letrado ROQUE JOSE AGUSTIN TELLO, por su actuación en la causa por la parte actora, como letrado apoderado en la audicia del art 69, la suma de \$3.785.070 (base regulatoria x 15% más el 55% / 3 etapas x 0,5).

3) Al letrado RAFAEL RILLO CABANNE, por su actuación en la causa por la parte demandada (CONSOLIDAR ART SA), como letrado apoderado en todas las etapas del proceso de conocimiento, la suma de \$12.112.225 (base regulatoria x 8% más el 55%).

4) Al letrado GASTÓN CAMPOPIANO ARMAYOR, por su actuación en la causa por la parte demandada (LIBERTAD SRL), como letrado apoderado en todas las etapas del proceso de conocimiento, la suma de \$12.112.225 (base regulatoria x 8% más el 55%).

B. Por el incidente de inconstitucionalidad (fs. 309/311):

1) A la letrada NOELIA GRISEL MEDINA NUÑEZ, le corresponde la suma de \$3.406.563 (15% art 59 s/base regulatoria x 15% más el 55% por el doble carácter)

2) Al letrado GASTÓN CAMPOPIANO ARMAYOR, le corresponde la suma de \$1.211.223.- (10% art 59 s/base regulatoria x 8% más el 55% por el doble carácter)

Por ello,

RESUELVO:

I.- ADMITIR la demanda promovida por el Sr. CHAVEZ Américo Orlando, DNI 10.402.047, en contra de **LIBERTAD SRL** y en contra de **GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A.** (ex Consolidar ART S.A.), por lo considerado. En consecuencia, se condena a ambas demandadas al pago de la suma total de \$97.679.237,09 (pesos noventa y siete millones seiscientos setenta y nueve mil doscientos treinta y siete con nueve centavos), con más los intereses establecidos; por los conceptos de daño material, pérdida de chance y daño moral; suma esta que deberá hacerse efectiva dentro de los 10 días de ejecutoriada la presente bajo apercibimiento de Ley, observándose el cumplimiento de las normas tributarias y previsionales federales.

II. ADMITIR el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1 y 39 de la LRT, por lo considerado;

III. RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad de los arts.8, 9, 21, 22, 40, 14, 15, ley 24557 por lo considerado. Asimismo declarar abstracto el planteo de inconstitucionalidad del art. 19 ley 24557, por lo considerado.

IV. COSTAS: en la forma considerada.

V. HONORARIOS: Por el proceso de conocimiento: A la letrada NOELIA MEDINA NUÑEZ, la suma de \$18.925.352 (pesos dieciocho millones novecientos veinticinco mil trescientos cincuenta y dos); al letrado ROQUE JOSE AGUSTIN TELLO, la suma de \$3.785.070 (pesos tres millones setecientos ochenta y cinco mil setenta); al letrado RAFAEL RILLO CABANNE, la suma de \$12.112.225 (pesos doce millones ciento doce mil doscientos veinticinco); y al letrado GASTÓN CAMPOPIANO ARMAYOR, la suma de \$12.112.225 (pesos doce millones ciento doce mil doscientos veinticinco). Por el incidente de inconstitucionalidad (fs. 309/311): A la letrada NOELIA GRISEL

MEDINA NUÑEZ, la suma de \$3.406.563 (pesos tres millones cuatrocientos seis mil quinientos sesenta y tres); y al letrado GASTÓN CAMPOPIANO ARMAYOR, la suma de \$1.211.223.- (pesos un millón doscientos once mil doscientos veintitrés), conforme a lo considerado.

VII. PLANILLA FISCAL: Oportunamente practíquese y repóngase (art. 13 Ley 6204).

REGÍSTRESE, ARCHÍVESE Y HÁGASE SABER.