

///MA, 5 de septiembre de 2012.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor Hugo SODERO NIEVAS, Enrique J. MANSILLA y Sergio M. BAROTTO, con la presencia del señor Secretario subrogante doctor Wenceslao ARIZCUREN, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “MARIN, ARTURO LISARDO C/ AGROPEZ S.A. Y OTRA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (Expte N° 24956/10-STJ), elevados por la Cámara del Trabajo de la Ia. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad, con el fin de resolver el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 1159/1172 vlta. por la parte demandada, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----

-----C U E S T I O N E S-----

-----1ra.- ¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----V O T A C I Ó N-----
----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijo:-----

-----1.- Mediante la sentencia obrante a fs. 1109/1122, la Cámara del Trabajo con asiento de funciones en esta ciudad hizo lugar a la demanda y condenó a “Agropez S.A.” y a “Liberty A.R.T. S.A.” (esta última, en el límite de la cobertura y las prestaciones de la póliza contratada) a abonarle al actor la suma liquidada al efecto en concepto de indemnización por los daños derivados de un accidente de trabajo e intereses.-----

-----Para así decidir, el Tribunal de grado partió de considerar que estaba fuera de discusión el acaecimiento ///-2- del siniestro, pues todas las partes estaban contestes en que efectivamente había ocurrido. Sintéticamente descripto (según surge de las declaraciones testimoniales transcritas en la sentencia), el accidente tuvo lugar el 30 de enero de 2004, cuando el actor -quien se desempeñaba como marinero en el buque pesquero “Tiburón”- realizaba tareas en cubierta relacionadas con maniobras de pesca. En esa ocasión, al girar el barco en medio de un mar “movido”, el trabajador fue impactado por un pontón de aproximadamente 300 kgs. que lo aprisionó contra la cabina y le comprimió la región anterior del tronco y los miembros, lo que le provocó las lesiones y fracturas que luego habrán de ser detalladas.-----

-----Cabe aclarar aquí que la condena dictada por la Cámara del Trabajo se fundó en el régimen de responsabilidad civil, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la L.R.T. -v. fs. 286 y vlt.-, resuelta con remisión a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “AQUINO” (Fallos 327:3753) y de este Superior Tribunal en autos “SAN MARTÍN” (Se. Nº 27 del 02.03.05).- - - - -

-----También resulta pertinente destacar que, previo al inicio de la presente causa, tomó intervención la Comisión Médica Nº 18, la que el 26.04.05 emitió dictamen en los términos de la Ley de Riesgos del Trabajo en el que adjudicó al actor una incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva del 20,50%, tal como se desprende de las constancias de fs. 74/77 (las que se repiten a fs. 613/618 y 772/777). Apelado ese dictamen, por sentencia del 30.10.07 la señora Juez Federal de esta ciudad hizo lugar al recurso del actor y elevó el porcentaje de incapacidad al 48% (v. fs. 542/555 y 739/745), lo que determinó que la A.R.T. abonara la diferencia entre las prestaciones dinerarias ya// ///-3- otorgadas y las que correspondía otorgar de acuerdo con el mayor porcentaje de incapacidad así establecido (fs. 556/561).- - - - -

-----Asimismo, mientras tramitaba el recurso de apelación deducido por vía de lo dispuesto en el art. 46 de la L.R.T., el actor promovió la demanda con que se iniciaron estos autos ante la Cámara del Trabajo local, fundada -como se anticipó- en las normas del derecho común y dirigida contra su empleador, quien a su vez citó como tercero a Liberty A.R.T.- - - - -

-----Llegado el momento de dictar sentencia, siguiendo el dictamen pericial médico producido en la causa, la Cámara tuvo por acreditado que el actor padecía espondilolistesis traumática L4-L5, originada por un accidente de trabajo que le había provocado fractura del pedículo vertebral L4-L5, con desplazamiento anterior de la columna, lesión reticular tipo compresiva con compromiso muscular en ambos miembros inferiores. Relató que el actor había sido sometido a una cirugía y que, a raíz de la rotura de uno de los tornillos que le habían implantado, debió ser nuevamente intervenido. Asimismo, que padece artrodesis de columna vertebral (L4, L5, S1) que lleva a la anquilosis de ese sector que permanece rígido, lo que se compensa con otras vértebras que van camino a un desgaste prematuro. En mérito a ello, consideró que el actor presenta una incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva del 62,04%. - - - - -

-----En cuanto al encuadre legal del pronunciamiento, la Cámara puso de manifiesto que el pontón del buque se había tornado una cosa riesgosa, pues había quedado probado que se trataba de una pieza de hierro de 300 kilos aproximadamente que, con la fuerza del agua y el movimiento de giro de la embarcación, sin duda se había convertido en peligrosa, lo que denotaba el riesgo al que estaba expuesto el trabajador/ ///-4- (art. 1113, 2do. párrafo in fine, del Código Civil). Añadió además que, según los testimonios recogidos en la audiencia de vista de causa, también había quedado acreditado que el empleador no había sido diligente en el resguardo de la integridad psico-física del dependiente (art. 1109 del Código Civil). En ese marco, concluyó que Agropez S.A. debía resarcir el daño material (incapacidad física y tratamiento psicológico) y el daño moral sufrido por su dependiente, y que Liberty A.R.T. debía hacerlo en los límites de la cobertura contratada en los términos de la Ley de Riesgos de Trabajo, teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad determinado en los presentes autos, es decir, 62,04%, y no el previamente establecido en sede federal, esto es, 48% (resolución aclaratoria de fs. 1143 y vlta.).-

-----2.- Contra lo así decidido, la demandada Agropez S.A. interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a fs. 1159/1172 vlta., el cual fue declarado admisible por el Tribunal de grado a fs. 1227 y vlta., y por este Cuerpo a fs. 1252.- - - -

-----En primer lugar, sostiene que la cuantificación del daño efectuada por la Cámara carece de fundamento y razonabilidad. En tal sentido, explica que la Cámara aplicó una fórmula financiera similar a la desarrollada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el conocido caso “Vuoto, Dalmero v. AEGT Telefunken”, que permite determinar un capital (C) que, colocado a una tasa de interés compuesto (i), le permite al trabajador damnificado retirar mensualmente un importe equivalente al desgaste del sueldo que verosímilmente puede ocasionarle el porcentaje de incapacidad que padece, durante el tiempo de vida que le resta hasta el momento de lograr el derecho a la jubilación (n), momento en el cual el referido capital queda agotado por los retiros mensuales efectuados hasta /// ///-5- entonces.- - - - -

-----Sin embargo -destaca-, en la fórmula utilizada en la sentencia no se consideró la remuneración anual del actor (al menos, la que devengó el año anterior al siniestro), sino la percibida al mes del accidente, cuando -como se sabe- la pesca constituye una actividad signada por los vaivenes de una actividad extractiva de neto corte estacional. Agrega que tampoco se consideró que la incapacidad física determinada por el perito no

le impedía al actor continuar laborando en otras artes y que, en la actividad que desarrollaba (marinería, pesca), se accede al beneficio previsional ordinario a la edad de 52 años, a cuyos efectos registraba aportes bastantes. En definitiva, concluye que la Cámara se limitó a realizar una operación matemática más o menos sencilla, sin verificar que el resultado que así se obtenía efectivamente se ajustara a las circunstancias del caso.- - - - -

-----En segundo lugar, la recurrente se agravia por la determinación del daño efectuada por la Cámara. Al respecto, expresa que el porcentaje de incapacidad erróneamente determinado por el perito y aceptado por la Cámara aumenta en más de 14 puntos la incapacidad que el actor consintió expresamente en juicio ante la justicia federal y que fue determinado sobre la misma tabla de evaluación de incapacidad que aquí utilizó el perito. Manifiesta que la resolución es claramente arbitraria, en tanto omite considerar las observaciones al dictamen pericial médico formuladas por esa parte en oportunidad de alegar sobre la prueba producida y se limita a adoptar sus conclusiones, lisa y llanamente, pese a que estas se contraponen con otros informes médicos agregados a la causa. Sobre el particular, pone de manifiesto que la lesión física del actor fue evaluada en tres instancias con cuatro conclusiones /// ///-6- distintas, a saber: la Comisión Médica dictaminó 20,50% de incapacidad; el perito médico que intervino en el recurso de apelación ante la Justicia Federal determinó que esa incapacidad era del 48%, decisión que fue consentida por el actor y en función de la cual arribó a un acuerdo de pago con la A.R.T., y el perito médico que intervino en las presentes actuaciones determinó, primero, que la incapacidad era del 52,8%, y luego amplió el informe y concluyó que era del 62,04%.- - - - -

-----Seguidamente manifiesta que la Cámara incurre en una apreciación arbitraria al atribuirle responsabilidad en el evento. Al respecto, expresa que el a quo tuvo por acreditado que la empleadora no había sido diligente en el resguardo de la integridad psicofísica de su dependiente y le imputó violación del deber de indemnidad del trabajador al contrariar normas de seguridad por la falta de adopción de las medidas necesarias que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica eran idóneas para tutelar esa integridad (art. 1109 del Código Civil). En particular, destaca lo dicho por la Cámara acerca de que el buque pesquero no tenía la protección debida para evitar que el pontón se subiera a la cubierta de la popa, cuestión que, además de no ser nueva, era sabida por todos y debió corregirse para evitar un siniestro como el que finalmente sucedió. Manifiesta que si bien ello permitiría afirmar que la responsabilidad subjetiva

de Agropez S.A. fue debidamente fundada por el sentenciante, lo expuesto resultaba contradictorio con lo expresado al eximir de responsabilidad extrasistémica a la aseguradora de riesgos del trabajo (art. 1074 del Cód. Civ.), específicamente, cuando la Cámara afirma que, en las condiciones en que sucedió el siniestro (pescando en el límite de lo permitido, con fuerte viento y consecuente oleaje), no podía decirse que la falta de /// ///-7- protección hubiera sido determinante para la producción del siniestro. La recurrente se pregunta entonces por qué no había fundamento suficiente para responsabilizar a la A.R.T. por omisión y sí al empleador por violación del deber de indemnidad fundado en el incumplimiento de las normas de seguridad.- - - - -

-----Concluye que se omitió determinar la causa concreta del accidente y precisar si en el caso fue el riesgo de la cosa o de la actividad, o la conducta del empleador lo que se constituyó en factor decisivo en la producción del daño, por lo que la imputación de responsabilidad subjetiva y objetiva a la empleadora carece de fundamentos suficientes.- - - - -

-----Por último, invoca que la sentencia habría incurrido en omisión de pronunciamiento sobre una cuestión esencial, cual es la determinación de la extensión de la responsabilidad de la A.R.T. y su efectiva participación en el caso, aspecto que -desde ya adelante- no profundizaré por entender que ha devenido abstracto luego de la presentación de la planilla de liquidación de fs. 1186/1187.- - - - -

-----3.- Evidentemente, la cuantificación del resarcimiento es un tema que plantea graves dificultades, sobre todo al momento de calcular el daño sobreviniente o futuro y, en concreto, el lucro cesante o ganancia dejada de percibir. El intento de resolver este problema nos hace ingresar en un ámbito de pensamiento sobre lo imaginable o, en el mejor de los casos, sobre lo proyectable según lo que normalmente sucede con mayor habitualidad. Aun así no será posible prever las circunstancias futuras que puedan o no efectivizarse. Entonces el problema es cómo determinar la cuantía monetaria de un daño futuro (lucro cesante) si no es posible conocer ciertamente lo que le pasará en el futuro al damnificado (al respecto, véase Diego César Pereda: “La estimación del daño en los accidentes y enfermedades del /// ///-8- trabajo a fin de una reparación integral: problemas metodológicos” en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009-1, “Actualidad”, en particular págs. 97 y sgtes.).- - - - -

-----Más aún; según lo ha puesto de manifiesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el valor de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de

criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres. Es que -como también dice la Corte- la incapacidad del trabajador suele producir a este un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable (CSJN in re: “AROSTEGUI”, del 08.04.2008, Fallos 331:570).- - - - -

-----En ese contexto, es claro que ninguno de los procedimientos o posibilidades de estimación del daño disponibles estará exento de crítica por alguna de las partes, sea que se trate del método puramente subjetivo -basado en el mero arbitrio judicial sin que se exterioricen los mecanismos utilizados para cuantificar el daño-, sea que se utilice el método objetivo, basado en el uso de fórmulas matemáticas.- - - - -
- - - - -

-----Aun así, y no obstante la facultad de los jueces para fijar las indemnizaciones que se adecuen a la justicia del caso concreto en materia específicamente laboral, este /// ///-9- Superior Tribunal ha reconocido que la utilización de fórmulas propende a una mayor seguridad jurídica para empleadores y aseguradoras, facilita la autocomposición del conflicto y permite arribar a soluciones con menor desgaste jurisdiccional y mayor prontitud, todo lo cual se logra mediante la aplicación de un criterio uniforme (doctr. STJ in re: “PROVINCIA DE RIO NEGRO”, Se. N° 48/11 y “DA SILVA”, Se. N° 51/11, ambas del 16.06.11), siempre y cuando ello no conduzca a un resultado manifiestamente injusto o irrazonable.- - - - -

-----Precisamente, en la causa “PÉREZ BARRIENTOS, David del Carmen c/ ALUSA S.A. y Otra s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de Ley” (Se. N° 108 del 30.11.09), a cuyos fundamentos corresponde remitir por razones de brevedad, este Cuerpo readecuó la reconocida fórmula matemática adoptada por la jurisprudencia laboral desde hace algo más de tres décadas de acuerdo con el criterio señalado por la C.S.J.N. en la ya citada causa “Arostegui”, y lo hizo sin que ello de ninguna manera debiera interpretarse como la consagración de un criterio rígido de aplicación automática de la fórmula -o de cada una de sus variables- en todos los casos de accidentes o enfermedades profesionales,

con total desatención o prescindencia de sus circunstancias particulares.- - - - -

-----La recurrente ha planteado bien su agravio al no centrarlo en el cuestionamiento del uso de una fórmula, sino en el señalamiento de que el resultado final al que conduce resultaría desproporcionado, injusto o irrazonable. En este sentido, es cierto que el simple cotejo de los recibos de sueldo del actor correspondientes al año anterior al accidente muestra remuneraciones extremadamente variables, con rangos que van de \$ 12.568,21 en el mes de febrero de 2003, u \$ 11.760,84 en enero del mismo año, a \$ 844,80 en abril, o \$ 963,58 en julio. Lo relevante es entonces que el/ ///-10- ingreso base utilizado por la Cámara de \$ 5.352,89, correspondiente al salario del mes del accidente - enero de 2004-, lejos de ser un pico máximo, se ubica en una cifra muy cercana al promedio de las remuneraciones brutas devengadas durante todo el año 2003 de \$ 4.935,47, y próxima también a la remuneración fija mensual de \$ 4.850 que siguió devengando durante el año posterior al siniestro (conf. documental reservada en sobre M 14/06).- - - - -

-----Por lo demás, la eventual diferencia que pudiera surgir a raíz de tomar un ingreso base menor se compensaría con la modificación de la edad tope computable. Es que, de acuerdo con las pautas señaladas por la Corte en la causa “Arostegui”, no habrá de tomarse en cuenta el tiempo restante hasta el fin de la “vida útil” de la víctima, es decir, hasta alcanzar la edad jubilatoria (sean los 60 o 65 años, como prevé el régimen de jubilación ordinaria, o 52, como alega el recurrente para la actividad de que se trata), sino el de la expectativa de vida (75 años), pues la presupuesta merma de salario que el trabajador sufre como consecuencia de su incapacidad laboral también se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional.- - - - -

-----Ciertamente es que el elevado monto de la indemnización de condena puede parecer desproporcionado en una primera aproximación al caso. Sin embargo, tal primera impresión se relativiza a poco de analizar varios extremos que entran en juego para su determinación: a) en primer lugar, la edad del trabajador al momento del infortunio, quien tenía entonces 39 años (la mitad de su vida, tomando en cuenta la expectativa de 75 años mencionada precedentemente); b) el nivel de ingresos que tal actividad le reportaba, con picos que aun hoy, casi una década después y a pesar de los efectos de la inflación acumulada, en términos nominales siguen estando bastante por encima de la media salarial; c) el alto /// ///-11- porcentaje de incapacidad que padece como resultado del accidente, capaz de proyectar sus consecuencias perjudiciales en todas las facetas de la vida (productiva, social, deportiva, etc.), lo que obliga a un replanteo del proyecto de

vida personal y familiar, y d) las consecuencias de un sistema de aseguramiento de los riesgos laborales que, por múltiples circunstancias -aquí, por efecto del tope máximo del art. 14, inc. 2, apartado b)-, en casos como el presente no cumple efectivamente la finalidad para la que ha sido instituido.-----

-----Sin considerar las particularidades del caso, el monto de la indemnización civil puede parecer excesivo teniendo como referencia el de la Ley de Riesgos del Trabajo. Pero, considerando las aludidas circunstancias, lo que resulta desproporcionado, por exiguo, es el monto de la indemnización tarifada. Esa brecha significativa entre los resarcimientos de una y otra órbita de responsabilidad seguramente está presente en la crítica al resultado obtenido en autos, donde la compensación otorgada por aplicación de las normas del derecho común excede ampliamente el importe resultante de aplicar las pautas de la Ley de Riesgos del Trabajo. Sin embargo, esa posibilidad ya había sido advertida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación al dictar su fallo “Aquino” (Fallos 327:3753), en el que declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT que eximía de responsabilidad al empleador asegurado. En el considerando 6, segundo y tercer párrafos, expresó: “... es manifiesto que, contrariamente a lo que ocurre con el civil, el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida [...] En suma, la LRT // ///-12- ... sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente”.-----

-----Desde esta perspectiva, la circunstancia de que la LRT se apartara de la concepción reparadora integral y, por ende, dejara subsistentes daños sin reparación, habilitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, lo que a su vez derivó en la remoción del obstáculo legal que eximía de responsabilidad al empleador asegurado. La apertura de esa vía significó para este último el riesgo de tener que asumir un “pasivo contingente” que, en algunos casos -como en este-, puede adquirir significativa importancia, pero que de no hacerlo se trasladaría al propio trabajador como daño no indemnizable.-----

-----Consciente de esa situación, más de cinco años después de haberse dictado el fallo “Aquino”, por Decreto 1694/09 (del 05.11.2009) el Poder Ejecutivo Nacional ordenó a la Superintendencia de Seguros de la Nación que autorizase la emisión de pólizas de responsabilidad civil por accidente del trabajo o enfermedades laborales, orden que fue

cumplida mediante el dictado de la Resolución 35550/2011-SSN del 28.01.11 (B.O. del 07.02.2011), lo que, en definitiva, vino a permitir que los empleadores puedan asegurar, aunque sea parcialmente, la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir en materia de infortunios cubiertos por la Ley de Riesgos del Trabajo (v. Miguel Ángel Maza: “Los alcances del nuevo régimen de aseguramiento de la eventual responsabilidad civil de los empleadores por contingencias cubiertas por la Ley sobre Riesgos del Trabajo”, Revista de Derecho Laboral 2011-I, Actualidad, Rubinzal Culzoni, págs. 237 y sgtes.).- - - - -

-----También el mismo decreto 1694/09, en su art. 2º, suprimió los topes previstos en los artículos 14 y 15 de /// ///-13- la L.R.T., aunque lo hizo para las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera a partir de la fecha de publicación del decreto en el Boletín Oficial -6.11.09.- - - - -

-----En definitiva, y pese a la crítica seriamente formulada por la recurrente, teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto, no se advierte la ilogicidad del monto indemnizatorio reconocido por la Cámara.- - - - -

-----4.- El otro motivo de agravio relevante reside en la determinación de la incapacidad del actor, teniendo en cuenta la disparidad de criterios que exhiben los dictámenes de la Comisión Médica, del perito interviniente en la instancia de apelación ante la Justicia Federal y del perito oficial designado en la presente causa.- - - - -

-----Respecto de ello, habré de transitar por las mismas reflexiones que expuse al emitir mi voto en los autos “GONZÁLEZ, Héctor Omar C/ TERMINAL DE SERVICIOS PORTUARIOS PATAGONIA NORTE S.A.” (Se. N° 108 del 27.12.08), en los que señalé que la hibridez del sistema vigente en materia de accidentes y enfermedades profesionales, producto de una construcción en parte legal y en parte jurisprudencial, suele acarrear problemas de difícil o imposible solución. En efecto, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “LLOSCO”, del 12.06.2007 (Fallos 330:2696) autoriza que, luego de transitadas las instancias de la Ley 24557, pueda formularse la demanda en reclamo de la “reparación integral” con fundamento en las normas del derecho común, lo que ha dado origen a una doble vía reparatoria que abre a su vez la posibilidad de que el grado de incapacidad sea ponderado por la Comisión Médica y por el perito designado en sede judicial a partir de criterios de notable disparidad.- - - - - /// ///-14- Como quedó dicho en el precedente al que vengo refiriendo, el problema, insoluble a mi entender, reside en que la doble vía de juzgamiento implica la posibilidad incluso del dictado de sentencias

contradictorias. Ello así pues no se trata de que en sede judicial se revise el porcentaje de incapacidad asignado en la instancia administrativa por la Comisión Médica, trámite en el que son partes el trabajador accidentado y la ART y que incluso, por vía de la apelación prevista en el art. 46 de la LRT, puede llegar a la competencia del Juzgado Federal y, aun más allá, a la Cámara Federal de la Seguridad Social. De lo que se trata es de la realización de un nuevo proceso judicial que indudablemente guarda cierta conexidad con el anterior, aunque no completa identidad -difiere en el sujeto demandado y en el derecho aplicable, pues se halla dirigido contra el empleador y fundado en las normas del derecho común-, en el que finalmente puede llegar a determinarse un porcentaje de incapacidad distinto del establecido en la órbita de la Ley 24557.- - - - -

-----Naturalmente que debería buscarse alguna manera de zanjar tales diferencias, en la medida de lo posible, pues es ilógico pensar que coexistan dos grados de incapacidad en una única persona como consecuencia de un mismo y único hecho, según este haya sido juzgado a la luz de uno u otro régimen legal, a no ser que esa diferencia resida en la capacidad de la secuela de evolucionar en el tiempo, en los distintos baremos utilizados, o que en la segunda oportunidad de valoración de la incapacidad se llegara fundadamente a la conclusión de que en la primera hubo un error de diagnóstico o de aplicación del baremo en la instancia administrativa.- - - - -

-----Una alternativa de solución -no exenta de controversia- ha sido la de atribuirle al dictamen de la Comisión Médica / ///-15- -o a la sentencia dictada en sede de la Justicia Federal- la proyección de efectos de “cosa juzgada” para los fines de la acreditación del grado de incapacidad en el otro juicio posterior. Tal fue la posición asumida -en minoría- por el doctor Miguel Ángel Maza en la causa “Guidoni, Oscar Raúl vs. Cerámica San Lorenzo Industrial y Comercial S.A. y otro s. Accidente - Acción civil”, fallada el 29/05/2009 por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Rubinzal on line: RC J 4279/09), pero -a mi juicio- ello conllevaría la posibilidad de lesionar el derecho de defensa, en tanto le sería oponible al empleador demandado el resultado de una medida administrativa o procesal (según se trate del dictamen de la Comisión Médica o de la pericial realizada en la apelación del art. 46) que no tuvo oportunidad de controlar y que fue producida en un trámite del que no fue parte, que podría perjudicarlo o beneficiarlo, según sea menor o mayor el porcentaje de incapacidad determinado en el juicio posterior (tal como sucedió en el caso “GONZÁLEZ” ya citado o en este, respectivamente).- - - - -

-----Entonces, en salvaguarda del derecho de defensa, reitero que la alternativa es asignarle al porcentaje de incapacidad ya establecido un valor orientador pero no necesariamente un efecto vinculante y someter al criterio fundado del juez la búsqueda de una solución que evite consagrar resultados injustificadamente contradictorios, máxime teniendo en cuenta que, a partir del fallo “CASTILLO” (del 07.09.04 -Fallos 327:3610-), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1º, de la Ley 24557, no puede sustraerse de la competencia provincial las cuestiones vinculadas con la determinación de la incapacidad derivada de un accidente o enfermedad profesional, y teniendo presente además que, /// ///-16- según lo precisado recientemente por la Corte en la causa “OBREGÓN” (del 17.04.12 -DT 2012, julio, 1865-), el acceso a los estrados provinciales tampoco puede quedar condicionado o supeditado al previo cumplimiento de una vía administrativa ante las Comisiones Médicas.- - - - -

-----En el caso de autos, los dos peritos designados, tanto el que intervino en la instancia de apelación del dictamen de la Comisión Médica como el que lo hizo en esta causa, han coincidido en el diagnóstico del padecimiento del actor –espondilolistesis traumática operada con secuela electromiográfica severa- y han coincidido también en la ponderación del porcentaje de incapacidad de esa patología de base -40%- (v. fs. 600/601 y 1048). La discrepancia en la valoración de la incidencia final de esa afección en la incapacidad laborativa reside en el hecho de que el perito designado en sede de la justicia federal computó dos factores de ponderación (edad y tipo de actividad), mientras que el perito oficial designado en estos autos computó tres (los dos ya indicados y las posibilidades de reubicación laboral), y luego, a instancias del señalamiento efectuado por la parte actora a fs. 656, computó además la limitación funcional en la columna dorsolumbar (fs. 676).- - - - -

-----Tales razones me inclinan a descartar la presencia de arbitrariedad en lo aquí decidido, teniendo en cuenta la argumentación del sentenciante de la anterior instancia y los antecedentes valorados al efecto.- - - - -

-----Es decir, no existe arbitrariedad cuando el dictamen del perito médico forense está fundado y computa factores de ponderación y limitaciones funcionales que se proyectan en el resto de la vida laboral y tienen el rango de permanentes.- - - - -
- - - - -

-----Es más, las discrepancias apuntadas son aparentes si se considera: 1º) que el dictamen del segundo de los peritos // ///-17- es suplementario del primero en tanto

computa más factores de ponderación y limitaciones funcionales que el primero de ellos; 2º) que, en resguardo del derecho al debido proceso, en caso de divergencia con el dictamen de la Comisión Médica, debe preferirse el del perito forense, salvo arbitrariedad o absurdo en la fundamentación; 3º) que en el derecho indemnizatorio actual el porcentaje no resulta indiferente al cálculo, ya que estamos en presencia de una persona que no podrá reembarcarse para cumplir ninguna tarea inherente a su profesión, pues está a solo 3,96% de la incapacidad total, y 4º) que además la duda juega a favor del trabajador cuando la actividad -en este caso pesquera- conlleva el uso de la fuerza humana que, dados los daños sufridos, no podrá volver a ejercerse.- - - - -

-----5.- En cuanto a la atribución de responsabilidad a la empleadora, la recurrente se agravia por considerar contradictoria la argumentación de la sentencia que le asigna responsabilidad subjetiva por no haber sido diligente en la prevención del daño (art. 1109 del Código Civil) y, al mismo tiempo, exime de responsabilidad a la A.R.T. en los términos del art. 1074 del Código Civil, por considerar que la eventual omisión -o el cumplimiento deficiente- de su obligación de prevenir no constituyó causa eficiente o condición del siniestro, teniendo en consideración las particulares circunstancias (viento, oleaje, etc.) en que este se produjo.- - - - -

-----Sobre el particular, corresponde señalar ante todo que la cuestión relativa a la responsabilidad extracontractual de la A.R.T. habría requerido una concreta formulación de la parte actora o, eventualmente, de la demandada, para que la aseguradora hubiera podido ejercer plenamente su derecho de defensa, lo cual no ocurrió en este caso, en el que la demanda solo se dirigió contra la empleadora y esta citó a// ///-18- la aseguradora para que respondiera en los límites de la cobertura y no por omisión culposa. Ello además habría exigido una fundamentación precisa de las omisiones que se hubieran atribuido y de cómo estas habrían generado el hecho o contribuido a su realización (art. 1074 del Código Civil).- - - - -

- - - - -

-----Tal inactividad no puede ser suplida oficiosamente por el juez, so riesgo de afectar la garantía del debido proceso, lo que a su vez conduciría a la nulidad de la sentencia por violación del principio de congruencia (arts. 34, 163, 296 y ccdtes. del CPCCm. y 200 de la Const. Prov.). No es que no se haya indicado la norma -lo que podría ser corregido por aplicación del principio “iuria novit curia”-, sino que no se invocaron los hechos que podrían haber centrado el debate en la eventual concurrencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual de la aseguradora, y los jueces no pueden afectar las

bases fácticas del litigio.- - - - -

-----En tales condiciones, el análisis efectuado por la Cámara (atento a la cuestión recién introducida en el alegato de la parte actora -v. fs. 1079/1089-), más allá de su acierto o error, no podría haber conducido válidamente a la condena solidaria de la aseguradora en los términos del art. 1074 del Código Civil, por no haber sido esta una cuestión que integrara debidamente la litis.- - - - -

-----Y aun cuando se afirmara que tampoco medió un supuesto de culpa de la empleadora -en caso de considerar que el viento y el oleaje en condiciones límites de navegabilidad, sumados a la maniobra de giro de la embarcación, fueron los factores determinantes para que el pontón se subiera a cubierta de un modo inesperado y violento-, de todas maneras quedaría el factor objetivo de atribución de responsabilidad del art. 1113 del Código Civil, en cuya órbita, además de // ///-19- los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas, quedan incluidos los daños causados por “actividades profesionales riesgosas”, aunque ello no surja expresamente de la letra de la ley, ya que, en coincidencia con lo expresado por la doctrina, hay actividades en las cuales las personas asumen un riesgo diferente del de cualquier ciudadano y los daños producidos en su actividad deben ser resarcidos (conf. doctr. de este STJRNSL in re: “NAVARRETE”, Se. Nº 205 del 18.11.11).- - - - -

-----En consecuencia, tanto sea porque son cosas riesgosas el buque pesquero en alta mar como asimismo sus propios implementos, máxime un pontón de hierro de 300 kg, como porque la actividad profesional -pesquera- también lo es atento al medio y las circunstancias en que se la realiza, como también lo tuvo por encuadrado la Cámara, el caso queda incuestionablemente comprendido en el art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte, del Código Civil, teniendo en cuenta además que no ha mediado -no se ha invocado y mucho menos probado- ninguna causal de eximición de responsabilidad. VOTO POR LA NEGATIVA.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:- - - - -
- - - - -

-----Coincido con lo manifestado por el señor Juez preopinante por lo que adhiero a los fundamentos por él vertidos y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:- - - - -
- - - - -

-----Atento a la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.-----

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijo: - - - -

-----Por las razones expresadas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo rechazar el recurso /// ///-20- extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 1159/1172 vlta., con costas. Asimismo propicio que, por su actuación en esta vía, se regulen los honorarios profesionales de los doctores Alberto R. J. CORTÉS, Gustavo G. ÁVILA y María Fernanda RODRIGO -en conjunto- en el 25% de los que les correspondan en la instancia de origen, y los de los doctores Fernando A. CASADEI, Ariel ÁLICE y Augusto G. COLLADO -también en conjunto- en el 30% calculados de idéntico modo. MI VOTO.- -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:-----

-----ADHIERO a la solución propuesta en el voto que antecede.-----

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:-----

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).-----

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 1159/1172 vlta., con costas.----- Segundo: Por su actuación en esta vía, regular los honorarios profesionales de los doctores Alberto R. J. CORTÉS, Gustavo G. ÁVILA y María Fernanda RODRIGO -en conjunto- en el 25% de los que les correspondan en la instancia de origen, y los de los doctores Fernando A. CASADEI, Ariel ÁLICE y Augusto G. COLLADO -también en conjunto- en el 30% calculados de idéntico modo (arts. 15 y ccdtes. de la L.A.), los que deberán abonarse en el plazo de diez (10) días. Notifíquese a la Caja Forense y cúmplase con la Ley 869.- - -

----- Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver

las// ///-21- presentes actuaciones.- - - - -

VÍCTOR H. SODERO NIEVAS -Juez-

ENRIQUE J. MANSILLA –Juez-

SERGIO M. BAROTTO -Juez en abstención-

ANTE MI: WENCESLAO ARIZCUREN -Secretario Subrogante-

TOMO: II

SENTENCIA: 84

FOLIO N°: 538 a 558

SECRETARIA: 3