

//neral Roca, 12 de julio de 2018.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados:"MORENO JAVIER ANDRES C/ CEREZAS ARGENTINAS S.A. y PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (I)" (Expte.Nº H-2RO-462-L2012- H-2RO-462-L2-12).-

Prevía discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. María del Carmen Vicente, quien dijo:

RESULTANDO: 1. Se presenta a fs. 27/37 el Sr. Javier Andrés Moreno a través de sus letrados apoderado y patrocinante, promoviendo demanda contra CEREZAS ARGENTINAS S.A. y PREVENCION ART. S.A., por la suma de \$ 450.892,63, en concepto de indemnización por acción civil derivada de accidente de trabajo.

Relata que el actor comenzó a prestar tareas para la demandada el día 10-11-2008, en la categoría de peón general a tiempo completo y de manera continua dentro del convenio de los trabajadores rurales, realizando tareas culturales varias y cosecha en la temporada.

Dice que inicia las presentes actuaciones con motivo del accidente sufrido por el actor al mediodía mientras se encontraba con sus compañeros Martín Mansilla y Robledo Manuel descargando postes de un camión. Explica que al ubicarse en la zona de la baranda de la caja del camión uno de los soportes laterales verticales cede -puntal clavado al costado del chasis del camión- provocando el deslizamiento de los postes, esquivando el actor alguno de ellos, e impactando uno de ellos en su región lumbar, produciéndole un fuerte dolor que lo imposibilitó continuar con su prestación de tareas, incapacitándolo hasta la fecha.

Indica que Moreno se encontraba en la parte superior del camión, descargando junto a su compañero postes de frutal para realizar las espalderas de la plantación de cerezas que poseen los demandados, siendo dichos postes de aproximadamente unos 5 metros de largo y con un peso que oscilaba entre los 70 a 80 kilos de peso, deslizando los mismos desde el chasis hasta el suelo, siendo uno de ello que se zafa de la pila existente en el rodado e impacta en la zona lumbar.

Dice que el 29-07-2011 debió ser intervenido quirúrgicamente por el Dr. Gómez en el Sanatorio Juan XXIII, por hernia discal L5-S1, realizándole un disectomía lumbar. Al mes del accidente la ART le otorga un alta temprana, por lo que debió continuar con las prestaciones a través de la obra social. Recibiendo amplios tratamientos kinésicos, así como la cirugía, y el tratamiento de ozonoterapia.

Continúa, diciendo que el trabajador recurrió a la Comisión Médica, expidiéndose mediante dictamen en el Expte. Nro. 018-L-202-2012, que concluye que las prestaciones brindadas por la ART son insuficientes, y fija una incapacidad laboral provisoria del 59%.

Afirma que el cuadro del actor siguió empeorando. Sin embargo, ante un nuevo pedido de que se determine incapacidad definitiva la Comisión Médica fijó a los 4 meses un porcentaje definitivo del 19,50%, abonándole el 02/10/2012 la suma de \$ 59.547,69.

No obstante, dice que Moreno sufre una seria limitación en sus capacidades, no pudiendo permanecer, sentado y/o parado por periodos incluso cortos, y sufre dolores constantes ante el más mínimo esfuerzo, estimando que su incapacidad prima facie es del orden del 50% -supeditada a lo que en más o en menos determine el perito médico-, todo ello producto de la falta de tratamiento y alta temprana.

En el encuadre jurídico del caso, sostiene que elige la vía de la responsabilidad civil, derivada del riesgo o vicio de las cosas, con base en el art. 1113, 2do Párrafo del Código Civil.

Expone sobre los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales de la “cosa riesgosa”. Dice que en el caso concreto, el daño ha sido provocado por el riesgo de la cosa, por el hecho de habersele ordenado realizar tareas en si riesgosas, sin provisión de elementos mecánicos a efectos de disminuir los riesgos ante el peso, forma y tipo de tareas que se le encomendaron, trabajos sin ningún tipo de seguridad y sin que el material usado con que trabajaba, haya sido revisado o controlado previamente, a fin de evitar las consecuencias dañosas que cualquier defecto pudiera originar en pos de producir afecciones en la salud psicofísica del operario. Y lejos de ello el actuar de la demandada que ordenó realizar tareas de gran riesgo, sin tomar recaudos, produjo el accidente sufrido por Moreno.

Asimismo, invoca responsabilidad del guardián o dueño de la cosa, en tanto, en este caso, el poste utilizado tiene estrecha vinculación con la explotación frutícola del demandado, pues se utiliza para la colocación de espalderas en la chacra.

Por otra parte, reprocha responsabilidad subjetiva por incumplimiento del deber de seguridad, con sustento en los art. 512 y 1109 del C.C. y 75 de la LCT. Dice que en este caso el empleador debió proveer un guinche a efectos de asegurar la carga que pretendían descender del camión, como así también las poleas, cuerdas, eslingas, etc, para minimizar los riesgos.

Finalmente, le acusa responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad

impuesto por la ley de Higiene y Seguridad de Trabajo N° 19587, Decreto 911/96 y la Resol. SRT 1915/99. Aduce que la demandada ha incurrido en sucesivos incumplimientos a los deberes que le imponen estas normativas.

Plantea la inconstitucionalidad de los arts. 39 y 46 inc. 1 de la Ley 24557.

Sobre el art. 46 inc.1 LRT, dice que la materia propia del debate es de índole laboral, así como por ser las ART entidades de derecho privado, por lo que el Tribunal debe declararse competente. Cita como antecedente lo resuelto por esta Cámara en la causa “Zaffarano”.

Respecto, de la tacha de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT, por incurrir en flagrante violación del principio de igualdad ante la ley, de propiedad y libre acceso a la justicia. Cita abundante jurisprudencia sobre el tema.

Explica que si bien entiende que la CSJN en el fallo “Aquino” considera que no sería necesario demostrar el perjuicio que ocasionaría al Trabajador obtener solo la indemnización de la Ley 24557 en lugar de la reparación integral propiciada en el presente, en este caso –dice- que aplicando la reparación tarifada el actor percibió la suma de \$ 59.547,69, cuando siguiendo el criterio sentado en “Zaffarano”, el actor percibiría la suma de \$ 121.488,69, con más el daño moral que se determine.

Deja constancia que al actor le abonaron la suma de \$ 59.547,69 el día 02-10-2012, conforme constancia que acompaña.

Explica los criterios bajo los cuales practica la liquidación de la indemnización por acción civil por incapacidad sobreviniente..

Practica liquidación tomando como base la suma de \$ 2.767,40 –que se corresponde con el ingreso mensual del mes de mayo de 2012, el anterior al accidente-, edad al momento del accidente 26 años, y el 50% de incapacidad, lo que arroja un importe de \$ 383.892,63.

Y reclama daño moral por un importe de \$ 65.000. A su vez reclama la restitución de gastos no previstos y de cierta significación por una suma que estima en \$ 2.000.

Solicita se aplique la Ley de Riesgos del Trabajo de manera subsidiaria, teniendo en cuenta el grado de incapacidad que el perito médico fije en autos.

Funda en derecho.

Ofrece prueba. Peticiona se haga lugar a la demanda con imposición de costas a la contraria.

2. Corrido a fs. 39 el traslado de la demanda, se presentan a estar a derecho y contestar a fs. 57/61 la codemandada PREVENCIÓN ART SA a través de sus letrados apoderado y

patrocinante.

En primer lugar, contestan los planteos de inconstitucionalidad. Dicen que le causa un verdadero gravamen a su representada, que el actor Sr. Moreno solicite la declaración de inconstitucionalidad de artículos base de la LRT como el 39 y 46 inc. 1 de la Ley 24557, a la cual se acogió y usufructuó oportunamente, para asumir ahora una conducta que violenta la teoría de “los propios actos”. Cita jurisprudencia de sustento a su postura.

Reconoce haber tramitado los siniestros nro. 819539 y 1109129 por accidente de trabajo de fecha 31-05-2010 y su reapertura, en el marco de la póliza N° 209149, que vincula a su parte con Cerezas Argentinas S.A.

Niega por no constarle las circunstancias del hecho que se describen en la demanda; que la ART le adeude al actor la suma de \$ 450.892,63, o suma alguna en concepto de incapacidad, daño moral y restitución de gastos, actualización monetaria, intereses y costas; que desde el accidente estuviera imposibilitado de realizar tareas laborales que normalmente prestaba y las tareas cotidianas; que el actor no pueda realizar esfuerzos de ningún tipo ni movimientos por los terribles dolores que sufre en la espalda; que su cuadro continuará empeorando; que su incapacidad actual sea del 50%; que el daño fuera provocado por riesgo de las cosas; que su parte sea responsable por incumplimientos del deber de seguridad impuesto por la Ley de Higiene y Seguridad; la procedencia de liquidación practicada en cuanto al ingreso base y grado de incapacidad utilizado.

Desconocen en forma expresa recibos de haberes, certificados médicos emitidos por Baldomero Bassi, informe de Clínica Moguillansky de fecha 10-12-10 y factura N° 18295 por \$ 234, informe de RMN de Clínica Humana de Imágenes de fecha 09-03-2012 y certificado medico del Dr. Joaquín Gómez.

En su relato de los hechos dice que entre Cerezas Argentinas SA y Prevención ART S.A., existía contratada la póliza nro. 209149, encontrándose el actor cubierto.

Que a raíz de una denuncia de accidente de trabajo efectuada en fecha 31-05-2010, se procedió a la apertura del siniestro respectivo (819539) y a la atención del caso. Se le brindó al actor la atención médica que requería el caso como asistencia médica, farmacéutica y de rehabilitación, lo que consta en el expediente que tramitara ante la Comisión Médica N° 018.

Afirman que todos los estudios y tratamientos fueron solventados por la aseguradora, y en fecha 01-07-2010 se dió el Alta Médica.

En fecha 02-05-2012 se da intervención a la Comisión Médica N° 018 por Divergencia en la ILP, procediéndose a la apertura al expte. 018-L-00202/12, dictaminando con fecha 18-05-2012 que se debía continuar con las prestaciones, y fijó una incapacidad provisoria del 59%.

Con esto, en fecha 01-06-2012 se procede a la reapertura del siniestro original, que su representada identifica bajo el n° 1109129, en virtud del Dictamen de la Comisión Médica, brindándole prestaciones hasta el 15-06-2012, fecha en que se le otorgó nuevamente el alta médica.

Dice que le dan intervención a la Comisión Médica N° 018 por divergencia en la ILP en fecha 18-07-2012, dando apertura al expte. N° 018-L-00369/12, quien después de analizar todos los estudios aportados por la ART y examen médico, procede a dictaminar una incapacidad del 19,50%.

A partir, de esto dicen que su representada da cumplimiento a lo preceptuado por la Ley 24557, abonando al actor la suma de \$ 59.547,69.

Por lo expuesto solicita se rechace la demanda.

Ofrece prueba. Efectúa reserva de caso federal.

3. Mediante presentación de fs. 68/77 CEREZAS ARGENTINAS S.A. contesta la demanda, a través de sus letrados.

Niega todos y cada uno de los hechos, argumentos y derechos invocados por el actor en su demanda, que sean objeto de su expreso reconocimiento.

En particular, niega que el actor haya trabajado para Cerezas Argentinas S.A.; que haya comenzado a prestar tareas para la empresa el día 10-11-2008; que se lo haya categorizado como peón general por tiempo completo y de manera continua dentro del convenio de trabajadores rurales; que el vínculo laboral fuera continuo y permanente; que haya existido accidente alguno; que sufriera un accidente cuando se encontraba con sus compañeros Martin Mansilla y Manuel Robledo, descargando postes en un camión; que al ubicarse en la zona de la baranda de la caja del camión uno de los soportes laterales verticales cedió; que el soporte lateral haya sido un puntal clavado al costado del chasis del camión; que se haya provocado el deslizamiento de los postes; que el actor haya esquivado algunos de ellos; que uno de ellos impactará en su región lumbar produciéndole un fuerte dolor; que este imposibilitado de continuar con su prestación de tareas incapacitándolo hasta la fecha; que se encontrara en la parte superior del camión junto a un compañero de trabajo; que estuvieran descargando postes de frutal para hacer espalderas en la plantación de cerezas; que los demandados posean una plantación de

cerezas; que los postes tengan un largo de 5 metros y un peso de entre 70 a 80 kilos; que se deslizaran desde el chasis hasta el suelo, siendo uno de ellos el que zafa de la pila existente en el rodado e impacta en su zona lumbar, que a partir de esto se viera imposibilitado de realizar las tareas laborales y cotidianas que antes realizaba; que sufra terribles dolores en su espalda; que fuera intervenido quirúrgicamente por el Dr. Gomez el 29-07-2011 en el Sanatorio Juan XXIII por hernia discal L5-S1, realizándole un disectomía lumbar; que la ART le otorgara al mes el alta temprana al trabajador; que continuara con las prestaciones a través de su obra social; que el trabajador haya recurrido a la Comisión Médica; que ésta emitiera dictamen; que luego de este dictamen el actor siguió empeorando; que la Comisión Medica haya fijado un porcentaje definitivo del 19,50% abonado la ART por tal concepto y con fecha 02-10-2012 la suma de \$ 59.547,69; que el actor haya sufrido serias limitaciones en sus capacidades; que tenga una incapacidad de un 50%; y que su incapacidad sea producto de la falta de tratamientos realizados por la co-demandada.

Seguidamente, oponen excepción de falta de legitimación pasiva como defensa de fondo. Sostienen que son infundados los planteos de inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley 24557 efectuados por la parte actora, en tanto como consecuencia de la validez y vigencia de esas normas, su parte carece de legitimación pasiva para ser traída a juicio.

Señalan, que la LRT sólo contempla dos supuestos en los cuales el trabajador puede recurrir a la acción civil: 1) contra el empleador, cuando el daño padecido por el dependiente se produce como consecuencia de un delito cometido en su perjuicio por aquél; y 2) contra los terceros que le causen al trabajador un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Y en este caso –arguyen- no nos encontramos ante ninguno de estos dos supuestos, dado que su parte no incurrió en ninguna conducta dolosa que pudiera haber generado los supuestos daños cuya reparación reclama el actor.

Sobre el pedido de inconstitucionalidad relacionado con esta reparación y la excepción, dice que su parte se opone en legal tiempo y forma, en razón de que no se puede sostener que en todos los casos y sin mediar un prolijo análisis de las circunstancias concretas, el art. 39 de la LRT constituya una violación al principio de igualdad ante la ley del trabajador con respecto al resto de los habitantes, en base al principio de que en idéntica situación, el trabajador se debe someter a la vía prevista por la LRT, sin poder recurrir a otra vía.

Aducen que no se pueden comparar las situaciones porque en el universo de beneficios que tiene el asegurado por la LRT, lleva a que tenga garantizadas todas las prestaciones del subsistema de la seguridad social, cualquiera sea el grado de responsabilidad del empleador en la comisión del hecho, de modo que nunca puede quedar desamparado. Citan amplios argumentos de doctrina y jurisprudencia.

Reconocen que existió relación laboral entre ambas partes, y que desde el inicio el vínculo se encontró acorde a derecho.

Afirma que con posterioridad al 31-05-2010, el Sr. Moreno concurrió a la oficina de Recursos Humanos de la empresa manifestando que adolecía dolor de espalda por haber levantado postes durante su jornada de trabajo. Luego, de lo manifestado, la empleadora efectuó la denuncia del acontecimiento.

Expone el encuadre normativo del caso.

Sobre la competencia de la justicia provincial dice que en honor a la brevedad, su parte acepta la competencia del Tribunal, a los fines de intervenir en el presente reclamo tal como ha sido peticionado por el accionante.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del art. 39 inc.1 de LRT, aseveran que su parte demostrará que el Sr. Moreno recibió las prestaciones en especie y dinerarias brindadas por la ART, lo que llevará al Tribunal a la necesaria conclusión de que no existió violación alguna a las normas constitucionales y por ende no debe declararse la inconstitucionalidad del art. 39 LRT en este caso.

Afirma que para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que se atribuyen a un agente como presunto responsable, deben hallarse presentes en el caso los elementos de la responsabilidad civil, esto es, una conducta antijurídica, daño, relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño causado, y un factor de atribución o imputación de responsabilidad.

En este caso dice que se evidencia en forma manifiesta que no existe uno de los cuatro elementos como la antijuridicidad, a raíz de su parte no ha contrariado ninguna normativa vigente.

Asimismo sostiene que de forma genérica y totalmente abstracta, el actor intenta imputar algún factor de atribución suficiente que su parte es responsable en razón de haber incurrido en sucesivos incumplimientos a los deberes que le imponen las normativas de seguridad e higiene en el trabajo, siéndole imposible alegar hechos concretos y precisos por incumplimientos de conductas.

Impugna liquidación. Dice que la cifra reclamada surge de una metodología impropia

para estos casos, la que entiende equivocada. Que el actor declara tener 26 años, cuando de acuerdo a su fecha de nacimiento su edad es 29 años, que la remuneración que se pretende tomar como base es desajustada, que de ninguna forma su salario es de \$ 2.300,40. Y rechazan la incapacidad sobreviniente estimada en un 50%, ateniéndose al análisis efectuado por la Comisión Médica.

Sobre el daño moral que dice el actor reclama la suma de \$ 65.000, suma que califican de desmedida y excesiva a luz de los precedentes jurisprudenciales existentes.

Finalmente rechaza el rubro restitución de gastos, manifestando que la suma es excesiva, carece de ofrecimiento de prueba respecto de cada daño reclamado, además de no describir que gastos supuestamente efectuó el demandante. Señalando que la aseguradora erogó los gastos necesarios para su atención médica, farmacéutica, y traslados.

Ofrece prueba. Formula reserva de Caso Federal

Peticiona se rechace la demanda con imposición de costas.

4. A fs.82/83 se decreta la apertura a prueba de la parte que no requiere intermediación.

Produciéndose la siguiente prueba: a fs. 90/96 se agrega informe de ANSES; a fs. 100/105 informe de Sanatorio Juan XXIII SRL; a fs. 106/109 obra informe de Clínica Humana de Imágenes; a fs. 111/113 informe de Superintendencia de Riesgos de Trabajo; fs. 114/142 documental acompañada por la ART a requerimiento de parte actora; fs. 148/151 informe del Dr. Oscar Joaquín Gómez; a fs. 164/166 informe de AFIP; a fs. 192/195 contestación de oficio por parte de Prevención ART S.A.; a fs. 195 informe de la Delegación Registro Civil y Cap. De la Personas

A fs. 167/174 luce informe pericial psicológico del Lic. Luis Alejandro Ramallo; a fs. 178 pedido de aclaraciones a perito de la parte actora; a fs. 183/184 escrito de la ART impugnando pericia psicológica; a fs. 185/186 pedido de aclaraciones e impugnación de la empresa co-demandada; fs. 199/200 contesta el perito psicólogo pedido de aclaraciones de la actora; a fs. 253/256 contesta pedidos de explicaciones e impugnaciones de la empresa demandada, a fs. 257/258 de la parte actora, y a fs. 259/261 los de la aseguradora.

A fs. 207/210 presenta informe pericial el Dr. Néstor F. Andrada; a fs. 216 pide aclaraciones a pericia médica la parte actora; a fs. 217 impugna la co-demandada Cerezas Argentinas S.A.; y a fs. 218 impugna y pide nulidad de la pericia la ART.

A fs. 225/239 y fs. 245/247 contesta el perito medico Dr. Andrada las impugnaciones.

A fs. 273/274 luce Acta de audiencia de conciliación con resultado negativo, en

consecuencia se ordenó el auto de prueba con fijación de audiencia de vista de causa.

A fs. 276 obra Auto Interlocutorio rechazando el pedido de nulidad de la pericia medica.

A fs. 288 luce acta de Audiencia de Vista de Causa en la que consta la presencia de las partes y sus letrados. Desisten de las confesionales, y se procede a tomar declaración testimonial a: Martin Ignacio Mansilla, Manuel Tomas Robledo y Pablo Sebastián Almaraz, desistiendo de los restantes. Los letrados formulan sus alegatos, y se dispone el pase de los autos al acuerdo para dictar Sentencia Definitiva.

A fs. 296 ante la destitución del Dr. Brogginini se integra el Tribunal con el Dr. Edgardo Juan Albrieu.

A fs. 320 se ordena medida de mejor proveer respecto de la prueba pericial médica, respondiendo el experto a fs. 321/326 y amplía a fs. 328/340.

CONSIDERANDO: I.- Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Que el actor se desempeñó en relación de dependencia para CEREZAS ARGENTINAS S.A., siendo su fecha de ingreso el 10-11-2008, cumpliendo tareas de “ Peón General”, a tiempo completo, en el establecimiento de la empresa ubicado en Ruta 22 km. 1063 Estancia La Irma de la localidad de Chimpay (hecho no controvertido y surge de los dobles ejemplares de recibos de haberes acompañados a fs. 8/19).
2. Que, entre Prevención ART S.A. y Cerezas Argentinas S.A. existía un Contrato de Afiliación en los términos de la Ley 24557 y sus reglamentaciones, bajo el N° de póliza 209149. (hecho no controvertido).
3. Que, con fecha 01-06-2010 la empleadora efectúa denuncia del siniestro como ocurrido el día 31-05-2010 a las 17 hs, lo que describe como “Dolor en cintura al levantar peso”. (Formulario de fs. 63 acompañado por Cerezas Argentinas S.A.)
4. Que, el actor al solicitar la intervención de la Comisión Médica N° 018 de Viedma, describe el accidente de la siguiente manera: “ ... Manifiesta que mientras se encontraba descargando postes de un camión se le cayó uno de ellos sobre la cintura produciéndole dolor lumbar...” (Documental de fs. 23/26).

En la audiencia de vista de causa declararon dos testigos presenciales del hecho, quienes explicaron como sucedió el evento dañoso.

El testigo Martín Ignacio Mansilla dijo haber presenciado el accidente de trabajo. Que, por lo general los permanentes –entre los que se incluye- hacían posteada y los

mandaban a descargar los camiones de postes. Ese día, Moreno fue golpeado por un poste. En el camión venían atados y arriba tenían que trabajar con cuidado para no golpearse. Ese día el testigo y Moreno estaban arriba del camión y abajo Gustavo Britos y Robledo. Al largar un atado para abajo un poste se soltó primero, se giró no lo pudo agarrar sólo y lo golpeó en la cadera. Era un trabajo forzado. Mencionó que Moreno quedó sentido por el fuerte golpe. Se sentó un rato y después con el tiempo le empezó a doler. Al irse caminando sintió dolor, por lo que llamaron a la recorredora María Soto, la encargada del campo.

A su turno el testigo Manuel Tomás Robledo preguntado de cómo sucedió el accidente explicó que Moreno estaba con Mansilla tirando postes del camión, y no alcanzaron a agarrarlos juntos, uno se soltó porque venían mojados y lo golpeó a Moreno sobre la cadera derecha. Aclaró que vio lo sucedido porque estaba abajo con Britos. Dijo que el actor no podía caminar y se quedó allí hasta que vino el capataz.

Estas pruebas me permiten tener certeza sobre la mecánica del hecho descripta por el actor en su demanda.

5. Que, el actor recibió prestaciones en especie por parte de Prevención ART S.A., de lo que dan cuenta la historia clínica y certificados médicos acompañados a fs. 115/123.

6. Que, con fecha 30-06-2010 Prevención ART S.A. le otorga el alta médica con diagnóstico de “Lumbociatalgia Derecha” (Formulario de fs. 196 y de fs. 5 de los autos “Moreno Javier Andrés s/Recurso de Apelación art. 46 Ley 24557” Expte. 795/12 agregado por cuerda).

7. Que, posteriormente, recibió atención médica y tratamiento por parte de su obra social OSPRERA, incluso una cirugía en la columna lumbosacra, lo que se acredita con documental de fs. 4/6, historia clínica remitida por Sanatorio Juan XXIII SRL (informe de fs. 100/105), informe de Clínica Humana de Imágenes (fs. 106/109), e informe del Dr. Oscar Joaquín Gómez (fs. 148/151).

8. Que, el 02-05-2012 el actor solicitó la intervención de la Comisión Médica N° 018 de Viedma, dando inicio al Expediente N° 018-L-00202/12. Previo examen médico, el organismo emite dictamen con fecha 18-05-2012, entre cuyas conclusiones dice: “... concluye que el Damnificado MORENO, JAVIER ANDRES, DNI..., sufrió un accidente de trabajo el día 31-05-2010 mientras desarrollaba su tarea padeciendo traumatismo de región lumbar. Fue asistido por la ART quien brindó prestaciones durante 30 días. El Damnificado continuó su atención por su Obra Social realizando estudios y con diagnóstico de hernia discal lumbar fue intervenido quirúrgicamente

(disectomía lumbar con artrodesis segmentaria con injerto de cresta ilíaca). Esta Comisión Médica 18 considera insuficientes las prestaciones brindadas por la ART. ... Analizados los antecedentes obrantes en el expediente y realizado el examen físico con diagnóstico de lumbalgia, lesión que guarda relación causal con el accidente denunciado (se encontraba descargando postes de un camión, se cae uno de ellos sobre la cintura) y habiéndose constatado secuelas pasibles de ser tratadas, a criterio de los integrantes de esta Comisión Médica, se emite el presente dictamen indicando continuar con Prestaciones en el marco de la Ley 24557...". (Documental 23/26)

9. Que, con fecha 15-06-2012 le dan el alta médica definitiva, y la ART solicita nuevamente la intervención de la Comisión Médica N° 18 con fecha 18-07-2012. Expediéndose el 07-09-2012 mediante dictamen que en lo pertinente dice: " ... DIAGNOSTICO: Lumbalgia post disectomía ... CONCLUSIONES: ... Analizados los antecedentes obrantes en el expediente y realizado el examen físico con diagnóstico de lumbalgia postdisectomía lesión que guarda relación causal con el accidente denunciado y habiéndose constatado secuelas a criterio de los integrantes de esta Comisión Médica, acorde a lo normado en la Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales (Decreto 659/96) se emite el presente dictamen y se fija una incapacidad del 19,50% (...) en el marco de la Ley 24557... INCAPACIDAD: ... Hernia de disco operada con secuelas clínicas y electromiográficas moderadas. 15,00%, ... FACTORES DE PONDERACION: Tipo de actividad: Intermedia (0 al 15%) (10,00% del 15,00%)...1,50%, Recalificación Laboral: Amerita (10%) (10,00% del 15,00%)...1,50%, Edad: entre 21 y 31 años (0 al 3%) 1,50%, PORCENTAJE TOTAL 19,50%, Tipo: Permanente, Grado: Parcial, Carácter: Definitiva...". (Documental de fs. 20/22)

10. Que, el día 02-10-2012 Prevención ART S.A. le abonó al trabajador damnificado la suma de \$ 59.547,69, en concepto de prestación dineraria de la Ley 24557, por incapacidad laboral permanente parcial y definitiva (Documental de fs. 7).

11. Que, se acredita el daño físico sufrido por el actor mediante pericia médica efectuada por el Dr. Néstor Fernando Andrada glosada a fs. 207/210. En la misma, luego de realizar la entrevista, el examen físico al actor y considerar los antecedentes médicos, el experto dice: "...En el examen pericial se constata cicatriz post quirúrgica de 8 cm aproximadamente, contracturas región lumbar dolorosa en el área de la 2da vértebra lumbar a 1ra vértebra sacra. Presenta dolor lumbar irradiado al miembro inferior derecho, maniobra de Lasegue positiva signo de Gowers Purwes positivo,

marcha disbásica. Movilidad, flexión 70°, extensión 20°, inclinación latera derecha 20°, izquierda 20°, rotación derecha 30°, izquierda 30°. ... Los plazos legales son distintos a los plazos biológicos, motivo por el cual es lógica la diferencia de criterios sobrevinientes en distintos momentos de la evolución de la lesión. El actor fue evaluado por los médicos de la ART en el año 2010; el examen pericial se efectúa el 11/06/14.... Las lesiones que presentó el actor en el momento del accidente no son preexistentes al siniestro denunciado. De haber sido así, el actor no podría haber estado efectuando las tareas que se describen en el día del infortunio. El dolor agudo producido por un traumatismo que afecta a los elementos nobles de la región lumbar es urgente e invalidante, dolor que transcurre desde la raíz del nervio afectado hasta el pie trascurriendo por el trayecto el nervio lesionado, en el caso de marras trayecto del nervio ciático y crural. Esta secuela proveniente del infortunio descripto produce importantes alteraciones en el actor en cuanto a su actividad laboral, deportiva y de relación. No existiendo informe referentes a la patología que obren en los exámenes preocupacionales y periódicos indica que la patología descripta no es anterior al accidente. Incapacidad: Compromiso funcional por artrodesis de columna lumbar lumbociatalgia y del miembro inferior derecho 50%. Factores de ponderación: Dificultad para las tareas habituales: Alta 20% de 50%= 10%, Edad del damnificado 30 años 3%= 1, 2%. Incapacidad parcial y permanente 62% del VTO...”.

12. Que, a fs. 216 la parte actora le solicita aclaraciones al perito médico, sobre los siguientes puntos: 1) indique el porcentaje estético de incapacidad que presenta el actor a partir de la cicatriz post quirúrgica en la región lumbar. 2) que indique la incapacidad que presenta a partir de la marcha disbásica con signos de marcha tipo Gowers. 3) si el porcentaje de incapacidad que sufre el actor se puede imputar a las incorrectas, extemporáneas o insuficientes atenciones médicas brindadas por la ART al mismo. Y que habiendo omitido adicionar el porcentaje respecto a si el actor amerita o no recalificación, indique su porcentaje. Solicitando efectúe el cálculo de acuerdo a dichos parámetros y sumando los 3 rubros indicados.

13. Que, la co-demandada CEREZAS ARGENTINAS S.A. impugna y solicita aclaraciones sobre la pericia médica, en los siguiente aspectos: 1) Efectúan una impugnación general en base a qué el perito se basa en documentos, testimonios, estudios de vida e historia clínica que fueron impugnados por su parte. 2) Impugna que exista conexidad entre la incapacidad del actor hoy y el accidente al que se le imputa el mismo. Asimismo impugna la apreciación del perito en cuanto a cómo deduce que

impactó el poste en el actor. 3) Impugna el porcentaje de incapacidad por ser extremadamente alta y no ajustarse a la realidad de los hechos. Además impugna el baremo utilizado por no ser el de la LRT.

14. Que, asimismo, PREVENCIÓN ART S.A. impugna y pide la nulidad de la pericia médica, por los siguientes motivos: 1) Dice que el dictamen pericial carece del mínimo e indispensable contenido, ni siquiera describe o detalla el examen físico realizado. 2) Omite responder o responde con evasivas sobre el Dictamen de la Comisión Médica y que el baremo de la ley 659/96 es obligatorio para la Comisión Médica únicamente. En función de ello le requiere: explique claramente sus discrepancias con el dictamen de Comisión Médica; indique qué baremo utiliza; indique cuál es el mecanismo lesional por el cual un trauma en el flanco puede generar una hernia discal extruida; qué estudios o exámenes complementarios le permiten aseverar que la hernia discal es aguda; explique del examen físico que le practicó al actor cómo encontró: masas musculares de miembro inferior, fuerza, tono y trefismo, reflejos rotulianos y aquilianos, estado de la marcha, estado de sensibilidad por metamerías, signos de laxitud y extensión del halux.

15. Que, a fs. 225/239 el perito Dr. Andrada responde la impugnación de la aseguradora. Señala que la impugnante en ningún momento ha colaborado con el perito, que no aporta los estudios y documentación solicitados como exámenes preocupacionales o periódicos, y no envía médico consultor de parte. Aduce que el perito no es el ente indicado para auditar la labor de las comisiones médicas.

Afirma que de la atenta lectura de la pericia se desprende que los baremos utilizados como parámetros son los de la Ley 24557.

Por otra parte dice que el abogado hace una mera ampliación de los puntos de pericia, por lo que lo remite a trabajos efectuado en páginas web por medios especializados en medicina del trabajo, citando extensos párrafos sobre la hernia de disco indemnizable.

16. Que, asimismo, el perito médico responde la impugnación de la empleadora a fs. 245/248. En concreto dice: “ ...Los movimientos bruscos de gran intensidad también causan lesiones en la columna vertebral por desplazamiento violento de cuerpos vertebrales, cápsulas articulares, ligamentos y músculos periarticulares (tejidos periarticulares). Estos tejidos peritartitulares sufren estiramientos (elongación) y rupturas. Pueden causar lesiones tales como las deformaciones (escoliosis, cifosis), hernias discales y espondilolistesis, esguinces y fracturas luxaciones o subluxaciones. El caso más típico de este tipo de mecanismo es la contusión cervical o golpe de látigo o

latigazo cervical o golpe de conejo en el cual el desplazamiento brusco de la columna cervical en un movimiento de vaivén produce lesiones de articulaciones (esguince) o ruptura de tejidos periarticulares. La flexorrotación brusca del dorso provoca lesiones en D11, D12, L1 y L2 causando cifosis postraumáticas. Un movimiento brusco de rotación o movimientos rotatorios reiterados que fuerzan la articulación más de los límites normales, provocan lesiones que llevan a hernias de disco....”.

17. Que, mediante la medida de mejor proveer, el Tribunal solicito explicaciones a las limitaciones funcionales que constató en el miembro inferior derecho del actor. Explicando el perito a fs. 335 lo siguiente: “...Las limitaciones funcionales del miembro inferior basadas en el parámetro de baremo ley 24557 son las correspondientes al capítulo “ lesiones de los nervios periféricos“ subacápite “miembro inferior“: Nervio femoral cutáneo, nervio femoral componente motor, componente sensitivo. Nervio ciático. Nervio ciático poplíteo externo. Los músculos que son inervados por estos nervios pierden su función por parálisis o parestesias. Los atrapamientos se caracterizan por: -La disminución focal de conducción y/o bloqueo de la conducción se observan al pasar por el lugar del atrapamiento generalmente son más sensibles que los estudios motores. -La reducción de la amplitud motora y sensitiva a la estimulación distal del atrapamiento indican la gravedad de la compresión porque son un reflejo del grado de degeneración axónica. -La degeneración axónica y/o reinervación se encuentran limitadas a los músculos inervados por el nervio atrapado y distal al lugar del atrapamiento. Los síndromes canaliculares deben diferenciarse de otros síndromes capaces de provocar signos y síntomas similares... La ciatalgia es el dolor en el trayecto del nervio ciático. Se debe a la compresión de las raíces nerviosas en la zona lumbar. Las causas más comunes son una hernia de disco intervertebral, osteofitos y estrechez del conducto espinal (estenosis espinal). Los síntomas incluyen dolor que irradia desde las nalgas hacia la pierna. El diagnóstico puede requerir RM o TC. La electromiografía y los estudios de conducción nerviosa permiten identificar el nivel afectado. El tratamiento incluye medidas sintomáticas y a veces cirugía en particular si hay déficit neurológico. S.S. las lesiones encontradas como secuelas en el actor se deben a déficit neurológico. La incapacidad se refiere a la hernia disco operada y a la ciatalgia sobreviniente al traumatismo, este déficit involucra en forma global a los músculos inervados por el nervio ciático...”.

18. Que respecto al daño psicológico, a fs. 167/174 el Lic. Luis Alejandro Ramallo presenta pericia, en la que relata la entrevista y pruebas realizadas al actor, informando

entre otras cosas, dice: “ ... Conclusiones del Resultado de las Pruebas Diagnósticas: Diagnostico y Consideraciones Psicológicas: - TRASTORNO POR STRESS POSTRAUMATICO DSM IV. -TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE F-33 7 CIE 10 (DAÑO PSIQUICO-SECUELA PSICOLOGICA) Trastornos adquiridos en relación causal y vinculante con su tarea específica en el ámbito de trabajo.

Por otra parte dice: “ ... Además, en lo emocional-afectivo se produce un cuadro de angustia que finalmente se instala en el sujeto y se desarrolla un cuadro de depresión. Esto es, que a partir de un acontecimiento determinante como el accidente se provoca en principio el “trauma psíquico“ seguido del “ Stress Postraumático“ y a posteriori el “ Trastorno de Personalidad“ manifiesta en la actualidad como “ Depresión“. ... Los síntomas son: pesadillas frecuentes, insomnio, inestabilidad emocional, retraimiento, todos ellos como síntomas asociados al dolor emocional. Durante el transcurso de la entrevista se observa e infiere que el Señor MORENO JAVIER ANDRES psosee como consecuencia directa del accidente de trabajo “ DAÑO PSICOLOGICO“ (es importante mencionar que los síntomas asociados hacen referencia a que su estado de salud compromete de manera determinante su integridad psisomática)...“.

Agrega como observación: “... Es importante mencionar que a criterio profesional se sugiere que el Sr... realice Tratamiento Psicológico con un especialista de incapacidades adquiridas, lo que le significaría poder contener el cuadro depresivo. Ello le significa un gasto semanal de \$ 200, pesos y por el término de 6 meses, con un gasto total aproximado de \$ 4.800 pesos...”.

19. Que, a fs. 178 el accionante solicita aclaraciones de la pericia psicológica. Principalmente le requiere determine el porcentaje de incapacidad, que fuera pedido como punto pericia.

20. Que, Prevención ART S.A. también impugna la pericia psicologica, en los siguientes aspectos: 1) en relación a la metodología de evaluación; 2) en cuanto a las afirmaciones del dictamen al no detallar si se evidencian trastornos psicopatológicos con causa de incapacidad que lo fundamente; 3) con respecto a las conclusiones al expresar terminos como se “infiera“ un síndrome depresivo reactivo y cuadro de estrés pos traumático sin contrastarlo con hipótesis, cuestionando el procedimiento forense; 4) en sus conclusiones, al apartarse el diagnóstico final de las consideraciones y análisis del Dto. 659/96; 5) impugna la incapacidad determinada; y 6) efectúa reserva de pedir explicaciones en audiencia. (escrito de fs. 183/184)

20. Que Cerezas Argentinas S.A., formula su impugnación y solicita aclaraciones a la

pericia psicológica, cuestiona la evaluación que hace el perito de los antecedentes personales y familiares, las pruebas diagnósticas llevadas a cabo y sus conclusiones (escrito de fs. 185/186).

21. Que, a fs. 199 el perito psicólogo contesta el pedido de la parte actora, en dos ítems que dice: a) “ ...Las secuelas propias del daño psicológico posicionan al sujeto al día de la fecha en un estado de MODERADA DISFUNCIONALIDAD en todas las áreas que he citado, esta disfuncionalidad que se relaciona directamente con el hecho traumático sufrido, que le significa una INCAPACIDAD ADQUIRIDA en grado MODERADO en lo emocional, afectivo, familiar y social. b) Es conveniente aclarar que solo los médicos psiquiatras determinan en porcentaje directo y los Lic. Psicólogos en términos de Grado Leve, Moderado y Agudo y dichos grados tiene su correspondencia en porcentaje. En el caso en particular del Sr. Moreno Javier Andrés se le diagnostica una “ Incapacidad Adquirida en Grado Moderado“ lo que se corresponde con un 25% (Esto es que debe necesariamente realizar un tratamiento entre 6 meses y un año).

22. Que, a fs. 253/256 el Lic. Ramallo responde el pedido de explicaciones e impugnación de Cerezas Argentinas S.A. Dice que los datos volcados en su dictamen responden a la entrevista psicológica (dirigida y semiestructurada) que comprende los cuestionarios de rigor y las técnicas psicodiagnósticas atinentes a la Ciencia Psicológica a fin de llevar a cabo su cometido. Explica los procedimientos llevados a cabo en la entrevista y pruebas psicodiagnósticas. Dice que a partir de ello observa e infiere que el actor posee como consecuencia directa del accidente de trabajo “daño psicológico“.

23. Que, a fs. 259/261 responde el perito psicólogo al pedido de Prevención ART S.A., describe el examen psíquico, psicodiagnóstico y metodología empleadas para definir las características de la personalidad del entrevistado. Dice que explicó las consideraciones psicológicas en punto 6 de su dictamen, informando los síntomas de la esfera psicológica asociados al accidente, manifestando que toda dolencia o trauma físico conlleva un trauma y dolencia psicológica. Aclara que las incapacidades de tipo psicológico pueden restituirse en grado a partir de un correcto tratamiento.

Por último, el experto dice: “ ...Téngase en cuenta que las consideraciones psicológicas expresas, son las explicaciones como resultado de las pruebas diagnósticas que determinan un determinado cuadro. En este caso en particular se entiende claramente que lejos de sumar o restar hipótesis, el stress postraumático hace referencia a los montos de ansiedad y/o conjunto de síntomas asociados de manera directa y en relación causal con el trauma físico y su dolencia, que va más allá del dolor físico y su

consecuente incapacidad, sino también una alteración en su capacidad laboral y lo que ello implica en la esfera psicológica de la persona accidentada, dado que su cotidianeidad, (en tanto trabajo, sostén económico familiar, proyectos, etc) se ven afectados e interrumpidos a causa del accidente sufrido...”.

24- Que, el Sr. Moreno al momento de accidente tenía 26 años (nacido el 26-08-1983), como surge del Dictamen de Comisión Médica de fs. 20/22.

II.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

Como surge del escrito de demanda, la pretensión que suscita estos autos, esta dirigida obtener la reparación integral de los daños, responsabilizando a la empleadora Cerezas Argentinas S.A. y Prevención ART S.A. en forma conjunta por el acaecimiento del accidente derivado del riesgo o vicio de las cosas, con sustento en el art. 1113 párr. 2do. Cód. Civil.

Y subsidiariamente, para el caso de que no se determine responsabilidad civil de las demandadas, se las condene en el marco tarifado de la LRT.

A.- Planteo de inconstitucionalidad de los arts. 46, inc. 1 de la LRT : Si bien no ha sido planteada en los términos de la ley de rito la excepción de incompetencia, cabe comenzar este pronunciamiento con el tema de la competencia del Tribunal para entender en la presente causa, en tanto la actora plantea la inconstitucionalidad de las normas de competencia de la LRT, a su turno la co-demandada Prevención ART S.A. solicita el rechazo planteo en tanto el trabajador se acogió y usufructuó el régimen de la Ley 24557 y ahora pretende su inconstitucionalidad. Y la empresa accionada acepta la competencia de la justicia provincial en honor a la brevedad.

Respecto a la controversia que se plantea entre parte actora y la ART, debo decir que es criterio reiterado por este Tribunal de que el art. 46 LRT es inconstitucional, compartiendo la postura de la CSJN sentada en el fallo “Castillo c/ Cerámica Alberdi” (2004), al establecer la competencia federal para entender en acciones judiciales derivadas de accidentes de trabajo, "...en razón de vulnerar las autonomías provinciales a la luz de lo normado por el art. 75 inc. 12 CN, por trasuntar conflictos entre privados, y no resultar por la materia ni las personas, cuestión o agravio federal alguno...”.- Por lo que tales contiendas deben dirimirse en los tribunales provinciales con competencia en lo laboral, razón por la cual este Tribunal asumió la competencia. Es más, el mencionado temperamento ha sido seguido por el STJRN en la causa “Denicolai” (Sentencia del 10/11/2004), entre muchos otros.

Esta Cámara II ya tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en primer término en autos: "MARQUEZ SOFIA c/ PRODUCTORES DE FRUTAS ARGENTINAS COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. s/ RECLAMO" (Expte. N° 2CT-19482-07), Sentencia Interlocutoria de fecha 21 de octubre de 2.008. Criterio que se reiteró por esta Sala en autos "NORAMBUENA PABLO GASTON C/ HORIZONTE ART COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERAL S.A. S/ RECLAMO" (Expte. 2CT-19894-07) Sentencia Interlocutoria del 12 de Noviembre de 2008, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Cabe agregar que luego de "CASTILLO" la Corte Suprema de Justicia de la Nación, volvió a reiterar el criterio en las causas "Venialgo, Inocencio c/Mapfre Aconcagua ART" de fecha 13 de marzo de 2.007 y "Marchetti, Néstor Gabriel c/La Caja ART S.A. s/Ley 24.557" de fecha 4 de diciembre de 2.007, con lo que ha quedado declarada inconstitucional toda regla de competencia de la LRT, correspondiendo a los tribunales locales ordinarios conocer en todas las cuestiones relativas a conflictos de accidentes y enfermedades profesionales.

Horacio Schick, en su obra Riesgos del Trabajo- Temas Fundamentales, pág. 443, señala que: "...Las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti", constituyen un conjunto armónico que determina la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 inciso 1° de la LRT y de las normas correspondientes del decreto PEN 717/96. En consecuencia, surge como doctrina de aplicación para todos los tribunales del país, que las comisiones médicas creadas por la LRT, al constituir organismos de carácter federal, son inconstitucionales y los trabajadores, o los derechohabientes, pueden concurrir directamente ante los tribunales del Trabajo para reclamar las prestaciones dinerarias o en especie de la LRT, sin tener que atravesar el laberíntico procedimiento ante las comisiones médicas. Las pretensiones deberán formularse de acuerdo con las normas procesales de cada jurisdicción y no por medio del diseño establecido por el decreto 717/96 y normas complementarias...".

Por otra parte, este Tribunal resulta competente para entender en las acciones de derecho común. La Ley P 1504 al establecer la competencia por la materia de los Tribunales de Trabajo, dispone en su art. 6, I- " En única instancia ordinaria en juicio oral y público: a) En los conflictos jurídicos individuales de trabajo que tengan lugar entre empleadores y trabajadores, o sus derechohabientes... aun que se funden en normas de derecho común aplicadas a aquél".

Razón por la cual este Tribunal asumió la competencia sobre este conflicto.

B- Inconstitucionalidad el art. 39 apart. I de la Ley 24557. La parte actora plantea la inconstitucionalidad de esta norma con la pretensión de que se reconozca íntegramente el derecho del trabajador a ser resarcido, de lo contrario se vulneraría los arts. 16, 17, 18, 19, 20, 31, 75 inc. 22 y 23, arts. 11, 15 Constitución Provincial, y distintos convenios internacionales.

Destacando que la norma de la LRT en cuestión colisiona con el derecho a la igualdad ante la ley, el principio *Alterum non laeder* –la obligación de no dañar-, y el derecho de propiedad, invocando la doctrina de la CSJN en el caso “Aquino”.

Solicitando las demandadas su rechazo por estar amparada por el régimen legal de la LRT.

En este caso, corresponde admitir el planteo del actor, sin mayores consideraciones que la remisión a los fundamentos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A." (Sentencia del 21/9/2004 en Fallos 327:3753), "Cura, Hugo O. c/ Frigorífico Riosma S.A." (Sentencia del 14/6/2005), "Díaz, Timoteo c/ Vaspia S.A." (Sentencia del 7/3/2006, en Fallos 329:473) y "Aróstegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía" (Sentencia del 8/4/2008 en Fallos 331:570), entre otras, que este Tribunal receptara casi desde su constitución, en autos "Quevedo, Estefanía Fabiana c/ Parmalat Argentina S.A. s/ Reclamo" (Expte.Nº 2CT-15.660-03, Sentencia Definitiva del 27/2/2009), y "Suarez Pedro Rolando c/ Diomedi Juan; Diomedi Alberto Eduardo y MAPFRE Aseguradora ART S.A. s/ Reclamo" (Expte.Nº 2CT-18900-06, Sentencia Definitiva del 11/12/09), criterios que ha sido reiterado en numerosas ocasiones.

A lo cual cabe añadir la doctrina también del Alto Tribunal de la Nación en autos "Llosco, Raúl c/ Irmí S.A." (Sentencia Definitiva del 12/6/2007, en Fallos 330:2696), en orden a 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, mas no al resto de las disposiciones de la citada ley especial, sin que exista interdependencia o solidaridad inexcusable entre unas y otras...".

Claro que todo sujeto a un análisis diverso de aquél que frente a la simple comprobación

del acaecimiento del infortunio "por el hecho o en ocasión del trabajo" (arg.art.6° de la LRT) posibilitara la consolidación del derecho resarcitorio en las condiciones sistémicas. Pues aquí, aunque acreditados desde el vamos el hecho y el daño, la atribuibilidad a los fines que se pretenden se halla sujeta a la comprobación del nexo causal eficiente entre ambos, lo cual ante los términos en que se formula el planteo depende de la acreditación de las acusadas cosas riesgosas y condiciones riesgosas en que se cumplían las tareas al momento del infortunio.

De suerte que, como primera cuestión, habrán de esclarecerse las circunstancias en que se produjo el accidente, no profundizadas en la instancia anterior en razón de los requerimientos de la normativa especial, pero que aquí resultan en cambios fundamentales, desde que como sostuvo la Dra. Gabriela Gadano en su voto en autos "Rubí, Pablo c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ accidente de trabajo" (Expte.N° H-2RO-676-L2013- H-2RO-676-L2013, Sentencia Definitiva del 23/2/2016), en la acción civil no da igual la forma en que ocurrió el hecho dañoso, ni la significación de la actividad desarrollada por el dañado para que el accidente se produjera. Pues así como ésta carece de trascendencia cuando nos encontramos de frente a la acción especial de la ley 24.557, en la que para excluir la responsabilidad del empleador se requiere que el dependiente haya actuado con "dolo", en el marco del derecho común pasa a ser un elemento esencial al momento de formular el mérito del accionar del dañado de frente a la cosa.

C- Pretensión de daños y perjuicios con fundamento en el Código Civil. Excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empleadora demandada.

Debo partir el análisis de que tenemos certeza de la existencia del daño que le produjo una minusvalía física al trabajador, esto a partir de los dictámenes de Comisión Médica que determina la ILPP en un 19,50%, y de la pericia médica realizada en autos, de la que se pidió explicaciones, además fue impugnada por las demandadas, y mereciera una medida de mejor proveer, determinando el experto la ILPP en un 63%, lo que merecerá una revisión del tema.

Si bien, la solución a la que se arribe en la presente causa lo será por vía de la consideración de las conclusiones que aporta el perito médico, habida cuenta que su labor cumple suficientemente con las pautas que impone el art. 472 del C.P.C.C. y aportando el dictamen plena eficacia probatoria en los términos del art. 477 del mismo cuerpo legal, ambas normas aplicables a este procedimiento laboral por mandato del art. 59 de la ley 1504.

Pues ha dicho este Tribunal en reiteradas ocasiones, que la pericia es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por un tercero imparcial respecto de las partes en el proceso especialmente calificado por su versación en los aspectos técnicos y/o científicos de la cuestión en debate, siendo su función suministrar al Juez las razones para formación de su convencimiento en relación a aspectos cuyo entendimiento o percepción escapan a las aptitudes del común de la gente.

De allí que toda impugnación que se haga a su labor debe contar con la fuerza y fundamento que evidencie la falta de idoneidad en la valoración o exposición de los puntos científicos en que se funda el dictamen, ya que quien pretende apartarse de tales conclusiones, deba a su vez sustentar su posición sobre bases sólidas demostrativas de la equivocación del idóneo, a través de una objeción que contenga fundamentos válidos que formen convicción en el juzgador sobre la procedencia de las impugnaciones (cfr. Autos “Garrido Lagos, José Luis c/ Asociart .S.A ART s/ Accidente de Trabajo” Expte. N° 2CT-19516-07, Sentencia del 27/11/2009; “Gallegos Delgado Sergio Hernán s/Apelación Ley 24557” Expte. 2CT- 23538-10, Sentencia del 20/04/2012, entre otros).

Si bien la impugnación de la pericia por parte de la aseguradora no cumple satisfactoriamente con los lineamientos previamente analizados, si cabe, considerar que ingresa a la discusión el baremo utilizado por el perito, que no es el previsto para los planteos sistémicos por los que está obligada a responder.

Lo cierto es que la parte actora pide en sus puntos de pericia que se determine incapacidad sin indicar bajo qué baremo legal, a su turno la aseguradora demandada pide se determine por la Tabla de Incapacidades prevista por Dec. 659/1996, y Cerezas Argentinas pide informe sobre las tablas y/o baremos utilizados.

Del informe pericial de fs. 207/210 el facultativo manifiesta que el Baremo del Decreto 659/1996, es obligatorio para SRT, no para los peritos y demás examinadores, sin embargo, si miramos las variables utilizadas, al momento de determinar la incapacidad la propone conforme eseel baremo. Y posteriormente al responder a la impugnación de la ART, el médico dice: “ De la atenta lectura de la pericia se desprende que los baremos utilizados como parámetros son los de la Ley 24557”. Lo que termina con esta discusión.

En este caso debo agregar que las partes no han objetado la aplicación del Decreto 659/96 –reglamentario del art. 6° de la LRT-, pese a que la pretensión es extrasistémica y subsidiariamente sistémica.

No obstante, puedo observar que algunos aspectos de la pericia no se ciñen a la Tabla de

Incapacidades de la LRT, por lo que bajo el criterio sentado por STJRN: "... El perito simplemente asesora y explica. Su tarea no es decidir, para eso está el Tribunal que debe realizar un análisis crítico de la prueba, y no limitarse a recibir el informe como verdad revelada ... Con relación a la pericial médica, es dable señalar que esta no es vinculante para el magistrado, pues la incapacidad laboral, al igual que la relación de causalidad entre el daño y trabajo, no son conceptos netamente médicos, sino también jurídicos, en los cuales interviene el criterio del sentenciante formado a la luz de todas las constancias de la causa (Cf. CNAT. En País c/Sala de Asist. Medica Gral Urquiza del 16-06-90)" – STJRNSL: SE. 24/18 " T.,S.P. c/ Provincia de Río Negro s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley" (Expte. N° CS1-362-STJ 2017//29248/17- STJ), 09-04-2018.

En tal sentido cabe adecuar los porcentajes incapacitantes fijados por el perito, conforme los presupuestos del Decreto 659/96. Así tenemos:

1) Que el perito determina " Compromiso funcional por artrodesis de columna lumbar lumbociatalgia y del miembro inferior derecho 50%". Al hablar de artrodesis de columna lumbar, se refiere a una cirugía de columna, que de acuerdo a la medicina –consulta de páginas médicas- se realiza generalmente para corregir la inestabilidad de la columna vertebral. Lo que se condice con lo indicado en su informe " En el examen pericial se constata cicatriz post quirúrgica de 8 cm aproximadamente...". De modo que estamos en presencia un cuadro "Hernia de disco operada con secuelas clínicas y eletromiograficas...", que la Comisión Médica N° 09 determinó como "moderada" y fijó ILP en 15%.

Que, en todo caso, por las limitaciones observadas por el perito podríamos hablar de "severas", llevando de acuerdo a lo previsto por el baremo al diagnóstico de " Hernia de disco operada con secuelas clínicas y electromiográficas severas" cuyo porcentaje se fija entre 20-40%. Por lo que en vistas de ambos dictámenes coinciden en el diagnóstico, pero difieren en el cuadro de gravedad, considero razonable determinar que la lesión es severa y adecuar el porcentaje al doble del determinado en CM, esto es 30%.

2) Respecto del daño en miembro inferior derecho, no evaluado por CM en su dictamen, y que el perito oficial incluye al momento de determinar la incapacidad, sin explicar la lesión observada en el miembro, requirió la medida de mejor proveer ordenada por este Tribunal, a fin de poder tener certezas sobre tal daño físico. Explicando el experto que los daños encontrados son Hernia de disco y Lumbociatalgia, que afecta columna

lumbar y miembro inferior. Aclarando que las limitaciones funcionales del miembro inferior basada en el parámetro de baremo ley 24557 son las correspondientes al capítulo “lesiones de los nervios periféricos” subacápite “miembro inferior”. Y después agrega, que las lesiones encontradas como secuelas en el actor se debe a déficit neurológico. Que, la incapacidad se refiere a la hernia de disco operada y a la ciatalgia sobreviniente el traumatismo, este déficit involucra en forma global a los músculos inervados por nervio ciático.

En consecuencia, con la información brindada y observando las pautas del Baremo Dec. 659/96, en cuanto a que la evaluación de la incapacidad de un gran siniestrado, producto de un único accidente se empleará el criterio de capacidad restante, utilizando aquella de mayor magnitud continuando con las menores. En función de ello el porcentaje determinado por el perito se adecua a (10% del 70%) , por lo que queda fijada en el 7%.

3) Todo esto lleva a la modificación de los porcentajes de los Factores de Ponderación: Dificultad para las tareas habituales: Alta 20% del 37%= 7,4%, Recalificación laboral: Amerita (10%) 10% del 37%= 3,7%, y Edad (entre 21 y 31 años) (0 al 3%) 3%.

4) En base a esto, conforme los criterios médicos y jurídicos analizados el PORCENTAJE TOTAL de Incapacidad Permanente, Parcial, Definitiva queda fijada en 51,10%.

Acreditado el daño físico sufrido por el trabajador reclamante en el trabajo, se convierte en una circunstancia por sí suficiente para operar como factor de atribución de responsabilidad bajo los parámetros del derecho común, desde que si para llevar adelante el objeto empresario se contratan dependientes que a cambio de una remuneración tienen la obligación de prestar tareas, el beneficiario de la fuerza de trabajo puesta a disposición debe además garantizar a quién lo preste que al hacerlo no comprometa ni su salud ni su vida.

El Dr. Horacio Schick, en su obra Riesgos del Trabajo- Temas Fundamentales, pág. 231, al analizar la teoría del riesgo en el contexto laboral, entre otras cosas dice: “ ... El empresario-empleador que es operador del mercado (en el sentido amplio de productor de bienes o prestador de servicios) en cualquier rama de la actividad (lucrativa o no) - subrayó para destacar- , aun con limitaciones con frecuencia dotadas de la coactividad, pone en marcha una determinada estructura organizativa predispuesta para la producción de bienes o el ofrecimiento de servicios que representa en sí misma un ámbito de riesgos que, en su gran mayoría, contiene específicas “situaciones de peligro” para los terceros y, en particular, para los trabajadores, quienes, con su prestación,

hacen posible la concreción material del fin perseguido por el empresario-empendedor. La distinta situación formal de la conducta finalista de los trabajadores y empleadores se proyecta sobre la situación material de su realización y de los efectos que se derivan de ella. El prestador de trabajo se encuentra personal y socialmente bajo la coacción de obtener medios de subsistencia y esta coacción es extrajurídica, proviene de situaciones externas, objetivas y socio-económicas que precalifican su ingreso al mundo jurídico a través del contrato de trabajo. La coactividad, en consecuencia, no es jurídica y casi podría ser calificada de prejurídica, pero presenta –a semejanza de la coacción jurídica– una forma de sanción indirecta ya que, si el trabajador no ingresa en el circuito jurídico del contrato de trabajo, pierde el acceso a la remuneración cuya función instrumental es permitirle obtener en el mercado sus medios de subsistencia. En esas circunstancias y en el marco de limitaciones materiales tan severas, el trabajador ingresa en la esfera de riesgos de la actividad económica del empleador y, más aún, penetra en la “zona de peligro” de la misma –su face crítica–, de modo que, en relación a ambas, el “riesgo” es un estado necesario, no eludible y potencia pero presente, cuya verificación origina la situación de daño...”.

Como se sostuvo por esta Cámara en los citados autos "SUAREZ, PEDRO ROLANDO", es ello producto de representar la tarea encomendada en sí misma un riesgo trascendente y ser la transformación de ese riesgo en un resultado dañoso una consecuencia posible, aún cuando se tomen medidas para evitarlo y se proveyeren elementos de seguridad suficientes.

En el presente caso no se encuentra controvertida la fecha, ni el lugar de trabajo del actor, si las circunstancias fácticas de como ocurrió el accidente, las que han sido acreditadas por los dichos de los testigos presenciales del hecho (Mansilla y Robledo). Tal como señalara supra, sobre los hechos que considero acreditados.

En consecuencia, cabe pasar a merituar sobre la responsabilidad extrasistémica que le cabe a las demandadas por el daño sufrido por el reclamante.

La pretensión está dirigida a demostrar la responsabilidad de las demandadas en el acaecimiento del accidente, derivado del riesgo o vicio de las cosas, con base en el art. 1113 2do párrafo del Código Civil, la responsabilidad que le cabe como dueño o guardián de la cosa, por el incumplimiento de las normas de seguridad, y por el incumplimiento de deber de seguridad impuestos por la ley de Higiene y Seguridad en el trabajo N° 19587, Decreto 911/96 y Resol. SRT N° 1915/99.

Como sabemos, los conceptos de riesgo y vicio de la cosa deben ser analizados en

forma casuística ante la ausencia de definiciones legales precisas.

A su vez, la definición de la existencia de estos dos supuestos depende de cada caso en particular y es la jurisprudencia la que viene a generar las pautas para encuadrar los casos. Puede afirmarse que se configura como riesgosa la cosa generadora de riesgos, siendo la viciosa aquella que posea un defecto que la haga impropia para su destino. También se ha dicho que no hay cosas peligrosas en función de su naturaleza sino de las circunstancias de cada caso.

Según el jurista Pizarro, una cosa puede ser peligrosa por su naturaleza cuando su normal empleo, conforme a su estado natural, puede generar un peligro a terceros, como, por ejemplo, la energía nuclear, la dinamita, etcetera, que tienen una potencialidad dañosa con prescindencia del medio en el cual se empleen y de las circunstancias que los rodeen. (Aporte del doctor Pizarro, Ramón D. en Bueres, Alberto J. (dir) –Highton Elena (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, T.3-A, p. 535).

En otros casos, según el referido autor, el peligro no proviene tanto de la cosa en sí misma, sino de su utilización o empleo. El uso que un hombre le dé a una cosa suele tener especial significación para convertirla en peligrosa que por su naturaleza no lo es, jugando aquí, decisivamente, las circunstancias del caso concreto, mediante la apreciación a posteriori. En definitiva, un análisis más profundo del tema conduce a concluir que, en estos casos, el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño, sino en la actividad desarrollada, en la cual la cosa juega un papel principalísimo.

Como dice el Dr. Horacio Schick: “... En el ámbito laboral, es necesario realizar una apreciación conceptual amplia de la acepción de “cosa”. El trabajador desarrolla su actividad inmerso en un ambiente organización mediante intercambio con su entorno y manejando dinámicamente su cuerpo, las herramientas y los materiales; los equipos, las máquinas y los demás instrumentos de trabajo y el ambiente físico, es decir, el piso, techo y paredes; el aire, el agua y los demás fluidos, así también como las radiaciones y la energía en todos sus formas. La manera en cómo se lleva adelante las posturas laboral, el modo en cómo se desembolsa la energía del trabajador para la realización de las tareas, forman parte del entorno laboral, es decir que la organización del trabajo es parte integrante de dicho entorno dado que según ésta se diseñe, los resultados del contenido del trabajo serán diferentes, más o menos productivos, más o menos confortable, más o menos estresante y más o menos riesgosos y/o peligrosos. También deben ser incluidos los factores organizacionales y de dirección de la empresa o

establecimiento a que se halla sometido u obligado el trabajador en el entorno de su puesto de trabajo. Son parte de la organización del trabajo las relaciones interpersonales de mando, las estructura de mando, el sistema de horarios, los tiempos de trabajo y de descanso, así como la duración de la jornada laboral, la forma de pago y la remuneración, siendo parte integrante de la misma, los beneficios al trabajador junto con los métodos y sistemas de trabajo.”

Continúa, “... En resumen, cada entorno de trabajo queda definido por un cúmulo de “cosas”, como el conjunto de los elementos que conforman integralmente el entorno del puesto de trabajo, incluyendo los factores organizacionales, ambientales e instrumentales. La jurisprudencia más moderna ha extendido el concepto trascendiendo el puro criterio físico del término cosa, incluyendo la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por el trabajador, pudiendo la propia actividad laboral constituirse en factor de causación porque en el ámbito del artículo 1113 no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto. En otras palabras, el vocablo cosa se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y toda actividad laboral. Si a ello se agrega que, cuanto estas tareas pudieran generar un resultado dañoso, deberían ser incorporadas al concepto de cosas riesgosas, de donde se deriva su inclusión en la previsiones del artículo 1113 del Código Civil...”. (“Riesgos del Trabajo”- Temas fundamentales, Tomo 1, Edit. David Grinberg, pág. 235 y sts).

El Máximo Tribunal de la Nación ha dicho que el agente dañoso no es el ambiente laboral en abstracto, sino las cosas propias de las que sirve el empleador para el desarrollo de la actividad y la forma con que impone su utilización. (CSJN, 03/05/1984, “Vigilio, Hugo c/ Tamet S.A.”).

Asimismo ha señalado que “Cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, principio objetivo que emana del art. 1113, párrafo segundo, del Código Civil, en el que se funda la demanda. En ese marco, basta que el damnificado pruebe el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueño o guardián del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”. (CSJN, R. 1738.XXXVIII, “Rivarola, Mabel Angélica c/ Neumáticos Goodyear S.A.”, Sentencia del 11/07/2006 y sus citas , Fallos, 329:2667); CSJN, R. 134, XLIII, Recurso de Hecho, “Rodríguez Ramón c/ Electricidad de Misiones S.A.”).

Desde esta mirada de la doctrina y jurisprudencia del factor de atribución objetivo que comparto, pasaré a analizar las circunstancias fácticas y la prueba que se produjo en torno al daño incapacitante cuya reparación pretende el trabajador.

- 1) Que la tarea que estaba realizando el Sr. Moreno al momento de accidente era descargar postes sulfatados de un camión, que venían en atados de a 5 o 6 postes y tenían un largo de 3 o 4 metros. (dichos de testigo Mansilla).
- 2) Que los postes venían en un camión con baranda, con caños tubiis. (dichos de los testigos).
- 3) Que la tarea se realizaba a mano. No había herramienta para ayudar. Era una tarea bastante riesgosa. Venían los paquetes de postes con unos flejes de contención. Se trabajaba parado sobre los paquetes de postes, porque era la manera mas segura de descargar. Eran riendas inestables. Cuando cedía un poco las cargas se podían cortaban los flejes. (dichos de testigos Robledo y Almaraz).
- 4) Los postes eran de álamo y siempre venían húmedos, por lo que eran más pesados y resvaladizados. (dichos de testigos Robledo y Almaraz).
- 5) En este trabajo se ocupaban dos operarios y tiene que ser sincronizado el levantamiento del paquete sobre la baranda del camión, porque si no perjudicaba a su compañero de la otra punta. El día del accidente estuvieron asignados a la tarea Moreno y Mansilla dado que cada uno debía tomar un extremo del paquete de postes, levantarlos sobre la baranda y colocarlos sobre los dos palos en lateral del camión, y deslizarlos al suelo (dichos del testigo Robledo).
- 6) En ese momento, al largar los postes para abajo, uno de los trabajadores lo soltó primero, no alcanzaron a tirar bien, un poste se soltó y le pegó a Moreno en la cadera. (dichos de testigos presenciales Mansilla y Robledo).

Todo esto me permite tener por acreditada la mecánica del accidente y las circunstancias en que se desarrollaba la labor asignada, sobre las cuales los testigos presenciales y dependientes de la empresa, han sido coincidentes en sus dichos.

Así las cosas, dentro de la teoría de la causalidad adecuada, se impone determinar cuál es la causa de un daño. Que debe desentrañarse la causa jurídica, no la causa material. Que el juicio de probabilidad consiste en establecer si una acción es o no idónea para producir un determinado resultado, conforme cualquier hombre normal puede prever. En tal contexto incumbe al actor probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando cuando se trata de cosas inertes la posición o el comportamiento anormal de las cosas o su vicio, pues para que rijan el art. 1113 del C. Civil, no se requiere que haya intervenido

activamente en la causación del daño

En opinión del actor el daño se produjo por el impacto del poste sobre su cadera, cuando esta realizando la tarea de descarga de postes del camión, “cosas” –los postes- que se utilizaban para espalderas y apuntalar las plantas, y en esta acción fue golpeado por uno de ellos.

No se discute por la parte que el evento dañoso ocurrió con un poste de álamo sulfatado, lo que de por sí constituye una cosa riesgosa.

Ha quedado evidenciado que la tarea de descarga de los postes era forzada y riesgosa, que requería un trabajo sincronizados de los operarios, quienes realizaban el trabajo en forma manual, parados sobre los postes y con el esfuerzo de tener que levantar los atados a la altura de la baranda para colocarlos y deslizarlos sobre dos palos que se colocaban para bajarlos al suelo. Tareas que requiere el estricto cumplimiento de las normas preventivas así como la capacitación sobre el tema. Pues estamos en presencia de un actividad riesgosa por el uso de elementos o herramientas que pueden representar peligro, pero a su vez con el manejo de elementos y materiales que pueden requerir movimientos forzados para la ejecución de la tareas.

Es por ello que el supuesto cuadra en las disposiciones del art.1113 del Código Civil, por aplicación del factor objetivo de atribución del riesgo creado, al margen de cualquier noción de culpa y como una imputación ajena a factores subjetivos, habida cuenta que el riesgo se instala por el carácter riesgoso en sí de la cosa, independientemente en la forma en que ésta se hubiera llevado a cabo.

Ni más ni menos que de la denominada "responsabilidad objetiva basada en una imputabilidad por riesgo creado", que como bien explica Jorge Mosset Iturraspe, requiere la presencia de este último como elemento positivo no equiparable con la mera ausencia de culpa y en cuya sustancia es imputable "...quien conoce y domina en general la fuente del riesgo; quien es el centro ... de una organización, ... de una empresa: porque emplea personas, usa cosas muebles o inmuebles, automotores, etcétera. Y "por este simple hecho" debe esa persona cargar con las resultancias dañosas...". Pues "...una organización o empresa es creada con fines de lucro, para la obtención de ganancias o beneficios y si, en el ejercicio de sus actividades propias surge la posibilidad de un riesgo al margen de todo comportamiento culposos o doloso que se traduce luego en un daño, es justo que sea indemnizado por quien \conocía y dominaba en general la fuente del riesgo\'..." (cfr. "Responsabilidad por Daños", Rubinzal Culzoni Editores, 2004, Tomo I, pág.189 y ss.).

Resultando tales principios, como sostiene el destacado autor, aplicables a las actividades riesgosas o peligrosas, bajo una interpretación del texto vigente del art.1113 del Código Civil, amplia, inteligente y que "...demuestra la riqueza de las normas, su vida autónoma al margen de la mens legislator y su aptitud para dar respuesta a las exigencias sociales nuevas...".

Máxime cuando "...el descubrimiento de las actividades riesgosas en el art.1113, fue el resultado de la colaboración entre '\laboralistas\' y '\civilistas\'', a partir del uso intenso de esa norma para la solución de conflictos nacidos por accidentes de trabajo..." (op.cit.pág.209).

Cuando además, no puede adjudicarse -también por carencia de prueba pertinente, en este caso de la accionada-, falta alguna atribuible al trabajador como producto de una maniobra prohibida o indebida, de la omisión de alguna medida de seguridad obligatoria, de un caso fortuito, del hecho de un tercero por quien el empleador no deba responder o del empleo contra su voluntad de un cosa de su propiedad; todo en las condiciones eximentes de la norma que se viene analizando.

Porque en el marco de la teoría del riesgo creado, la cosa riesgosa y/o defectuosa, según se lo vea, el hecho ocurrió mientras el actor estaba en ejercicio y ocasión de las funciones encomendadas y no intervino ni voluntaria ni involuntariamente sobre la cosa para que ocurriera lo que pasó.

Como refuerzo de lo dicho los actuales arts.1757 y 1758 del CCCN. se refieren a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades detallando con más precisión lo que luego del art.1113 del Código Civil la jurisprudencia y doctrina contribuyeron a desarrollar. El primero dice: "...Hecho de las cosas y actividades riesgosas: Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención...". El art.1758 agrega: "...Sujetos responsables: El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien la obtiene un provecho de ella...". En consecuencia, cabe sin dudas responsabilizar a CEREZAS ARGENTINAS S.A. por las consecuencias dañosas derivadas del trabajo.

A todo esto cabe agregar, que esta Cámara II se ha expedido sobre los conceptos de

“actividad riesgosa”, en la causa “ Pérez Eduardo Juan c/ Mansilla José Luis y Edersa S.A. s/ Reclamo” (Expte. 2CT-21408-09) Sentencia del 26-06-2012, con voto rector de la Dra. Gabriela Gadano, al cual adhiero y me remito en honor a la brevedad.

En este marco de responsabilidad, es dable destacar que “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos o aparatos peligrosos, ya sea por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamables, por la energía que contienen, o por causas análogas, entonces el dueño o guardían de ellas debe responder con prescindencia de su culpa, porque el factor de atribución está en la creación del peligro potencial, no en haber descuidado su vigilancia. En suma, el daño tiene que haber sido causado por la cosa, la intervención se presume y le incumbe al dueño o guardían acreditar que no existe nexo de causalidad adecuado entre la intervención de la cosa y el daño. Además, la víctima no tiene que haber participado culpablemente en la producción del siniestro, pero para tener por cierta tal circunstancia, dicho extremo debe ser probado por la demandada y así excluir su responsabilidad” (CNAT, Sala X, Expte. 2677/99, sent. 9236, 27/02/01 “Riveros Ricardo c/ Omega ART y otros s/ Accidente-acción civil”).

A este análisis de la actividad riesgosa, se conecta con el merito que cabe hacer de la responsabilidad desde la perspectiva contractual del deber de seguridad.

El empleador debe velar por la integridad psicofísica de sus dependientes, mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75 LCT y 4º apart. 1 LRT) y como contrapartida de los poderes de organización y dirección que la ley le otorga; de la misma forma que debe preservar también la dignidad del trabajador cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que le garantiza “condiciones dignas y equitativas de labor” (art. 14 bis CN). De ahí que el principal no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible el buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62/63 y ccts. LCT).

El Dr. Fernández Madrid destaca el deber de previsión en cabeza del empleador, que abarca el conjunto de medidas que éste debe adoptar en relación a las condiciones particulares de la tarea o función, a fin de evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes o se afecte su dignidad. En tal sentido, debe adecuar su conducta para la obtención de dicha finalidad, extremando su diligencia en el ejercicio del poder de dirección, excluyendo toda forma de abuso de derecho y considerando

siempre en la toma de decisiones, como prevaleciente, el cuidado de la persona y bienes del trabajador. A través del ejercicio de este deber se manifiesta en toda su importancia el principio protectorio. El fundamento del deber de previsión es el principio de indemnidad ínsito en el cumplimiento regular del contrato, que se expresa a través de distintas disposiciones de la ley, de convenio colectivo y de los reglamentos de empresa. En definitiva, el empleador debe cumplir con los deberes que le impone el contrato (implícitos o explícitos) con cuidado y previsión, como es él quien organiza y dirige la empresa, debe actuar en ese ámbito al que pertenece atendiendo a la persona del trabajador y al cuidado de sus bienes (patrimonio) para que quien aporta su trabajo no sufra menoscabos espirituales o materiales por causa del ejercicio de dichos poderes y facultades. (“Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ª. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley 2007, T II, pp. 1281-2).

La mayor parte de las manifestaciones de este deber están establecidas implícita o explícitamente en la normativa aplicable. Por ejemplo, el deber de seguridad, en reglas precisas que provienen de la ley 19.587 y de su decreto reglamentario, encuentra un espectro más amplio en las disposiciones de los artículos 62 y 63 LCT, y 19 de la Constitución Nacional.

Las normas que disponen el deber de seguridad estiman la integridad del trabajador como un bien socialmente predominante frente a otros bienes y determinan, en consecuencia, cuál ha de ser la conducta del empleador a fin de que se conforme a dicha valoración. Por lo que puede afirmarse que en cumplimiento del deber de seguridad, debe adecuar su conducta a las siguientes pautas generales:

- a) Crear condiciones de trabajo idóneas y seguras de acuerdo con los dictados de la experiencia y de la técnica; en tal sentido, deben adoptarse todas las medidas necesarias para excluir el daño evitable, impuestas por la ley (ley 19857, sus decreto reglamentarios 351/79, 911/96; 917/96 y demás resoluciones de la SRT y reglamentaciones, y en este caso de resolución del MTSS n° 295/2003) y las que sean necesarias según el tipo de trabajo y las condiciones en que se realiza, aunque no estén previstas por la ley o convenio colectivo (v. gr. la introducción de una nueva tecnología);
- b) Adaptar las labores del trabajador a sus posibilidades psicofísicas; al respecto deben practicarse exámenes periódicos de salud, para determinar si la tarea es acorde con el estado del dependiente.
- c) Respetar las normas en materia de descanso y jornada.

d) Abstenerse de emplear el poder de dirección en forma que pueda atentar contra la salud del trabajador, a cuyo efecto debe actuar con la diligencia.

e) Practicar los exámenes médicos complementarios establecidos por la Res. SRT 37/10.

f) Abstenerse de emplear en la explotación, la maquinaria obsoleta que implique un riesgo adicional para los trabajadores, generando una responsabilidad más para el empleador.

g) Las distintas manifestaciones del poder de dirección en su vinculación con el deber de seguridad llevan a exigir que la asignación de la tarea a una máquina determinada, por ejemplo, deba ser precedida del examen del elemento de trabajo, que debe ser conservado en buen estado de funcionamiento. Por ello, el poder de dirección no consiste solamente en ordenar y organizar la tarea necesaria para la producción del bien o la realización del servicio sino en rodear la orden de todas las garantías necesarias, para que su cumplimiento no sea perjudicial.

Como sostiene el Dr. Horacio Schick "... Desde una perspectiva práctica y sucinta, cabe destacar que, para la viabilidad de esta acción fundada en el deber de seguridad, es necesaria la alegación oportuna y la ulterior prueba en un proceso pleno de conocimiento de las siguientes circunstancias: 1) incumplimiento de una norma precisa de seguridad encuadrable en el genérico deber de previsión; 2) presencia de un daño resarcible; y 3) relación de causalidad directa e inmediata entre aquel incumplimiento y el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, de acuerdo con lo previsto por el artículo 521 del Código Civil..." (Riesgos del Trabajo – Temas fundamentales, Tomo I, Edit. David Gringberg, pág. 253 y sts).

Puedo concluir en el presente caso, conforme la valoración en conciencia de la prueba, que el demandante no ha demostrado que normas que imponen el deber de seguridad, como la LCT, la LRT y puntualmente la Ley de Higiene y Seguridad Industrial y Decreto 351/79, y Decreto 617/97 "Reglamento de Higiene y Seguridad para la Actividad Agraria", se hayan incumplido concretamente que tengan nexo causal adecuado entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido por el trabajador. Solo se ha efectuado una invocación genérica de las normas incumplidas, y que de haberse respetado las misma el infortunio se hubiera evitado, sin ofrecer y producir prueba conducente sobre el tema.

D- Responsabilidad civil de la ART. El actor también pretende se haga extensiva la responsabilidad por los mismos factores de atribución a la ART. A esto debo decir que a

la aseguradora no le cabe, en este caso, responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa, por la calidad de dueño o guardian (art. 1113 C.Civil), principalmente, pues el dueño o guardian de la cosa es el empleador, quien se vale de las mismas en su propio beneficio. Donde el rol de la aseguradora es controlar y prevenir daños que se puedan ocasionar con dichas cosas, exigiendo que las mismas cumplan con las disposiciones de higiene y seguridad dispuestas en general por la Ley 19587, o en particular por la normativa de cada actividad productiva.

En todo caso se debe demostrar qué exigencia de seguridad se incumplió, cuya omisión resulte reprochable a la ART. Dada la cuestión fáctica acreditada en autos, resulta de difícil control a la aseguradora las tareas, y prevenir que un fleje se va a soltar y uno de los puntales va a golpear al trabajador. Si bien estamos en presencia de cosas o tareas potencialmente riesgosa, en un juicio de probabilidad no podemos decir que el cumplimiento de la misma se deba adecuar a una serie de exigencias de seguridad, que no sean las habituales de toda tarea.

Más allá de lo dicho, cabe decir que la parte actora no expone puntualmente los presupuestos fácticos en los que funda la pretensión reparatoria respecto de la ART, es decir, cuáles han sido en este caso las omisiones ilícitas de la ART que guardan nexo causal adecuado con el daño sufrido por el actor, pues no basta con expresiones genéricas de las obligaciones incumplidas o la cita de la normativa preventiva, sino que tiene la carga de afirmar cómo tales acciones u omisiones incidieron en una relación de causalidad adecuada en el daño sufrido por el trabajador.

Ha dicho la Corte Suprema que es deber de la parte que deduce una pretensión fundamentarla mediante una prolija y circunstanciada relación de los antecedentes fácticos a los que se imputa el efecto jurídico que se persigue, y demostrar que se ha verificado la situación de hecho descrita por la norma invocada como fundamento de su petición (CSJN, 30/05/95 “Obra Social para el Personal de Obras Sanitarias de la Nación c. Obras Sanitarias de la Nación” J.A. 1999- I, síntesis).

La Suprema Corte bonaerense se ha expedido concordantemente, al decir que el petitum debe ser claro y concreto, no pudiendo dejar duda alguna con respecto al factum descripto, y al contenido de la pretensión, porque está en juego lo que el campo doctrinario ha dado en llamar la “teoría de la sustanciación”, que impone a los litigantes la carga de formalizar los hechos y describir los ítems, a diferencia de la llamada “teoría de la individualización”, donde es suficiente con definir la relación procesal (SCBA, 19/08/97, “Caserta de Nieves Margarita c. Provincia de Buenos Aires, el Dial, WD430).

La actora pretende responsabilizar a la aseguradora con sustento el criterio sentado por Corte Suprema de Justicia en la causa: “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A.” (Sent. Del 31-03-2009), donde recepta una tesis amplia de responsabilidad civil de las ART, lo que se sintetiza en el octavo considerando del voto mayoritario, en orden a que “...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 en 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 cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales...”. Pues, “...no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son anejos, puedan evitarse..”.

Esto significa que en el caso de que las aseguradoras no cumplan con la actividad diligente que le impuso el legislador en relación al prevención de los riesgos, pueden ser condenadas civilmente por los daños sufridos por el trabajador, que tengan un nexo de causalidad adecuada con las omisiones o los deberes de higiene y seguridad del trabajo, en que hubiera incurrido la empleadora y que no fuera prevenido, controlado o denunciado por la ART.

Como ha señalado el Dr. Eduardo Álvarez “...si el diagnóstico y el control de la implementación del deber de prevención y seguridad están a cargo de la ART, que “es la que sabe”, no existe ninguna razón para liberarla de responsabilidad y, en particular, si se tienen las referidas obligaciones legales previstas en los artículos 4º y 31 de la LRT...”. (“Responsabilidad de las ART y aplicación del art. 1074 del Código Civil”, Revista de Derecho Laboral, Ley de Riesgos del Trabajo, II, Rubinzal Culzoni, p. 79).

Cabe aclarar que para condenar civilmente en estos términos a una ART, el juzgador debe encontrar acreditados los presupuestos de responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño y la relación de causalidad adecuada entre las omisiones referidas y el daño.

La verificación de los presupuestos de responsabilidad remite a cuestiones de hecho y prueba, que se deben analizar caso por caso. Es necesario meditar frente a cada siniestro si la omisión de la ART a sus deberes de contralor, información y capacitación del personal, fue una condición para el acaecimiento del siniestro.

Es decir, luego de constatarse el incumplimiento por parte de la ART de sus

obligaciones, se debe verificar si dichos incumplimientos tuvieron incidencia en causar el infortunio.

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

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

Así, en la demanda se argumenta genéricamente que la demandada –sin indicar cual de las dos o si ambas- ha incurrido en sucesivos incumplimientos a los deberes que le imponen estas normativas. En otro pasaje de la demanda dice: “...es por demás claro que el infortunio que motiva esta causa pudo haberse evitado de haberse cumplido con los deberes impuestos a la Demandada por la normativa citada; De allí que, la culpa de la demandada frente a este hecho se hace aun más evidente citando los diferentes pasajes de la ley, el decreto y la resolución ut supra mencionadas...”, sin cumplir con los requisitos preexpuestos para considerar la responsabilidad pretendida.

A esto debo agregar, un dato adicional a este análisis de la normativa de seguridad es el Decreto 1338/96 PEN que exceptúa, en el ámbito rural, de la obligación de tener profesional en materia de higiene y seguridad según la cantidad de personal (menos a 15 personas) en cuyo caso, es la ART que ofrece la cobertura, quien tiene la obligación de otorgar el apoyo tendiente a determinar, promover y mantener adecuadas condiciones ambientales en los lugares de trabajo, asumiendo el deber básico en materia de información y asesoramiento al cliente.

En este caso la ART reconoce la existencia del contrato de afiliación al momento en que ocurre el siniestro denunciado por el actor, limitado a la cobertura prevista por la LRT, contingencia que fue cubierta otorgando el alta médica con incapacidad, que fue determinada por Comisión Médica, y abonada por la ART.

Si bien la parte actora funda su pretendida responsabilidad respecto de la ART en el incumplimiento de normas de higiene y seguridad, de prevención y capacitación de los trabajadores, no acredita mediante prueba idónea si esta obligación pesaba en cabeza de la ART o del empleador, demostrando si la cantidad de personal permanente de la

empresa era menor a 15 personas, pues no basta, con la referencia efectuada por un testigo de que eran mas de 70 empleados sin poder determinar si permanentes o discontinuos, dado que no sabemos la cantidad de personal que tenia amparado la empresa con la cobertura de la ART.

Al no contar el Tribunal con datos adicionales sobre la cantidad de personal de Cerezas Argentinas SRL, pues bien podría ser que existan otras explotaciones rurales bajo la dirección de la empleadora y que la cantidad de dependientes libere al empleador de la contratación de un servicio de seguridad e higiene, en cuyo caso hubiera correspondido que la ART asuma las responsabilidades vinculadas al plan de mejoramiento y cualquier prestación y respaldo en dicha materia.

En conclusión, consideró que en este caso no se han acreditado los presupuestos fácticos que permitan reponzabilizar civilmente a la ART demandada, por lo que mi voto es desestimando esta pretensión.

E- Responsabilidad sistémica de la ART – Planteo subsidiario.

Más allá de lo decidido en el capítulo anterior, ello no priva a la parte de reclamar la reparación en el marco de la Ley 24557 y sus reglamentaciones.

Sobre el tema el STJRN en la causa “Curiqueo” (Se. N° 43 del 07.05.07) expreso: “...Cuando en la causa ‘AQUINO’ (del 21.09.04) la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la LRT, dejó a salvo una advertencia final: ‘...la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contado en el marco de la citada ley. De tal suerte, que este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida del aseguramiento’ (...)” Vale decir, que en la interpretación efectuada por la Corte, aun el acogimiento de la pretensión de inconstitucionalidad de la norma de la LRT que impide optar por el derecho común (art. 39 LRT) no empece a que la ART deba asumir las obligaciones contraídas en el marco de la ley especial (in re: ‘GONZALEZ’, Se. N° 68 del 12.05.05; ‘DURAN’, Se. N° 11 del 27.02.07. ...” Lejos de entender que la ART pudiera quedar eximida de responder en los supuestos en que se demanda con fundamento en las

normas del derecho común, en autos ‘MORA POLANCO’ (Se. N° 73 del 02.06.05) y, más recientemente, en autos ‘ZANI’ (SE. N° 111 DEL 01.11.06), este Cuerpo analizó la concurrencia de las responsabilidades del empleador asegurado y de la ART, y concluyó que se trataba de obligaciones conexas.- ...“ En efecto,... en el primero de los precedentes citados se sostuvo: ‘... hasta el límite de las prestaciones a cargo de la ART, la condena sólo debió comprender a la aseguradora. Superado ese límite, e ingresando ya en el ámbito de la llamada responsabilidad extrasistémica donde se incluyen las acciones del trabajador o sus derechohabientes por los daños y perjuicios no comprendidos en la cobertura de la ley 24557 –es decir, la reparación integral reclamada por los actores con fundamento en el Derecho Civil por responsabilidad subjetiva u objetiva del empleador (arts. 509, 1109 y 1113 del Cód. Civil)- al que se accede previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24557, aparece la responsabilidad directa del empleador “. ... “ En este mismo orden de ideas, posteriormente la Suprema Corte de Mendoza dijo: ‘No queda duda, entonces, que la normativa en análisis determina claramente obligaciones individuales e independientes a cargo de sujetos de derecho diferentes, en el supuesto de resultar procedente la reparación integral en los términos del derecho común: el empleador según la normativa del CC y la ART según la normativa de la LRT, siendo dicha responsabilidad sucesiva y concurrente. Esta conclusión excluye todo supuesto de solidaridad, pudiendo afirmarse que en la materia no nos encontramos ante obligaciones solidarias sino ante obligaciones conexas. Es así por cuanto en las obligaciones solidarias la concentración de la obligación en cada sujeto se produce en virtud de una misma fuente obligacional, mientras que en las obligaciones conexas la responsabilidad surge de las distintas fuentes jurídicas, por lo que son independientes entre sí aunque medie entre ellas la conexión resultante referida a un idéntico objeto” (SCMza. Sala II, ‘Domínguez, Oscar C. c/ Disco S.A.’ del 05-11-05, LL Gran Cuyo, año 11 N° 1, febrero de 2006)“. (STJRN en autos ‘‘MARILLAN, ELIANA GLADYS C/ EDERSA S.A.S S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY“ Expte. N° 21020/06- Sent.28-11-2007). Desde esta mirada, cabe considerar que la ART demandada debe responder por la diferencia de ILPP entre la determinada por la Comisión Médica N° 018 en su dictamen de fecha 07-09-2012, donde concluyó que la lesión que sufrió el actor guarda relación causal con el accidente denunciado, constando secuelas incapacitantes del 19,50%, y el real porcentaje que se dictamina en autos, conforme fuera expuesto supra con los parámetros brindados por el perito oficial, y la aplicación del baremo de la LRT.

E.- Rubros por los que prospera la demanda:

Daños – Criterios de Aplicación del daño patrimonial y extrapatrimonial: Es criterio consolidado de este Tribunal, que todo lo mensurable económicamente en términos más o menos objetivos -atendiendo a costos previsibles o potenciales que puedan verosímilmente darse y ser materia de cálculos matemáticos- debe ser tenido en cuenta por el juzgador como dato de la realidad presente o futura y así volcarlo del modo más preciso posible.

Sin que ello suponga que la vida o la salud tenga por sí un valor pecuniario, pues como desde antiguo se ha sostenido no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero.

Empero cuando se hacen construcciones económicas, no es que se utilicen fórmulas matemáticas para definir el "valor vida" o "valor salud", sino que se alude sustancialmente al aspecto concreto desde el cual se evalúan los distintos valores que confluyen en la apreciación indemnizatoria que transita por diversos carriles.

De ahí que si se utilizan razonamientos matemáticos para obtener parcialidades numéricas específicas que permitan llegar al resultado, es imperioso explicar el método aplicado y las variables introducidas, pues se trata de atender a datos verificados y ordenados mediante un algoritmo previamente justificado, no hallando en ello motivo para sostener la inobservancia de los conceptos que se extraen del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "ARÓSTEGUI, PABLO MARTÍN". En tanto la idea que de allí resulta no es la eliminación lisa y llana de fórmulas como parámetro de aproximación, sino que los Jueces se aten a ellas sin atender al ser humano como una integridad, dejando de lado otros aspectos de la vida de las personas.

Por lo que corresponde disponer valores dentro del género "daño patrimonial" en los aspectos relativos a daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, gastos y tratamientos realizados y futuros y daño estético (si de este último derivare una clara disminución de ganancia, dificultad o imposibilidad de obtener trabajo o insuma gastos en la curación de lesiones), todo con la debida explicitación del mecanismo de cálculo.

Mientras que en lo relativo a lo extrapatrimonial deben tenerse en cuenta las restantes órbitas de la vida del hombre comprensivas de las manifestaciones del espíritu, insusceptibles de medida económica que integran los demás valores vitales, donde se relacionan repercusiones anímicas, proyecto de vida, vida de relación, armonía física y psíquica perdida, y afecciones de los llamados "bienes ideales" (CNCiv, Sala D, 22-4-76 "Ramos de Casale" L.L.1977-A-154), entre los que dependiendo de sus condiciones, podrá ingresar el daño estético y el psicológico en los aspectos que no

puedan ser evaluados de otro modo mediante fórmulas mas precisas.

Se hace la salvedad que en el presente caso se deducira el importe resultante de las prestaciones dinerarias previstas por la LRT a cargo de la co-demandada PREVENCIÓN ART S.A.

1.- Daños patrimoniales – Lucro Cesante por incapacidad sobreviniente: En tren de evaluar el daño emergente, por aplicación de la fórmula de matemática financiera con las pautas previstas por el STJRN en autos "PÉREZ BARRIENTOS, DAVID DEL CARMEN c/ ALUSA S.A. y OTRA s/ SUMARIO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 23.695/09 - SE N° 108 del 30/11/2009), de acuerdo a su vez con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "ARÓSTEGUI, PABLO MARTÍN c/ OMEGA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. y PAMETAL PELUSO y COMPAÑÍA" (Sentencia del 8/4/2008, en Fallos 331:570), para la determinación de la cuantía económica del daño, se debe valorar no solamente la pérdida de la capacidad de ganancia o de producción del trabajador siniestrado, sino cómo ello lo afectará en su vida de relación y en su proyección laboral futura, todo lo cual implicará el necesario incremento de los valores patrimoniales, a los que, en última instancia por imposibilidad física de otro modo de reparación, habrá de recurrirse a fin de arribar a una resolución equitativa.

Los factores a considerar son entonces la edad de 26 años con que contaba el actor a la fecha de la primera manifestación inválidante (31-05-2010 denuncia de siniestro) y la remuneración de \$ 2.767,40 –sueldo mensual básico más adicional de antigüedad vigente a Mayo/2010 importe que no difiere significativamente con el VIBM que se practicara infra- para la categoría “ Peón General“, conforme escala salarial de UATRE vigente al momento del accidente, tomando la incapacidad determinada por el perito médico y ajustada supra conforme criterios jurídicos ILPP del 51,10% , por ser estos los componentes que impone la solución de "PÉREZ BARRIENTOS" a los efectos del cálculo resarcitorio, que no fue cuestionado por las partes.

A la suma resultante se le deberá deducir los importes resultantes de cálculo sistémico previstos a cargo de la ART, percibido y a percibir conforme se determina infra.

Intereses aplicables al resarcimiento Daño Patrimonial. Sin perjuicio, de la postura compartida por ambas Cámaras respecto de los intereses en las causas “Duran“, “Albornoz“ y “Silveira“, los que se dictaron en un marco legal distinto, a partir de las sanción de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial N ° 5190 (BO.P. 01-05-2017), que en su art. 42, 2° párrafo ahora prevé: “ Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto

determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas“.

Teniendo en cuenta el reciente fallo del STJRN en los autos “GALARZA, PEDRO REY C/ PREVENCIÓN ART S.A. Y ESTABLECIMIENTO HUMBERTO CANALE S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO” (Expte. N° H-2RO-258-L2012), Sentencia del 21-12-2017, donde dijo que los intereses se deben ajustar a la doctrina sentada en “Loza Longo“, “Jerez“ y “Guichaqueo“, en carácter de doctrina legal obligatoria.

Corolario de ello, se receptan -según corresponda- conforme a sus períodos de vigencia, los diferentes intereses establecidos por ese Cuerpo oportunamente, a saber: se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015; la tasa Banco Nación Argentina para préstamos personales libre destino, en operaciones de 49 a 60 meses, desde el 25/11/15 hasta el 31/08/2016; y la misma tasa pero en operaciones de hasta 36 meses, desde el 01/09/2016 en adelante, hasta el efectivo pago (cf. STJRNS3, “LOZA LONGO”, "JEREZ", Se 105/15 y "GUICHAQUEO", Se 76/16). Intereses que en este caso se calculan desde la fecha de acaecimiento del hecho 31-05-2010 al 30-06-2018, los que se seguirán devengando hasta el total y efectivo pago.

3.- Restitución de gastos médicos. El reclamo del actor comprende la restitución de una serie de gastos no previstos como ser movilidad, coseguros, medicamentos y calmantes durante una larga recuperación los cuales no fueron cubiertos por la ART, los que estima en la suma de \$ 2.000.-

En este caso debo considerar que la ART, quien en principio hubiera tenido a su cargo las prestaciones en especie (conf. Art. 20 de LRT), solo dió atención médica por 30 días a partir del accidente, otorgando un alta médica prematura el 30-06-2010. Que posteriormente con la intervención de la Comisión Médica, y dictamen de fecha 18-05-2012 el organismo indicó a la ART otorgar las prestaciones en especie por considerar insuficientes las brindadas.

Y además ordenó a la Aseguradora reintegrar los gastos erogados por el Damnificado para la atención de la dolencia que debió ser cubierta por la ART.

Atendiendo a que entre el evento dañoso y este dictamen de Comisión Médica, transcurrieron casi dos años donde el trabajador fue atendido por su Obra Social, razón por la cual el organismo emitió dicha orden, y respecto de cual nada dice la ART en responde, ni acredita si dió cumplimiento a la misma, lo que me permite inferir que no

afrontó suma alguna para los gastos médicos.

Asimismo cabe señalar que las dolencias sufridas en caos como el sub examine, y los consiguientes tratamientos necesarios para procurar el restablecimiento, exigen la realización de numerosos gastos – por ej. traslados, gastos médicos y farmacéuticos de diversa índole hasta los plus-, que en muchos casos no encuentran justificación documentada, ni aparece razonable exigírselas a la víctima, no obstante lo cual tales desembolsos deben ser reconocidos como parte de la reparación integral, aun sin prueba directa que lo sustente.

En estos casos la jurisprudencia ha dicho: "Es razonable presumir la existencia de gastos de asistencia médica de difícil documentación y graduarlos prudencialmente a tenor de lo dispuesto por el art. 165 del Cód. Procesal." (C.1ª C.C. San Isidro, Sala I, Abril 6-978, SP La Ley 979-321 (92-SP) - R, DJ. 879-13-38, sum.43).-

"Aún a falta de prueba sobre la entidad de los gastos médicos y de farmacia los mismos pueden apreciarse en función del carácter y gravedad de las lesiones." (C.N.Esp. Civ.y Com., Sala IV, diciembre 15-977, BCECy C, 655, núm. 9610; ídem, íd., marzo 12-981, E.D. 93-660; C.N.Civ., Sala D, octubre 9-979, L.L. 1981-A, 561 (35753-S); ídem, Sala C, diciembre 10-981, E.D. 98-508).-

Que, sobre la base de tales principios, el reclamo aparece razonable, y por ello corresponde que se liquide infra.

Que, el monto de tales gastos debe ser fijado según prudente arbitrio judicial (arg. Art. 165 C.P.C.yC.), por lo que teniendo en cuenta la naturaleza de la dolencia padecida, duración prolongada de la misma, y consecuente extensión temporal de su tratamiento, considero procedente el importe reclamado por el rubro de \$ 2.000, con más sus intereses judiciales.

4.-Daño Extrapatrimonial - Daño Moral: Tiene dicho este Tribunal, en forma reiterada, que la naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral hace que su traducción económica devenga sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste.

En tanto el propósito resarcitorio radica aquí en la definición del daño moral como "...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..." (cfr. Jorge Mosset Iturraspe; "Responsabilidad por Daños"; Rubinzal - Culzoni Editores; 2006; Tomo V -Daño Moral-, pág.118). Con lo que a título de ficción

legal, la reparación hace las veces del remedio para el restablecimiento, en la medida factible y sobre parámetros razonables, del estado de ánimo original.

Cuando el daño moral es apreciable "in re ipsa loquitur" a partir de la apreciación de la entidad del perjuicio en base al sentido común y las reglas de la experiencia, su cuantificación es factible prescindiendo de pruebas, sobre pautas objetivas y razonables. Lo cual concretamente ocurre en materia de responsabilidad civil extracontractual, donde "...acreditada la acción antijurídica lesiva de alguno de los 'derechos personalísimos', debe tenerse por probado in re ipsa el consiguiente 'daño moral'; correspondiendo en todo caso al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permite excluir en el caso concreto este tipo de daño..." (op.cit.pág.239).

Como explicara este Tribunal en "QUEVEDO ESTEFANÍA FABIANA c/ PARMALAT ARGENTINA S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-15660-03 - Sentencia Definitiva del 27/2/2009), "...su objeto es indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que poseen un valor fundamental en la vida del hombre, tales la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos ... No implica ello que se le esté pagando el dolor, sino que se intenta con ello aplacar el sufrimiento de la víctima, buscando que se distraiga, ocupe su tiempo y su mente en otra cosa distinta que mortificarse y así supere su crisis de melancolía. Un sucedáneo o placer compensatorio o sustitutivo no representa el dolor, sino que es un medio para combatir los males creados por el dolor (tristeza, apatía, tensión nerviosa, etc.)..."

Cada agravio moral tendrá una repercusión personalísima y es la misma naturaleza la que da cuenta de que unos son más fuertes y otros más susceptibles al sufrimiento, resultando ergo parámetros objetivos útiles las diez reglas para la determinación de la indemnización por daños moral que expone Mosset Iturraspe, a saber", "...1. No a la indemnización simbólica; 2. No al enriquecimiento injusto; 3. No a la tarifación con 'piso' o 'techo'; 4. No a un porcentaje del daño patrimonial; 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9. Sí a los placeres compensatorios; 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida..." (cfr.op.cit.pág.228).

Con cierto énfasis en la regla novena (la apuntada "determinación atendiendo a los

placeres compensatorios"), sobre la cual sostiene que "...cuando se pretende indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen al perdido...", de suerte que "...la suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces, que no apuntan, por lo común, -como ya señaláramos- a darse placeres superfluos, voluptuarios o de lujo, sino a cubrir necesidades primarias o sentidas como urgentes..." (cfr.pág.226).

La Dra. Matilde Zavala de González, en su obra " Tratado de Daños a las Personas, T.2 " Disminuciones psicofísicas", pág. 314/315 cita un fallo al respecto, señalando que: " El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas: el sufrimiento en el momento del suceso, tanto físico como psíquico, dolor corporal, temor ante el peligro corrido, miedo a la muerte, pérdida de conocimiento. Igualmente, las consecuencias del período de curación y convalecencia; curaciones e intervenciones quirúrgicas; molestias por radiografías, análisis, remedios; internación hospitalaria; tiempo de postración física; menoscabo subsistente después del tratamiento y secuelas no corregibles de las lesiones; que poseen natural incidencia en la vida individual y de relación, y la posible repercusión en la actividad laboral; lesión estética, dificultad para practicar deportes y disminución de la potencia sexual. Además de la gravedad objetiva expuesta, interesa la personalidad de la víctima y de sus receptividad particular, conforme con circunstancias de sexo, edad, profesión, estado civil, etcétera (C. Penal V Tuerto, -, 26/4/96, Juris 96-575, 1444-S)".

En el presente caso voy a tener en cuenta para cuantificar el daño los factores objetivos y subjetivos, estimativos del sufrimiento que ha padecido y seguirá padeciendo el resto de su vida el actor derivado de los siguientes hechos: la gravedad de la lesión sufrida y el efecto dañoso de su alta incapacidad física.

Además de que la lesión fue sobre su columna vertebral afectando su miembro inferior derecho, lo que no le ha permitido su reinserción laboral, afectando su condición de sostén de familia, teniendo que transitar un largo camino para que la Comisión Médica ordenara la prestaciones, y la ART la otorgará parcialmente, y este juicio para obtener una reparación integral.

A ello además se le agrega la lógica incidencia en su vida en relación al grupo primario

y a la pérdida de expectativas y proyectos; todo lo cual me persuade de aplicar por el concepto una suma estimada de \$ 200.000,00 al día del dictado de la sentencia, sin perjuicio de que los intereses se calculan también desde la fecha del accidente.

Teniendo en vistas de cada caso ofrece su casuística, y a fin de establecer un parámetro de referencia que sirva de sustento a la cuantificación del daño moral, es dable señalar, que un caso de similares características, como la causa: "PEREZ EDUARDO JUAN c/ MANSILLA JOSE LUIS y EDERSA S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-21408-09), Sentencia del 26-06-2012, donde se reclamó por acción civil la reparación de un daño de columna vertebral, con una incapacidad definitiva del 52.90%, 40 años al momento del siniestro, se fijó el monto del daño moral en la suma de \$ 100.000.

Intereses aplicables al daño moral: Sobre el tema se expidió el STJRN en autos “ Barros Luisa del Carmen c/ QBE Argentina ART S.A. S/Accidente de Trabajo” (Expte. 28504/16-STJ) Sentencia del 05/09/2017 donde dijo: “... el único agravio – a resolver en estos autos- versa sobre la fecha a partir de la cual se deben computar los intereses en el daño moral, y, en tal sentido, considero aplicable jurisprudencia de este Cuerpo, la cual sostiene que:/ “lo resuelto se encuentra de acuerdo a lo establecido en el precedente Loza Longo, donde se ha dicho: No puede soslayarse que cuando se reclaman deudas de valor “ los jueces fijan el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia“/“ (conf. Borda, G.A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T.I. Ed. Perrot, Bs. As., 1976). La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual se ha entendido que no se encuentran alcanzadas por el principio nominalista, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo del pago (conf. Pizarro, R.D.-Vallespinos C.G. Instituciones de derecho Privado. Obligaciones, T. I. Nº 163, ps. 372/375, Hammurabi, Bs. As., 1999). Tal especial circunstancia, que se configura sólo cuando la determinación del monto depende de la estimación judicial - vale decir, no necesariamente en todo supuesto de responsabilidad civil extracontractual, pues un reintegro de gastos, verbigracia, no se hallaría alcanzado por la excepción -conlleva necesariamente la aplicación de la tasa que es propia de una economía estable, o tasa de interés puro, que según se estima debe oscilar entre el 6% y el 8% anual. Una solución contraria podría causar una seria alteración del contenido económico de las sentencias pues la tasa activa, vale decir, la que cobra el banco a sus

clientes, contiene un componente tendiente a compensar la depreciación de la moneda que, por consiguiente, se superpone en términos de indemnización, con la determinación cuantitativa del monto de daño, que se realiza al tiempo del dictado de la sentencia y conforme los valores que rigen a esa fecha (conf. Alterini, A “ La Corte Suprema y la tasa de interés“, LA LEY, 1994-c-801/804; Chiaromonte, J.P., “Convertibilidad, desindexación y tasa de interés“, ED, 146-321/338). (STJRS1 “LOZA LONGO“ Se. 49/10). Con lo cual, según lo expresado en dicha oportunidad, cuando las sumas de condena representan obligaciones de valor cuantificadas al momento de la sentencia, no existe ningún impedimento de aplicar a las mismas una tasa pura de interés, desde el momento en que el perjuicio se produjo y hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia; ya que la misma está destinada a retribuir el uso del capital. Así se ha sostenido que:“Los intereses de una indemnización de daños deberán computarse desde la producción del perjuicio hasta el pronunciamiento apelado a una tasa del 8% anual, como tasa pura, dado que resulta suficientemente compensatoria ante una deuda de valor fijada a valores actuales, y desde entonces hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina“. (CNACiv. Sala I, Se. Del 27/06/2014, La Ley On line, AR/JUR738821/2014). (STJRS1 “TORRES“ Se. 100/16; “ALDERETE“ Se. 46/17). En definitiva, dado que en el caso de autos el monto de condena por daño moral se estableció al momento de la sentencia, los intereses se deben computar de conformidad a lo ya establecido por este Cuerpo en los precedentes aludidos; esto es la suma que se le reconoció se le debe adicionar una tasa de interés que debe oscilar entre el 6% y el 8% anual desde el hecho hasta la sentencia de Cámara y desde allí hasta el efectivo pago tasa activa conforme los precedentes “Loza Longo“ Se. N° del 27-05-10, “Jerez“ Se. N° 105 del 23-11-2015 y “Guichaqueo“ Se. N° 76 del 18-08-2018...”.-

Sin perjuicio de dejar a salvo que los intereses posteriores a la fecha hasta la cual aquí se calculan (30-06-2018), habrán de devengarse en las condiciones de "Guichaqueo", o a las tasas que estipule el STJRN mediante doctrina legal..

-Prestaciones dinerarias previstas por el art. 14 apart. 2 inc. b) de la LRT. A cargo de la Prevención ART S.A. –Inconstitucionalidad del pago mediante renta periodica- Determinación de las prestaciones y sus intereses.

De acuerdo a lo establecido por la Ley 24.557 y Decreto Nro. 1694/09, y considerando la incapacidad determinada al actor del 55,00% ILPPD, las prestaciones del presente caso quedan comprendidas dentro de las previstas por el art. 14, apartado 2 inc. b de la

LRT, norma esta que establece: “... Declarado el carácter definitivo de la Incapacidad Laboral Permanente Parcial (IPP), el damnificado percibirá las siguientes prestaciones...b) Cuando el porcentaje de incapacidad sea superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), una Renta Periódica contratada en los términos de esta ley, cuya cuantía será igual al valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad...”, previendo a continuación un tope para el valor actual de la renta periódica, que luego fue eliminado por el Decreto 1694/2009 ya vigente al momento del siniestro. Este decreto no solo eliminó los topes indemnizatorios, sino que además estableció mínimos indemnizatorios. En efecto, en su art.2º establece: “...Suprímense los topes previstos en el artículo 14, inciso 2, apartados a) y b), y en el art. 15, inciso 2 último párrafo, respectivamente, de la Ley 24557 y sus modificaciones...”. Y el art.3º dice: “...Establécese que la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14 inc. 2, apartados a) y b), de la Ley nº 24557 y sus modificaciones, nunca será inferior al monto que resulte de multiplicar PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$ 180.000) por el porcentaje de incapacidad...”.

La norma en análisis en su redacción vigente al tiempo del accidente (31-05-2010), establece como primera pauta que el capital allí previsto se abone al trabajador en forma de RENTA PERIODICA.

Ahora bien, la pauta indemnizatoria prevista por el art. 14 apart. 2 inc. b) de la LRT es cómo obtener el capital de pago único de la indemnización, pues la norma dice: “... una Renta Periódica contratada en los términos de esta ley, cuya cuantía será igual al valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad. Esta prestación está sujeta a la retención de aportes de la Seguridad Social y contribuciones para asignaciones familiares hasta que el damnificado se encuentre en condiciones de acceder a la jubilación por cualquier causa. El valor actual esperado de la renta periódica en ningún caso será superior a PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$ 180.000).Deberá asimismo adicionarse la prestación complementaria prevista en el artículo 11, apartado cuarto de la presente ley” (artículo sustituido por art. 6º del Decreto 1278/2000).

El Decreto 1694/2009 (B.O. 06-11-2009) aplicable al presente caso, pues la primera manifestación invalidante del actor se produjo con posterioridad a su sanción, incorporó tres cambios importantes a esta norma: 1) Por el art.1º se elevó el importe de la compensación adicional de pago único prevista por el apartado 4º del art.11 de la LRT.

2) Su art.2 suprime el tope previsto en el apartado 2 del artículo 14, cuyo techo era de \$ 180.000, pasando éste a ser el piso. 3) El mayor cambio lo produce el art.3, que dice: “... la indemnización que corresponda por aplicación del artículo 14 inciso 2º, apartados a) y b), de la Ley 24557 y sus modificaciones, nunca será inferior al monto que resulte de multiplicar pesos ciento ochenta mil (\$180.000) por el porcentaje de incapacidad”.

El Dr. Ackerman dice que hay que hacer observaciones a la norma, pues probablemente incurrió en confusión el PEN, al identificar y agrupar en la misma calificación dos hipótesis claramente diferentes. Así explica: “... En efecto, de las dos situaciones a las que se refiere este artículo, la única indemnización era –hasta la entrada en vigencia de la ley 26773- la del artículo 14, apartado 2, inciso a, impuesta para el supuesto de Incapacidad Laboral Permanente igual o inferior al 50% ... En texto del artículo 14.2.b, de la ley 24557, en cambio, no existe ninguna indemnización, ya que impone el pago de una renta periódica cuya cuantía será igual al valor mensual del ingreso base multiplicado por el porcentaje de incapacidad. Se indica empero –luego de la reforma producida por el decreto 1278/2000- que el valor actual esperado de la renta periódica en ningún caso será superior a \$ 180.000. Este tope, sin embargo, no lo es de una indemnización, sino, en rigor, del capital que, calculado de acuerdo con las reglas previstas en la resolución SSN 34.834 del 19 de febrero de 2010 –y que sustituyó a la resolución SSN 29.346/2003-, debía destinarse a la contratación de la renta periódica. Ocurrió, sin embargo, que a partir de la declaración de inconstitucionalidad producida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Milone”, y con fundamento en la doctrina de ese fallo, el trabajador podía reclamar el pago en forma de capital. Pero, por cierto, tal declaración de inconstitucionalidad no supuso la modificación del artículo 14.2.b, de la LRT ni transformó a tal capital en una indemnización” (Ackerman Mario E. “Ley de Riesgos del Trabajo Comentada y Concordada”, Edit. Rubinzal Culzoni, pág. 277).

En este mismo sentido el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia en la causa “MARIN Raúl R. c/ MAPFRE ACONCAGUA ART S.A. S/ Sumario s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte. N° 23333/08 STJ) Sentencia del 29-06-2010., dijo que el monto de la indemnización que debe abonarle la ART al actor debe determinarse de conformidad con las previsiones de la Ley de Riesgos del Trabajo para el supuesto específico habilitado. Esto es, el art. 14 apart. 2 inc. b de la Ley 24.557 y sus normas reglamentarias. Por lo que el Máximo Tribunal Provincial, en lo pertinente, resolvió que “...debe revocarse parcialmente la sentencia de grado, en tanto aplica un modo de

cálculo alejado de las previsiones mismas de la Ley de Riesgos del Trabajo para el supuesto específico habilitado, y devolverse los autos a la instancia de origen para que proceda a determinar el monto de condena de acuerdo con la fórmula de cálculo prevista en el Anexo de la Resolución N° 29346 de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Ello sin perjuicio, claro está, de la inconstitucionalidad del pago por renta periódica ya decretada en la presente causa, que exige disponer el pago de ese capital de una sola vez a su beneficiario...” .

A todo esto resulta que las variables indemnizatorias del caso surgen de la LRT, y la Resolución N° 34834 de Superintendencia de Seguros de la Nación, cuyo art. 1 dispone: “Sustitúyase el Anexo II de la Resolución N° 29.346 “Procedimiento para el Pago de Beneficios Devengados –Cálculo del Capital a Traspasar” por el texto que se acompaña en el Anexo I de la presente”, y en su art. 2 prevé: “ Las disposiciones de la presente Resolución serán aplicables a todos los infortunios encuadrados bajo el régimen de la Ley 24557, que causaren la Incapacidad Laboral Permanente Parcial definitiva del trabajador, y cuya primera manifestación invalidante se produzca ya sea entre el 1° de marzo de 2001 y el 05 de noviembre de 2009 (Decreto 1278/2000), o a partir del 6 de noviembre de 2009 (Decreto 1694/2009)”.

El Anexo I de la resolución establece el procedimiento para el pago de beneficios devengados, y la fórmula de cálculo a traspasar, estableciendo las bases técnicas para su cálculo, con una serie variables para efectuar una ecuación de matemática financiera que determinara su cuantía, con un interés anual del 4%.

El valor del ingreso base (VIBM) se determina sobre los doblea ejemplares de recibos de haberes acompañados por el actor a fs. 8/18 e informe de ANSES obrante a fs. 90/96, de los que resultan las siguiente remuneraciones: Junio/2009 y SAC (25 días) \$ 2603,90; Julio/2009 (12 días) \$ 1.379,62; Agosto/2009 (22 días) \$ 1.669,14; Septiembre/2009 (24 días) \$ 1.562,87; Octubre/2009 (26 días) \$ 1669,14; Noviembre/2009 (23 días) \$1.421,86; Diciembre/2009 (25 días mas SAC) \$ 4.822,84; Enero/2010 (30 días) \$ 2.089,52; Febrero/2010 (28 días) \$ 3.133,79; Marzo/2010 (30 días) \$ 2.767,40; Abril/2010 (30 días) \$ 2.913,53; Mayo/2010 (27 días) \$ 2.4932,40. Lo que resume un total de 302 días trabajados en el periodo a considerar, y una suma total de remuneraciones de \$ 28.557,59, lo da un valor diario de \$ 94,56 por 30,4 = VIBM 2.874,67.-

En la presente causa a fines de cuantificar la indemnización tarifada se deberá designar un Perito con especialidad “Actuario”, atento la fórmula prevista por el Anexo I de la

Resol. S.S.S. 34.834, debiendo tener en cuenta las siguientes variables que se han acreditado en autos: la edad del trabajador 26 años al momento del accidente, la IPLPD del 51,10 %, y el VMIB de \$ 2.874,67.

Al importe que resulte del cálculo del art. 14 apart. 2 inc. b) de la Ley 24.557, a cuyo pago se condena a PREVENCIÓN ART S.A., se le deberá agregar la suma de pago único previsto por el art. 11 inc.4º apart. b) –conforme Decreto 1694/2009- cuyo importe es de \$ 80.000, a más de tener que dar cumplimiento la ART a las obligaciones derivadas de la Seguridad Social conforme los términos del art. 14 apart. 2 inc. b) de la Ley 24557

Una vez obtenido el monto de la indemnización tarifada conforme las pautas precitadas, se deberá deducir la suma de \$ 59.547,69 abonada por la ART en 02-10-2012.

Si bien, la parte actora ha omitido pedir la inconstitucionalidad sobre la modalidad de pago de la prestación dineraria, ante la eventualidad de que la ILP fuera superior al 50%, como sucedió en autos, ello teniendo en cuenta que la forma de pago prevista por el texto original de Ley 24557, así como el Decreto 1694/09 que no modifica tal aspecto de la norma.

No obstante, el sistema de pago –renta periódica- fue declarado inconstitucional por la CSJN in re “ Milone Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos de Trabajo s/ Accidente” (Sentencia del 26-10-04, en Fallos 327:4607) con relación al art. 14 ap. 2 incb, y en “ Suarez Guimbard Lourdes c/ Siembra A.F.J.P. S.A.” (Sentencia del 24-06-08) con relación a los arts. 15 inc. 2, 18 y 19 de la Ley 24557, en su texto posterior a la reforma operada por el Decreto 1278/00. El Superior Tribunal de Justicia provincial se ha expedido asimismo sobre la inconstitucionalidad de tal mecanismo, a ser declarado aún de oficio, en autos “PERNICH, GUILLERMO C/ BBVA CONSOLIDAR A.R.T. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO”, del 15-06-2017, en dicho fallo se dijo: “ el sistema sobre el cual el a quo ha proyectado el caso (confluencia del art. 15 ap.2, 2º párrafo de la Ley 24557 y decreto 1278/00) es merecedor del reproche constitucional en cuanto veda al actor el acceso a una reparación integral amparada por los arts. 14 bis, 28, 31 y 75 inc. 22 de la CN. ... Considero apropiado traer a colación los argumentos brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causa “Milone” (del 26.10.04, Fallos 327:4607) y “ Suárez Guimbard” (del 24.06.08, LL 2008-D-377) para fundar la declaración de inconstitucionalidad del pago por renta periódica, siendo ellos aplicables al caso en examen, ya que, al igual que en lo fallado por la Corte en los mencionados precedentes, también aquí la estructura primigenia de

la LRT preveía pagos mensuales derivados de un capital como única indemnización en caso de incapacidad permanente total -art. 15, ap. , 2 do, párr.-.. Con posterioridad a la citada causa “ Milone“, la Corte mantuvo la doctrina allí sentada en casos -como el presente- de infortunios sucedidos con posterioridad a la modificación introducida por el decreto 1278/00 que incorporó, junto con la prestación complementaria de renta periódica, el beneficio de una compensación dineraria adicional de pago único -art. 11, apartado 4 de la LRT-. Ello así pues entendido que “si bien por este medio se pretendió satisfacer necesidades impostergables del trabajador originadas en el infortunio laboral y traduce una mejora en la prestación originaria del sistema, la percepción del pago adicional en cuestión no deja de conculcar el derecho del beneficiario a disponer libremente de la totalidad de su crédito, según sus necesidades“. (CSJN “ Suárez Guimbard L. C/ Siembra AFJP S.A.“, del 24-06-08, LL 2008-D-377). Siguiendo dicha doctrina, tal inconstitucionalidad ha sido decretada por este Superior Tribunal en varios precedentes(STJRNS3: “RUMINOT“ Se. 27/09, “TORRES“ Se. 33/09, “MARIN“ Se. 83/10; „“LOPEZ“ Se. 65/11; „“SUAREZ“ Se. 98/11; “ CARCAMO“ Se. 44/13), y también corresponderá declararla en el presente (conf. Art. 196, 2do párr. De la Const. Prov y doct. “ MARILLAN“, Se. 100/07)“. Incluso el sistema de pago de renta periódica -recogiendo el legislador los reproches que la CSJN había formulado al respecto -fue abandonado y cambiado por el sistema de pago único a partir de la vigencia de la ley 26773. El párrafo final del artículo 2 de la ley 26773 establece que “... El principio general indemnizatorio es de pago único, sujeto a los ajustes previstos en este régimen...“.

Todos los argumentos expuestos sobre la tacha de inconstitucionalidad de la norma, resultan de plena aplicación al caso, pues dicha conculcación afecta al actor, ya que la forma de pago diseñada por la LRT le impide el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido en relación a la indemnización que le correspondiese, y ello afecta sin duda la posibilidad de reformulación de su proyecto de vida.

En consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 14 apart. 2 inc. B de la LRT en relación a la forma de pago al actor, en virtud de lo cual la ART deberá abonar en una única vez el capital que le correspondiese.

En consecuencia, el actor damnificado resulta ser acreedor de la prestación dineraria prevista por el art. 14 apart. 2 b) y la prestación complementaria del art. 11 apart. 4 inc. a) de la Ley 24557.

Daño Psicológico: El perito oficial designado en su informe psicológico de fs. 167/174,

expone: "... Las secuelas propias del daño psicológico posicional al sujeto al día de la fecha en un estado de MODERADA DISFUNCIONALIDAD en todas las áreas que he citado, esta disfuncionalidad que se relaciona directamente con el hecho traumático sufrido, le significa una INCAPACIDAD ADQUIRIDA en grado MODERADO en lo emocional, afectivo, familiar y social...". Al pedido de explicaciones de la parte actora sobre esto, el perito explica a fs. 258: "... Es conveniente aclarar que solo los médicos psiquiatras determinan en porcentaje directo y los Lic. Psicólogos en términos de Grado Leve, Moderado y Agudo y dichos grados tiene su correspondencia en porcentaje. En el caso en particular del Sr. Moreno, Javier Andrés se le diagnostica una Incapacidad Adquirida en Grado Moderado", lo que se corresponde con un 25% (Esto es que debe necesariamente realizar un tratamiento entre 6 meses y un año)...".

Cabe aclarar que en el presente no será resarcido como incapacidad psicológica - independientemente- de la terapia aconsejada por la profesional, habida cuenta que el perito ha evaluado la conveniencia de un tratamiento psicológico, el que se ordena se otorgue al actor como prestación en especie a cargo de la aseguradora demandada en el plazo de 10 días de quedar firme la presente, tal lo establecido en el art. 20 de la Ley 24557.

Restitución de gastos médicos. El reclamo del actor comprende la restitución de una serie de gastos no previstos como ser movilidad, coseguros, medicamentos y calmantes durante una larga recuperación los cuales no fueron cubiertos por la ART, los que estima en la suma de \$ 2.000.-

En este caso debo considerar que la ART, quien en principio hubiera tenido a su cargo las prestaciones en especie (conf. Art. 20 de LRT), solo dió atención médica por 30 días a partir del accidente, otorgando un alta médica prematura el 30-06-2010. Que posteriormente con la intervención de la Comisión Médica, y dictamen de fecha 18-05-2012 el organismo indicó a la ART otorgar las prestaciones en especie por considerar insuficientes las brindadas.

Y además ordenó a la Aseguradora reintegrar los gastos erogados por el Damnificado para la atención de la dolencia que debió ser cubierta por la ART.

Atendiendo a que entre el evento dañoso y este dictamen de Comisión Médica, transcurrieron casi dos años donde el trabajador fue atendido por su Obra Social, razón por la cual el organismo emitió dicha orden, y respecto de cual nada dice la ART en responde, ni acredita si dió cumplimiento a la misma, lo que me permite inferir que no afrontó suma alguna para los gastos médicos.

Asimismo cabe señalar que las dolencias sufridas en caos como el sub examine, y los consiguientes tratamientos necesarios para procurar el restablecimiento, exigen la realización de numerosos gastos – por ej. traslados, gastos médicos y farmacéuticos de diversa índole hasta los plus-, que en muchos casos no encuentran justificación documentada, ni aparece razonable exigírselas a la víctima, no obstante lo cual tales desembolsos deben ser reconocidos como parte de la reparación integral, aun sin prueba directa que lo sustente.

En estos casos la jurisprudencia ha dicho: "Es razonable presumir la existencia de gastos de asistencia médica de difícil documentación y graduarlos prudencialmente a tenor de lo dispuesto por el art. 165 del Cód. Procesal." (C.1ª C.C. San Isidro, Sala I, Abril 6-978, SP La Ley 979-321 (92-SP) - R, DJ. 879-13-38, sum.43).-

"Aún a falta de prueba sobre la entidad de los gastos médicos y de farmacia los mismos pueden apreciarse en función del carácter y gravedad de las lesiones." (C.N.Esp. Civ.y Com., Sala IV, diciembre 15-977, BCECy C, 655, núm. 9610; ídem, íd., marzo 12-981, E.D. 93-660; C.N.Civ., Sala D, octubre 9-979, L.L. 1981-A, 561 (35753-S); ídem, Sala C, diciembre 10-981, E.D. 98-508).-

Que, sobre la base de tales principios, el reclamo aparece razonable, y por ello corresponde que se liquide infra.

Que, el monto de tales gastos debe ser fijado según prudente arbitrio judicial (arg. Art. 165 C.P.C.yC.), por lo que teniendo en cuenta la naturaleza de la dolencia padecida, duración prolongada de la misma, y consecuente extensión temporal de su tratamiento, considero procedente el importe reclamado por el rubro de \$ 2.000, con más sus intereses judiciales.

Intereses aplicables a estos rubros a cargo de la ART. Corresponde completar las consideraciones con el tema de los intereses judiciales a aplicar y el comienzo de su cómputo.

Sin perjuicio, de la postura compartida por ambas Cámaras respecto de los intereses en las causas "Duran", "Albornoz" y "Silveira", los que se dictaron en un marco legal distinto, a partir de la sanción de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial N ° 5190 (BO.P. 01-05-2017), que en su art. 42, 2º párrafo ahora prevé: " Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas".

Teniendo en cuenta el reciente fallo del STJRN en los autos "GALARZA, PEDRO

REY C/ PREVENCIÓN ART S.A. Y ESTABLECIMIENTO HUMBERTO CANALE S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO” (Expte. N° H-2RO-258-L2012), Sentencia del 21-12-2017, donde dijo que los intereses se deben ajustar a la doctrina sentada en “Loza Longo”, “Jerez” y “Guichaqueo”, el carácter de doctrina legal obligatoria.

Corolario de ello, se receptan -según corresponda- conforme a sus períodos de vigencia, los diferentes intereses establecidos por ese Cuerpo oportunamente, a saber: se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015; la tasa Banco Nación Argentina para préstamos personales libre destino, en operaciones de 49 a 60 meses, desde el 25/11/15 hasta el 31/08/2016; y la misma tasa pero en operaciones de hasta 36 meses, desde el 01/09/2016 en adelante, hasta el efectivo pago (cf. STJRN S3, “LOZA LONGO”, "JEREZ", Se 105/15 y "GUICHAQUEO", Se 76/16). Intereses que en este caso se calculan al 30-06-2018, los que se seguirán devengando hasta el total y efectivo pago.

En cuanto al comienzo del cómputo de los intereses, en relación a la prestación dineraria por ILPP (Art. 14 apart. 2 inc a) la mora se produce desde el 07-10-2012, esto es, a partir de los treinta días de haber la Comisión Médica emitido el dictamen -07-09-2012- (cfr. criterio de este Tribunal en autos "Aroca, Claudio José c/ Fernández, Mario Sebastián y Mapfre Argentina Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente de trabajo"; Expte.N° 2CT-22.088-09; Sentencia del 8/5/2012), hasta el 30-06-2018 y sin perjuicio de los que se devenguen hasta el efectivo pago.

Liquidación- Detalles: La presente planilla de liquidación se practica al 30-06-2018, conforme a los parámetros explicitados precedentemente, esto es, con relación a CEREZAS ARGENTINAS S.A, desde el 31-05-2010 –fecha del accidente de trabajo- corresponde aplicar la tasa dispuesto por el STJRN en “Loza Longo” dictado el 27-05-2010, esto es, los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina hasta el 31 de diciembre de 2011, y del 01 de enero de 2012 en adelante la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, y a partir del fallo del STJ en los autos “Guichaqueo” del 18-08-2016, la tasa vigente de Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales, aplicable a partir del 01-09-2016.

A parte de las tasas especificadas a aplicar en el caso del rubro "daño moral", y los

intereses que se continuen devengando.

Y en el caso de Prevención ART S.A. por las mismas tasas de intereses pero desde el 07-10-2012.

1. A cargo de CEREZAS ARGENTINAS S.A.

-Base salarial: \$ 2.767,40, 26 años, 51,10%

x fórmula "Pérez Barrientos\$ 666.381,85

-Intereses\$ 1.404.615,21

-Subtotal por daño material.....\$ 2.070.997,06

-Daño Moral.....\$ 200.000,00

-Intereses\$ 129.320,00

-Sub-total por daño moral.....\$ 329.320,00

Total al 30-06-2018.....\$ 2.400.317,06

A este importe se le deberán deducir los pagos efectuados y a realizarse por PREVENCIÓN ART S.A., por lo las partes deberán practicar oportunamente planilla de liquidación.

2. A cargo de PREVENCIÓN ART S.A. - Pautas para el cálculo

-Prestación dineraria del art. 14 apart. 2, inc) b la LRT al 30-06-2018 (VIBM 2.874,67, ILPP 51,10%, Edad 26 años-)

- Se deberá deducir pago a cuenta de fecha 02-10-2012 de \$ 59.547,69

- Calcular Intereses desde el 07-10-2012 al 30-06-2018

-Prestación dineraria art. 11, apart. 4 inc a LRT \$ 80.000,00

-Intereses \$ 132.913,87

-Subtotal al 30-06-2018\$ 212.913,87

- Prestación en Especie- Restitución de gastos..\$ 2.000,00

-Intereses\$ 6.215,65

-Sub-total\$ 8.215,65

11.- Costas Judiciales: Costas a cargo de los demandados (cf. art. 68 del CPCyC. y 25 L. 1.504) en forma solidaria, teniendo en cuentas sus respectivos montos de condena.

No pudiendo precisar al momento los montos base de condena corresponde diferir la regulación de honorarios de los letrados y peritos hasta que se cuente con los mismos.
TAL MI VOTO.

La Dra. Gabriela Gadano adhiere al voto precedente por compartir los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos de la primera votante.

El Dr. Edgardo Juan Albrieu dada la coincidencia con los presupuestos fácticos de los votantes que me preceden, comparto la solución jurídica impartida al caso.

Por todo lo expuesto, la CAMARA SEGUNDA DEL TRABAJO DE LA 2DA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

I.- HACER LUGAR a las inconstitucionalidades de los arts. 46 inc 1, 39 apartado I LRT, y 14 apart. 2, inc. b)-renta periódica-, todas de la Ley 24557.

II.-RECHAZAR la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por CEREZAS ARGENTINAS S.A. y en consecuencia se la condena a pagar a JAVIER ANDRES MORENO la suma que resulte previa deducción de los importes percibidos o a percibir de PREVENCION ART S.A. , en concepto de prestaciones dinerarias por incapacidad tomadas como pago a cuenta del daño patrimonial, esto sin perjuicio del daño moral, debiendo al efecto practicarse la correspondiente planilla de liquidación. Con costas a cargo de CEREZAS ARGENTINAS S.A. .

III.- HACER LUGAR a la demanda promovida por JAVIER ANDRES MORENO y en su consecuencia condenando a PREVENCION ART S.A. a pagar al nombrado en primer término la suma que resulte del cálculo actuarial se ordena en considerandos conforme lo previsto por el art. 14, apart. 2 b de la LRT y de la diferencia por prestaciones dinerarias, con intereses judiciales que se deberán calcular al 30-06-2018. Con costas a la Prevencion ART S.A.

Asimismo se condena a PREVENCION ART S.A. A abonar al Sr. JAVIER ANDRES MORENO la suma de Pesos Doscientos Veintiun Mil Ciento Veintinueve con Cincuenta y Dos Centavos (\$ 221.129,52) que resulta de las prestaciones dinerarias conforme art. 11 apart. 4 a) de la Ley 24557 y Decreto 1694/09, y prestaciones en especie - gastos médicos- con sus intereses al 30-06-2018, de acuerdo a las tasas judiciales que se indicaron en los considerandos, importe que deberá ser abonado dentro del plazo de DIEZ (10) DIAS de notificada la presente, ello sin perjuicio de la intereses que se devenguen hasta el efectivo pago. Con costas a PREVENCION ARTS.A.

IV.- HACER LUGAR a la demanda promovida por JAVIER ANDRES MORENO y en su consecuencia condenando a PREVENCION ART S.A. a pagar al nombrado en

primer término la suma que resulte del cálculo actuarial que se ordena en considerandos conforme lo previsto por el art. 14, apart. 2 b de la LRT y de la diferencia por prestaciones dinerarias, con intereses judiciales que se deberán calcular al 30-06-2018. Con costas a la Prevencion ART S.A.

V-ORDENAR a PREVENCION ART ART S.A. a que en el plazo de 10 días, de quedar firme la presente, brinde las prestaciones en especie -tratamiento de psicológico-, en los términos aconsejados por el perito psicólogo, de su trabajo pericial de fs. 167/174, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de fijar astreintes a pedido de la parte actora.

VI- En razón a la forma en que se resuelven estas actuaciones, se difiere la regulación de honorarios hasta tanto exista planilla firme.

VII- Oportunamente, una vez que se encuentren firmes las sumas cuya liquidación debe practicarse, por Secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la empleadora condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA.GABRIELA GADANO

-Presidente-

DRA.MARÍA DEL CARMEN VICENTE DR.EDGARDO JUAN ALBRIEU

-Juez- -Juez-

Ante mi:

DRA. DANIELA A. C. PERRAMON

-Secretaria-