



NEUQUEN, 22 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RINALDI JULIO DOMINGO CONTRA RIVA S.A.I.C.I.C.F.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** (EXP N° 399315/2009) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL N° 5 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHSINI** y la Dra. Cecilia **PAMPHILE**, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Marcelo **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- La sentencia de fs. 580/593 declaró la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley de Riesgo de Trabajo e hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por el señor Julio Domingo Rinaldi, y en su mérito condenó a Riva S.A.I.C.I.C.F.A. y a Luciano S.A., a abonar al actor la suma de \$34.776 con más sus intereses determinados en el considerando respectivo.

A su vez, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Liberty ART. S.A.

II.- A fs. 597 la parte demandada interpone recurso de apelación contra esa sentencia, cuya fundamentación luce a fs. 615/621, la cual es respondida por el actor a fs. 626/629 y por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo a fs. 641/644 vta.

Agravios de los demandados.

Sostienen, en primer término, que les causa agravio que la a quo tiene por probada su responsabilidad en la producción del daño, con base en las testimoniales ofrecidas por el demandante, olvidando la restante prueba producida, sin fundamento alguno; debido a que sólo cita a los testigos: Rivarola, Morales y Marilao, para dar por cierto el estado de la maza y la actividad desplegada por el accionante; pero no tuvo en cuenta las testimoniales de los Sres. Rojas,



Salazar Centurión y Villalba, quienes aseveraron que la maza se encontraba en buen estado, su peso, la entrega de los elementos de seguridad y las medidas que se adoptaban en obra.

Manifiestan, que la jueza luego de efectuar una introducción sobre las características del juicio incoado, señala la diferencia que existe entre éste -indemnización integral de la acción civil- y el reclamo de la tarifada pero amplia al campo de la responsabilidad patronal, pero sin embargo comete arbitrariedad al valorar la prueba producida por las partes.

Agregan, que se puede observar de los controles acompañados y constancias de visita por la ART, que de haber existido alguna herramienta en mal estado, la aseguradora hubiera ordenado su permuta.

Consideran, un yerro de la jueza el haber tenido por probado que la maza era una cosa peligrosa, cuando ella no es la que causa el accidente, sino por el contrario, el mismo se produce por el accionar del actor.

Afirman, que el actuar de Rinaldi fue el que provoca el accidente, al no ser adecuado para realizar la tarea encomendada y que se equivoca el tribunal al no valorar la totalidad de las pruebas rendidas, ya que de las mismas surge que el siniestro ocurrió por una mala maniobra del propio trabajador.

Mencionan, que el presupuesto fáctico alegado en la demanda, versa sobre el estado de desgaste presuntamente existente en la maza, circunstancia que no se probó en autos pese al esfuerzo de la a quo de pretender tenerlo por acreditado con tres compañeros del accionante. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Interpretan, que es erróneo y contrario a la ley que la jueza confunda la causalidad material con la jurídica.



En segundo lugar, cuestionan que se acogiera el reclamo haciendo una suerte de englobamiento dentro del rubro genérico de indemnización por incapacidad.

Expresan, que yerra la jueza al no merituar que el actor no se vio en momento alguno imposibilitado de trabajar, pues de la prueba documental surge que renunció a su trabajo en la UTE en enero de 2007 y de la informativa a la AFIP se desprende que entre el año 2007 y 2008 trabajó para cuatro empresas, lo cual no fue impugnado por el reclamante.

Dicen, que quedó probada con la informativa al Director del Hospital de Senillosa, la autenticidad de los certificados médicos, en cuanto a las fechas, contenido, firma y atenciones brindadas al actor, por ende quedó demostrado que luego del alta médica del accidente continuó faltando a su trabajo y no por razones vinculadas a su dolencia sino por otras totalmente disímiles.

Critican, que no se haya rechazado el ítem de pérdida de chance cuando el señor Rinaldi se accidenta a un mes de haber ingresado, estuvo en reposo 7 meses y luego no trabaja sino que presenta certificados médicos por hechos ajenos al accidente y luego renuncia. Por tanto, no surgen claros los parámetros tenidos en cuenta para asignarle una indemnización por tal concepto.

En tercer lugar, atacan la eximición de responsabilidad de la aseguradora de riesgos del trabajo, al entender que si de los fundamentos del fallo existió responsabilidad de su parte en el suceso por falta de cumplimiento de normas de seguridad no se podía eximir de responsabilidad a la ART, más allá del contrato de afiliación entre asegurado y aseguradora, y menos aun por aplicación de la Ley 24.557.

Establecen, que las normas legales en vigor no ofrecen dudas en cuanto a que pesan sobre las ART obligaciones concretas atinentes a la prevención de los infortunios



laborales que se suman a las que la ley también fija para ser cumplidas con posterioridad al siniestro y que se relacionan con la provisión de asistencia médica acorde a la dolencia padecida por el trabajador, como al otorgamiento de las prestaciones dinerarias o en especie, cuando en el caso la jueza le otorga un cumplimiento excluyente como si la LRT únicamente pusiera como obligación a su cargo éstas últimas, hecho que con la simple lectura de la ley deviene como un cumplimiento parcial de sus obligaciones.

Refieren, que es mayor el deber de obrar de las ART por la profesionalidad que se les exige, a lo que se añade que su prestación es onerosa y, por autorización normativa, obtiene beneficios económicos como contrapartida de la prestación que prometen cumplir, que no se circunscribe al resarcimiento sino que abarcan el despliegue de acciones dirigidas a la prevención, porque así lo impone la LRT.

En consecuencia, se agravan por la total eximición de responsabilidad de la ART ya que existe relación causal adecuada entre las omisiones de la citada en garantía, reprochables a título de culpa y los daños padecidos por el demandante.

En conclusión, consideran que el fallo no constituye una derivación razonada del derecho, de la prueba producida, de la doctrina y la jurisprudencia, rayano a lo arbitrario atento a que el actor no ha probado nada a su favor.

Hacen reserva del caso federal para interponer el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 14 de la Ley 4.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, corresponde analizar en primer término, la mecánica del accidente y la relación causal entre éste y el daño sufrido por el trabajador.



Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto ha dicho: "cuando la víctima es un trabajador dependiente y el hecho que produjo el daño cuya indemnización se demanda ocurrió en ocasión y lugar del servicio laboral que aquél prestaba a su empleadora, no puede prescindirse, a los fines de la apreciación de la responsabilidad, del principio objetivo que emana del art. 1113, párrafo segundo, del Código Civil...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 quién no debe responder**" (autos: "Rodríguez c/ Electricidad de Misiones S.A.", sentencia del 21/4/2009).(El resaltado me pertenece).

De modo tal, que de acuerdo con los hechos de la causa, el accidente se produjo cuando el actor se encontraba en su puesto de trabajo, al intentar clavar un hierro en la tierra para armar un andamio, es que se golpeó con una maza en su muñeca izquierda, provocándole una fractura en el estiloides cubital.

No se encuentra discutido aquí, que el infortunio se produjo al utilizar una maza para clavar las estacas de hierro, sino que la reyerta radica en si el accidente se produce por la conducta negligente de demandante o por la falta de elementos de seguridad necesarios y herramientas adecuadas para evitar o minimizar las consecuencias del mismo.

Así entonces, las partes disienten en cuanto a la responsabilidad, pues mientras el actor se la atribuye a la demandada por la falta de elementos de seguridad y de herramientas adecuadas para dicho trabajo, ésta última se excusa invocando la culpa de la víctima en su producción.

Consecuentemente, considero que a los fines de dilucidar la responsabilidad en el acaecimiento del infortunio



objeto de autos, resulta de fundamental importancia desbrozar las pruebas rendidas en la causa.

Con esa finalidad, voy a escudriñar la prueba testimonial producida en el expediente, vinculada con el accidente, las herramientas utilizadas en la obra y los elementos de seguridad con que contaban los operarios.

De la declaración brindada a fs. 367/369, por el Sr. Marcelo Apolinario Rojas, encargado de obra de la empresa, respecto del accidente expuso: "...Se había golpeado con una maza en la mano, algo así. Yo no estaba en el lugar, pero me recuerdo que me informaron que se había accidentado con una maza..." Sobre las herramientas utilizadas, afirmó: "... son mazas nuevas, los bordes son cuadrados, no son redondeados..."; y en relación a los elementos de seguridad para el personal de la obra, dijo: "...Si en general se le entregaron todos los elementos de seguridad, casco botines, guantes, ropa. Los que trabajan en altura se les entrega los arneses de seguridad..."

A fs. 270/271 el Sr. Osvaldo Salazar Centurión, capataz de la obra, sostuvo: "...Se golpeó la mano con la maza..." En cuanto al estado de las herramientas: "...estaban en excelente estado..." "...se entregaban todos los elementos de seguridad...Botines de seguridad, cascos, guantes, antiparras, sordinos. Si, se le entregaban los elementos de seguridad a todos los obreros..."

A fs. 422/423, declara la Sra. Fernanda Villalba, asesora de seguridad e higiene, quién manifestó: "...si me acuerdo que fue uno de los primeros accidentes de la obra, de lo que recuerdo de la investigación era con una maza chica, y estaba clavando un hierro, en la primera etapa se hacía todo el armado para la construcción del edificio, lo que recuerdo del accidente fue por una mala maniobra del obrero (Rinaldi), en la primer etapa de la obra las herramientas eran nuevas, no había problemas de la maza en sí, tenía los



elementos golpeaba y le erró al hierro..." "...las mazas eran nuevas porque recién comenzaba la obra, se utilizaban mazas chicas de dos kilos y medio" "...si fueron entregados al señor Rinaldi apenas ingresa a la obra, para ingresar a la obra debe contar con estos elementos: casco, gafas de seguridad, guantes, botines, y ropa de trabajo..." Asimismo, manifestó que el accidente fue: "...por mala maniobra y descuido del señor Rinaldi...".

De los testimonios transcritos, se desprende que las herramientas que se utilizaron en la obra en cuestión eran nuevas y que al producirse el accidente, el Sr. Rinaldi contaba con los elementos de seguridad pertinentes (botines, casco, guantes de mano). Por lo tanto, y en función de estas declaraciones, la culpa del accidente habría sido del propio Julio Domingo Rinaldi, quién por una distracción o por un mal manejo de la maza, se habría lesionado su muñeca izquierda.

Sin embargo, y sin perjuicio de los testimonios precedentemente descriptos, también obran en autos otras declaraciones testimoniales; así a fs. 408/409 lo hace el Sr. Carlos Martín Rivarola, quien con respecto al accidente manifestó: "...si tuvo Rinaldi un accidente. Armando caballetes que le dio la empresa, nosotros teníamos que armarlos. Clavando un fierro con una maza fue el accidente. Lo sé porque trabajé para Riva. Estaba clavando un fierro en la tierra para armar caballetes..." "...La maza estaba mal, herramientas malas directamente. Una herramienta nueva es nueva, a esas herramientas ya no se les puede dar uso. Son viejas, los mangos mal, redondeadas las puntas. Habían herramientas, pero no todas buenas. Las herramientas que Rinaldi usaba era vieja, las puntas redondeadas, los mangos giraban. Los se porque trabaje para Riva. El estado de la maza era malo. Herramientas viejas. En lo que respecta a los elementos de seguridad, mencionó: "...Cascos y botines. Después la camisa que decía RIVA atrás, ropa de grafa por



supuesto..." En cuanto a si la empresa entregaba algún otro elemento de seguridad específico en función de la tarea que realizaban los obreros dijo: "No, laborábamos sin los anteojos en la mola, no te entregaban nada directamente. Lo se porque labore para Riva." Al preguntársele al testigo en donde estaba él cuando ocurre el accidente, dijo: "...Laborando en la cárcel para arriba, a cinco seis metros estaba él, cuando escuche el grito por supuesto...".

A su turno, a fs. 294 y vta., declaró el Sr. Roberto Oscar Morales, compañero de trabajo del actor, "...se golpeó la mano con la maza, estaba clavando un hierro para armar caballetes". "Tenía una maza y un hierro del 8 que estaba clavando, una maza de 4 kilos, 5". Sobre las condiciones generales de las herramientas, dijo: "Eran malas porque estaba medida suelta la maza y media redondeada, tenía un tiempo de uso se ve. Lo se porque yo la estuve usando". Detalla que al momento en que se produce el accidente, refiriéndose al actor, expuso: "El pegó un grito y se agarraba la muñeca. Se le escapó la maza, falló la maza y se pegó en la mano. Le pegó al hierro y donde estaba redondeada se ve que la maza patinó en el hierro y la maza el pegó en la muñeca...". En relación a los elementos de seguridad: "Si nos entregaban casco, botines, camisa, pantalón y los guantes...Por ahí entregaban arneses, no a todos porque no tenían los suficientes, y para la amoladora ni gafas tenían. **Para el trabajo que estaba haciendo Rinaldi al momento del accidente se ponen unas manoplas que tienen un agujero y entran en el hierro, se pone la mano abajo y se pone un protector redondo arriba, y eso evita que si le erras al hierro no te pegues en la mano, y eso no lo tenían ahí...**". (el resaltado me pertenece).

A fs. 418/419 y vta., el Sr. Marín Marilao Cristian, manifestó: "...Rinaldi se accidentó poniendo unas estacas de hierro del ocho, las cuales teníamos que armar unos



caballetes ahí...Lo se porque yo también estaba trabajando a cinco metros de él más o menos. El estaba clavando unas estacas de hierro del ocho, con una maza. Era una maza grande que estaba bastante en malas condiciones, tampoco tenía un protector de goma que protege la mano directamente del que esta trabajando. Eso no existía. Mientras estaba laburando en varias oportunidades casi se pego en la mano con la misma maza y bueno en un momento por ser tan duro el suelo se le resbaló la maza del fierro donde le estaba pegando con la maza, se le resbaló y se pegó en la mano..." "...Las herramientas eran viejas. Y había pocas también para tanto personal. La maza no estaba parejita o nueva como tienen que estar para trabajar, estaba astillada, muy desgastada en las puntas, entonces no se podía trabajar bien con esa herramienta. Incluso había muchas herramientas que estaban arregladas, le habían soldado un fierro cuando ya no tenían mango directamente. Lo sé porque trabajé con las herramientas esas también..." "...Era una maza de cinco kilos aproximadamente, con mango de madera, muy desgastado el fierro, todo astillado en la punta. La punta de la maza esta astillada por el desgaste que tiene, por tanto trabajo, no tiene cuadrada entonces no es segura para trabajar. Bajo esas condiciones tiene posibilidades de resbalarse siempre. Si estuviera cuadrado no se escapa la maza cuando uno esta golpeando. Lo se porque yo las vi a las herramientas ahí y porque yo también trabajaba con esas herramientas..." "...El dueño de la maza es la empresa Riva" "...Los elementos de seguridad eran muy básicos, como los zapatos de punta de fierro, un casco, guantes que te deban cada una semana nomás, se rompían antes tenías que esperar una semana para que te den otros, arneses eran pocos, no eran muchos, a los que trabajaban en altura les faltaban porque no había para todos. En el caso este protector de goma no existía nunca, por lo menos se hubiera salvado la mano del compañero". En cuanto a la existencia de algún otro antecedente de



accidentes en la empresa expuso: "Yo me enteré de dos accidentes más, aparte del de Rinaldi. Uno era Arjona, que se cayó de una loza...y el otro también se golpeo con una maza en la mano..." "...Las herramientas jamás se tiraban, las defectuosas o las que no servían no las tiraban nunca, tampoco incorporaban herramientas nuevas, era muy poco si incorporaban alguna vez. Las herramientas defectuosas se seguían utilizando, no las sacaban..."-.

Contrariamente a las consideraciones expresadas por los Sres. Rojas, Salazar Centurión y Villaba, de los testimonios transcriptos precedentemente se desprende que la herramienta utilizada por el actor, consistente en una maza, no se encontraba en óptimas condiciones, sino que la punta estaba redondeada. Además, surge que la empresa no brindaba todos los elementos de seguridad laboral necesarios para evitar accidentes o minimizar las lesiones que se pudieran producir en este tipo particular de actividad.

Resalto, que un elemento de suma importancia a tener en cuenta por la índole de la lesión sufrida y el tipo de trabajo realizado por el señor Rinaldi al momento del siniestro, es la falta de provisión de **manoplas que tienen un agujero y entran en el hierro con un protector redondo en la parte de arriba de donde calza la mano.**

En tal sentido, debo traer a colación lo expuesto por el perito Ingeniero Pedro Lucas Filippi a fs. 381, donde al contestar el pedido de explicaciones de la parte actora, en cuanto a los elementos específicos de seguridad expresó: "De ser viable colocar algún elemento que cubra la superficie de la estaca de hierro a clavar que disminuya la vibración transmitida por el golpe al cuerpo humano (manguito de goma de un diámetro mayor de la estaca a clavar, de una goma lo suficientemente ancha y elástica de aproximadamente 1 a 2 centímetros de espesor...".



Y sobre dicho elemento de seguridad, cabe traer a colación la declaración del testigo, Martin Marilao Christian (fs. 419) de donde se desprende que si bien la empresa proveía de ciertos elementos de seguridad, los mismos eran escasos y que la demandada no proveía el protector de goma (maguito de goma, como refiere la pericia) para realizar la tarea específica que desarrollaba el actor en oportunidad de sufrir el accidente.

En lo que respecta a la herramienta utilizada "maza", los testigos coincidieron que no estaba en óptimas condiciones. Así, del testimonio del Sr. Rivarola se extrae que la herramienta utilizada por Rinaldi era vieja, tenía la punta redondeada y el mango giraba. De los dichos del Sr. Roberto Oscar Morales, surge, que la maza estaba en malas condiciones, estaba media suelta, y tenía la punta redondeada. Y el Sr. Marin Marilao Cristian, señaló que la maza utilizada por el actor era una maza grande que estaba en malas condiciones.

Teniendo en cuenta la prueba testimonial aportada por la actora, considero que los testimonios sobre los cuales se basa la parte recurrente para cuestionar la decisión, carecen de la entidad necesaria y suficiente para tener por acreditada la eximente y para desvirtuar la motivación de lo resuelto en la instancia anterior.

Cabe recordar que la eficacia probatoria de la prueba testimonial debe ser efectuada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones; influyen así las disposiciones afectivas, la razón de ser de su conocimiento, el interés en el asunto, la coherencia, etc.

Desde esta perspectiva y aún dejando de lado que los testigos mencionados en la apelación se desempeñan en relación de dependencia con la demandada, lo que de por sí



determina que sus dichos deban meritarse con mayor estrictez, a fin de desechar posibles intenciones de favorecerla, lo cierto es que tales declaraciones no pueden ser considerados para probar certeramente la mecánica del hecho o las circunstancias que lo rodearon, en tanto y en cuanto los testigos mencionados no estuvieron presentes al momento de producirse el accidente.

En síntesis: los dichos de los testigos sobre los cuales se afianza el cuestionamiento de la demandada recurrente no logran contrarrestar las conclusiones de la magistrada de grado, y, establecido el carácter riesgoso de la cosa/actividad, que además responde a las circunstancias que rodearon al accidente, no encuentro razones suficientes para revocar la decisión en este punto, presentándose la misma como una derivación razonada del derecho vigente en orden a las constancias probatorias reunidas en la causa.

En definitiva, al encontrarse debidamente demostrada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la empresa demandada no ha logrado probar la culpa del actor en la producción del siniestro, ello en función de que precisamente éste ha demostrado -a través de la prueba analizada (principalmente con las testimoniales rendidas)- las malas condiciones en que se encontraba la maza con la que trabajaba, como así la falta de elementos de seguridad para su empleo seguro (mango de goma), situación ésta que torna operativa la responsabilidad de la firma en el accidente sufrido por el operario en ocasión y con motivo de cumplir tareas en la obra llevada a cabo en la localidad de Senillosa.

En función de todo lo hasta aquí expuesto, propiciaré al Acuerdo el rechazo de este agravio.

Resta ahora analizar el cuestionamiento relativo al rubro indemnizatorio, y finalmente el referido a la responsabilidad de la citada en garantía.



En relación a las consideraciones expresadas por la Jueza a quo sobre la pérdida de la chance, como un elemento más para justipreciar la indemnización otorgada en concepto de incapacidad física, debo afirmar que al no probarse clara y concretamente la misma, ello no impide valorar ciertas circunstancias relacionadas a ese rubro, pues si bien resultan insuficientes para otorgar una indemnización en forma autónoma, pueden ponderarse en oportunidad de determinar el quantum correspondiente al daño físico sufrido por el trabajador, a raíz de un accidente.

Advierto, que este agravio podría haber tenido relevancia si a pesar de no contar con prueba acabada de la "pérdida de la chance", de todas maneras, se hubiera hecho lugar a una indemnización autónoma por dicho rubro, pero no es el caso, pues aquí, solo se tuvo en cuenta la frustración de ganancias o posibilidades laborales o de cualquier otro tipo (deportivas), como un elemento más para justipreciar el importe otorgado por la incapacidad física padecida.

Máxime cuando con la pericial médica de fs. 479/482 y vta., se acreditó que ha raíz del accidente el actor presentó politraumatismo con traumatismo en muñeca izquierda, lo cual en función del baremo detallado por el galeno, determinó una incapacidad del 14,5%.

En base al grado de incapacidad del accionante, edad al momento del siniestro, como así la actividad que desplegaba antes del accidente, no resulta ilógico pensar que sus posibilidades laborales -en función de la incapacidad padecida- en alguna medida se han visto mermadas por tal acontecimiento.

En el caso particular, no se indemniza la pérdida de la chance, sino que para determinar el quantum indemnizatorio por la incapacidad física probada, se tiene en cuenta, como una pauta más, la repercusión que a nivel de



chance u oportunidades han mermado como consecuencia de las secuelas del accidente objeto de autos.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "En lo que hace a la reparación del daño sufrido como consecuencia de un accidente de trabajo, si el reclamo tiene como fundamento el art. 1113 de la ley civil, la incapacidad laboral solamente constituye una referencia a ponderar junto con otros elementos de acuerdo con el criterio fijado por la CSJN en los casos "Aquino" y "Arostegui". La determinación de la cuantía del resarcimiento debe efectuarse en procura de una comprensión plena del ser humano y su integridad física psíquica, tomando en cuenta que el valor vital de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre los criterios exclusivamente materiales, las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres, y la determinación de la incapacidad se ensambla con las consecuencias presumibles para la víctima en lo individual y social. En este tipo de reclamo también se incluye al daño moral (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. - Sala: Sala VI - Mag.: Craig-Fernández Madrid - Tipo de Sentencia: SD - N° Sent.: 63400 - Fecha: 27/10/2011 - Nro. Exp.: 16184/07).

En consecuencia, interpreto que corresponde rechazar el presente agravio, y confirmar el monto indemnizatorio fijado por la a quo en concepto incapacidad física.

En orden a la queja por la eximición de responsabilidad de la ART, refiere la recurrente que si se atribuyó responsabilidad a su parte en el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene, no se podía eximir de la misma a Liberty, al no haberse demostrado que ésta llevara a cabo controles y, por lo tanto, si no ha cumplido con las obligaciones legales en el campo de la prevención, debe ser



responsabilizada con fundamento en las disposiciones de los artículos 512, 902, 1109 y 1074 del Código Civil.

Bajo el prisma señalado, entiendo que no le asiste razón, por tanto, su planteo no puede prosperar.

A tal fin, debo traer a colación el claro y preciso lineamiento expresado por la CSJN en la causa "Llosco", en donde en lo que resulta de interés en este aspecto nos dice: "...ninguna interdependencia o solidaridad del tipo mencionado existe entre los preceptos de los que se valió el actor para obtener de la aseguradora lo que le era debido por ésta, y el art. 39.1 que exime de responsabilidad civil al empleador. La LRT afirma la **responsabilidad de la aseguradora de riesgos por una reparación tarifada de la incapacidad permanente**, y niega la civil del empleador (con la salvedad de su art. 39, inc. 2, inaplicable en esta causa). En suma, impone un régimen indemnizatorio particular, que vincula al damnificado sólo con la aseguradora de riesgos, con arreglo a una regulación legal que resulta ajena al régimen civil, y el cual relaciona a aquél pero con el empleador. Nada impide, por ende, que la víctima logre de uno de los sujetos lo concedido y, para lo que interesa, pretenda, seguidamente, del otro lo negado, objetando constitucionalmente esto último. Las normas que rigen lo primero obran con independencia de las que regulan lo segundo; también ello ocurre en sentido inverso..." (cfr. Llosco, Raúl, Fallos 330:2696).-

Conforme a lo expuesto, los sistemas no son excluyentes entre sí y tal como también lo ha indicado el Máximo Tribunal Nacional "...se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que



éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales".

"En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidas 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 contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, 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 de su aseguramiento..." (cfr. Causa "Aquino", ya citada. El subrayado es propio).

En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia, en la causa "Concha Esparza" indicó: "...Que en el presente caso, si bien la Aseguradora no ha resultado demandada por la víctima, ha sido traída al proceso -como tercera- por el empleador para que responda hasta el límite de la cobertura contratada. Tal intervención procesal no mereció cuestionamiento de ninguna especie por parte del actor. Precisamente dicha petición -se reitera-, confinada al seguro contratado, lleva a inclinar la opinión a su favor.

De aceptarse que la A.R.T. no sea condenada, implicaría relevarla de reparar los perjuicios emergentes de un infortunio laboral, cuando éstos -al menos en parte- están comprendidos en el contrato de seguro de riesgos del trabajo.



En otros términos, se llegaría a aceptar su incumplimiento contractual.

Al mismo tiempo, conllevaría el desobligarla del cumplimiento de las prestaciones que le han sido impuestas legalmente. Cuadra recordar que el régimen legal especial la emplaza como responsable directa.

Por ende, si del contrato que la une con el empleador, como también de la Ley 24.557, que la obliga legalmente, derivan las contingencias por las que debe responder, no hay razones para liberar a la Aseguradora del deber de resarcir cuando ocurre el evento asegurado.

9) Que, en esa línea argumental cabe repetir que si las prestaciones comprometidas por la A.R.T., según le fueran impuestas por la L.R.T. o el contrato de afiliación, están destinadas a resarcir, al menos de modo parcial, los daños concretamente reclamados por el trabajador, y dentro de éstos se abarcan perjuicios comprendidos en el sistema legal especial o en el contrato de seguro, no hay motivo para que el obligado no deba cumplir con su deber de repararlos, al menos como aquí se pretende, en la extensión del débito que contractual o legalmente le resulta exigible.

En otros términos: si la indemnización pretendida por la víctima abarca daños cuyo resarcimiento la A.R.T. está obligada a prestar -legal o contractualmente- en nada modifica su situación la normativa que resulte aplicable a la pretensión, siempre y cuando se cumplan los extremos fijados en el régimen legal específico que las regula y no se la condene más allá de lo que éste y el contrato la obliga..."

Aclara, más adelante: "...queda salvaguardado el derecho de defensa tanto de la aseguradora citada como del actor.

Ello así, respecto de la primera, por un doble orden de motivos. Por un lado, pues ha tenido oportunidad de controvertir los extremos exigidos por la Ley 24.557 para ser



responsabilizada, y no lo ha hecho. Más aún: ha reconocido haberle brindado al actor ciertas prestaciones y, a la par, ha defendido la validez constitucional del sistema. Por el otro, porque la condena queda ceñida al cumplimiento de las consecuencias previstas específicamente por el régimen legal que la rige..."

En función de los lineamientos anteriormente esbozados, el agravio de la demandada en relación a este punto no puede ser receptado favorablemente, máxime cuando ha quedado firme y consentido en autos, que las prestaciones indemnizatorias derivadas del régimen de la LRT han sido cumplidas por la ART y, por lo tanto su responsabilidad se encuentra agotada.

Por otra parte, desde un punto de vista procesal, la ART no ha sido demandada en autos, sino que su llamamiento al proceso se produce a través de la citación efectuada por la empleadora demandada, quien requiere a fs. 86 vta. que: "como el actor se encontraba asegurado por ante la compañía de Seguros LIBERTY ART S.A., su intervención en la presente causa conforme el art. 117 de la ley de Seguros".

Ahora bien, si el agravio y la petición recursiva consistiera en que la ART no ha dado cumplimiento pleno a su responsabilidad sistémica y que, por ende, debía ser condenada en los términos del contrato de seguro (del aseguramiento), tal pretensión hubiera prosperado, por aplicación de la doctrina del TSJ en la causa "Concha Esparza" la cual, a su vez, abreva en la doctrina de la CSJN sentada a partir de la causa "Aquino".

Sin embargo, advierto que, la demandada solicita que se la condene con fundamento en el Código Civil (extra sistémicamente) con fundamento en los artículos 512, 902, 1109 y 1074. Y esta pretensión no fue deducida en la instancia de origen y, por lo tanto, no puede ser receptada por esta Alzada, so pena de incurrir en una vulneración del principio



de congruencia y de cercenar la garantía del debido proceso y la defensa en juicio.

Traídos estos conceptos al caso analizado, debo señalar que, sin desconocer lo resuelto por la CSJN en la causa "Torrillo" (entre otras), para que la aseguradora de riesgos pueda ser condenada en los términos del Código Civil, debe ser demandada en *esos términos* y acreditarse los presupuestos previstos en el artículo 1074 (supuesto que, además, no es asimilable al de la responsabilidad objetiva del empleador, de ser aplicable el anterior artículo 1.113).

En este caso, insisto, la ART no ha sido demandada con fundamento en el ex 1074 del C.C., el debate no ha girado en torno a sus presupuestos y, por lo tanto, no puede ser condenada en ese contexto.

IV.- Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación articulado por la demandada a fs. 597, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a su cargo, debiéndose regular los honorarios de esta Alzada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

La Dra. Pamphile, dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega.

En punto a la responsabilidad, enmarcado el supuesto en los términos del art. 1113 del Código Civil y habiéndose alegado como defensa la eximente de "culpa de la víctima" era carga de la demandada la acreditación de configuración en forma contundente.

Es que el artículo 1113 del Código Civil, derecho vigente al momento y, por ende, aplicable en el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente



acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

Afirmo esto porque al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido: de ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente (cfr. C.S.J.N. FALLOS: 324:2666, citado en ACUERDO 57/06, del registro de la Secretaría Civil del TSJ).

Y esto no podría ser de otra manera, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de responsabilidad: la acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el final del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia (cfr. SCJBA, 16-2-2000, Brian de Chistriansen, Silvia c/GOzzi, Hernando" LLBA 2000-850).

Desde esta perspectiva, el análisis efectuado en la instancia de grado se presenta correcto, lo cual unido a las consideraciones que efectúa mi colega, determinan el rechazo del agravio.

2. En cuanto a la queja relativa a la falta de condena de la Asegurado de Riegos, debo también coincidir con el desarrollo efectuado por el Dr. Ghisini, en orden a la posición que mantuviera, entre otros, en autos "NAVARRETE HUGO A. c/RIVA S.A. LUCIANO S.A. UTE s/DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte.Nº343.739/06), de la Sala I, que integro.

Allí sostuve:

"Ahora bien, la circunstancia de que el empleador sea responsable en los términos del Código Civil no desobliga automáticamente a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

Como se ha señalado precedentemente, los sistemas no son excluyentes entre sí y tal como también lo ha indicado



el Máximo Tribunal Nacional "...se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.

En segundo término, 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 contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, 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 de su aseguramiento..." (cfr. Causa "Aquino", ya citada. El subrayado es propio).

En esta línea, el TSJ, en la causa "Concha Esparza" indicó:

"...Que en el presente caso, si bien la Aseguradora no ha resultado demandada por la víctima, ha sido traída al proceso -como tercera- por el empleador para que responda hasta el límite de la cobertura contratada. Tal



intervención procesal no mereció cuestionamiento de ninguna especie por parte del actor. Precisamente dicha petición -se reitera-, confinada al seguro contratado, lleva a inclinar la opinión a su favor.

De aceptarse que la A.R.T. no sea condenada, implicaría relevarla de reparar los perjuicios emergentes de un infortunio laboral, cuando éstos -al menos en parte- están comprendidos en el contrato de seguro de riesgos del trabajo. En otros términos, se llegaría a aceptar su incumplimiento contractual.

Al mismo tiempo, conllevaría el desobligarla del cumplimiento de las prestaciones que le han sido impuestas legalmente. Cuadra recordar que el régimen legal especial la emplaza como responsable directa.

Por ende, si del contrato que la une con el empleador, como también de la Ley 24.557, que la obliga legalmente, derivan las contingencias por las que debe responder, no hay razones para liberar a la Aseguradora del deber de resarcir cuando ocurre el evento asegurado.

9) Que, en esa línea argumental cabe repetir que si las prestaciones comprometidas por la A.R.T., según le fueran impuestas por la L.R.T. o el contrato de afiliación, están destinadas a resarcir, al menos de modo parcial, los daños concretamente reclamados por el trabajador, y dentro de éstos se abarcan perjuicios comprendidos en el sistema legal especial o en el contrato de seguro, no hay motivo para que el obligado no deba cumplir con su deber de repararlos, al menos como aquí se pretende, en la extensión del débito que contractual o legalmente le resulta exigible.

En otros términos: si la indemnización pretendida por la víctima abarca daños cuyo resarcimiento la A.R.T. está obligada a prestar -legal o contractualmente- en nada modifica su situación la normativa que resulte aplicable a la pretensión, siempre y cuando se cumplan los extremos fijados



en el régimen legal específico que las regula y no se la condene más allá de lo que éste y el contrato la obliga..."

Aclara, más adelante: "...queda salvaguardado el derecho de defensa tanto de la aseguradora citada como del actor.

Ello así, respecto de la primera, por un doble orden de motivos. Por un lado, pues ha tenido oportunidad de controvertir los extremos exigidos por la Ley 24.557 para ser responsabilizada, y no lo ha hecho. Más aún: ha reconocido haberle brindado al actor ciertas prestaciones y, a la par, ha defendido la validez constitucional del sistema. Por el otro, porque la condena queda ceñida al cumplimiento de las consecuencias previstas específicamente por el régimen legal que la rige..."

He aquí, justamente, el punto de inflexión que determina que el agravio no pueda ser receptado, cobrando relevancia fundamental la circunstancia de que no se encuentra recurrida la decisión de la magistrada con relación a que las prestaciones indemnizatorias derivadas del régimen de la LRT han sido cumplidas por la ART y, por lo tanto, desde este vértice su responsabilidad está agotada.

VII.3. Como ya se ha señalado, en autos la ART no ha sido demandada sino que su llamamiento a proceso se produce a través de la citación efectuada por la empleadora demandada: requiere a fs. 63 vta. que "como el actor se encontraba asegurado por ante la compañía de Seguros MAPFRE ART solicito expresamente su intervención en la presente causa conforme art. 117 de la ley de Seguros".

Si el agravio y la petición recursiva consistiera en que la ART no ha dado cumplimiento pleno a su responsabilidad sistémica y que, por ende, fuera condenada en los términos del contrato de seguro (del aseguramiento), tal pretensión hubiera prosperado, por aplicación de la doctrina del TSJ en la causa "Concha Esparza" la cual, a su vez,



abreva en la doctrina de la CSJN sentada a partir de la causa "Aquino".

Sin embargo, la demandada solicita que se la condene con fundamento en el Código Civil (extrasistémicamente) con fundamento en los artículos 512, 902, 1109 y 1074. Y esta pretensión no fue deducida en la instancia de origen y, por lo tanto, no puede ser receptada por esta Alzada, so pena de incurrir en una vulneración del principio de congruencia y de cercenar la garantía del debido proceso y defensa en juicio.

Es que, como indica Livellara: "En salvaguarda del debido proceso y de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), en materia procesal se ha ido desarrollado el principio de congruencia, que requiere una real correspondencia entre la sentencia y lo peticionado o planteado por las partes. Para Palacio y Alvarado Velloso el mencionado principio procesal "exige la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado o en los escritos presentados por cualquiera de las partes con motivo de algún incidente suscitado durante el curso del proceso".

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha remarcado la necesidad que "exista una plena conformidad entre lo pretendido y resistido por un lado, y lo sentenciado por el otro. Así, –se puntualiza– toda sentencia debe contener una rigurosa adecuación a los sujetos, objeto y causa que individualizan la pretensión y la oposición" (*thema decidendum*) y la Sala II de la Corte de Mendoza, también ha puesto de manifiesto que "la congruencia exige que la sentencia no se expida en más de lo requerido por las partes; que no contenga menos de lo pretendido por ellas, y también que no otorgue o niegue algo distinto de lo reclamado. Concretamente, debe necesariamente existir una correlatividad



entre lo peticionado y lo resuelto en el fallo" y que "la congruencia descansa en todos los principios que informan el proceso y que configura una doble garantía: por un lado, establece las reglas a las que debe someterse el juez evitando su arbitrariedad y asegurando su imparcialidad y, por el otro, supone seguridad para los litigantes desde que éstos saben de qué defenderse".

Como queda dicho, este principio procesal encuentra su fundamento o razón de ser en la propia garantía constitucional de la defensa en juicio, según la cual nadie puede ser condenado o vencido en juicio sin ser oído previamente (art. 18 C.N.). Evidentemente, esta garantía se ve vulnerada cuando se condena a algo no pedido o se absuelve de pretensiones no invocadas.

Por ello, se considera como una de las garantías del debido proceso al límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho, de manera que las partes no hayan podido ejercer su plena y oportuna defensa..." (cfr. Livellara, Carlos Alberto, "La Corte de Mendoza delimita la facultad del juez laboral al calificar la acción en materia de riesgos del trabajo", publicado en: DT 2006 (marzo), 303).

Traídos estos conceptos al caso analizado, debo señalar que, sin desconocer lo resuelto por la CSJN en la causa "Torrillo" (entre otras), para que la aseguradora de riesgos pueda ser condenada en los términos del Código Civil, debe ser demandada en esos términos y acreditarse los presupuestos previstos en el artículo 1074 (supuesto que, además, no es asimilable al de la responsabilidad objetiva del empleador, de ser aplicable el artículo 1113).

En este caso, insisto, la ART no ha sido demandada con fundamento en el 1074 del C.C., el debate no ha girado en torno a sus presupuestos y, por lo tanto, no podría ser condenada en ese contexto..."



Traídos estas consideraciones al caso analizado, los agravios vertidos se circunscriben a cuestionar que no se haya condenado a la ART, por el incumplimiento de los deberes de control en materia de seguridad e higiene, pero nada se alega en relación al incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la LRT.

En orden a ello, como adelantara, debo adherir a las consideraciones efectuadas por mi colega.

Con estas consideraciones, emito mi voto en igual sentido. **MI VOTO.**

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 580/593, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17 Ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dra. Cecilia Pamphile
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA