



NEUQUEN, 12 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ABELLO MENDEZ FIDEL DONATO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"**, (Expte. N° **416735/2010**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- La sentencia de fs. 2354/2371 hace lugar a la demanda y, en consecuencia, condena a **SERVICIOS PETROLEROS URIBE S.A.**, **QBE ARGENTINA ART S.A.**, y a **FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A.** a abonar la suma de \$212.814 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por todas las partes.

II.- **Agravios de QBE Aseguradora de riesgos de trabajo ART SA de fs. 2397/2403.**

Sostiene en primer término que se ha establecido la responsabilidad solidaria de ambas aseguradoras de riesgos, siendo ello improcedente ya que las pólizas son consecutivas y no coexistentes, debiéndose tener en cuenta que el empleador solo puede estar asegurado en una.

Así dice que al emitirse el primer dictamen de la comisión médica el 1/12/08 la póliza que lo vinculaba al empleador ya había sido rescindida, por lo que ninguna posibilidad tenía de verificar si la empleadora cumplía con sus obligaciones.

El segundo agravio se refiere a la cuantificación del daño, señalándose que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de riesgos y que el cálculo del



salario que correspondía era de \$3.446,24 según la pericial contable y no los \$4.500 indicados por la sentenciante.

Asimismo, destaca que no se tuvo en cuenta el pago realizado y que se encuentra reconocido.

El tercer agravio cuestiona el carácter solidario de la obligación al pago que pareciera surgir de la sentencia ya que no hay comunidad de causa fuente y que, por lo tanto, estamos en presencia de una obligación concurrente o conexas.

El cuarto agravio alude a que se computen los intereses en la base regulatoria y, por último, que las costas superan el porcentaje permitido por la ley 20.744 en su artículo 277.

III.- Agravios de la actora de fs. 2.404/2.407.

Comienza por señalar las pautas legales en base a las cuales la indemnización debe reparar en forma justa los daños causados, para concretar luego en cuestionar el salario tomado en cuenta por la jueza.

Así, dice que el sueldo que percibió con anterioridad a la manifestación invalidante era de \$8.343,99 (agosto de 2.009), que incluso el promedio del período 2.008 era superior conforme resulta de la pericial contable y que obra a fs. 1.901.

Agrega que el IBM que determinó el perito en función de la ley de riesgos ascendió a \$6.604,83, por lo cual, se ha producido un apartamiento de las constancias de la causa.

Alude luego a la incapacidad psicológica y psiquiátrica, y así señala que el trabajador se jubiló por invalidez por incapacidad absoluta ocasionada por la sordera total y el desorden psiquiátrico provocada por ella, por lo que



la distinción que se formula en la sentencia resulta irrelevante.

Sustenta sus afirmaciones en la pericial psicológica de fs. 1666/, ya que el perito señala que la afección psicológica tiene origen en la pérdida auditiva.

En el mismo sentido se expide el dictamen de fs. 932/934 y el de fs. 1127/1129, así como el informe producido por tres médicos designados por la empleadora y que obra a fs. 385/386, entre otros elementos probatorios.

Concluye que a los efectos del cómputo de la incapacidad debe tenerse en cuenta la incapacidad psicológica del 40% y que sumadas ambas son superiores al 66%, por lo que la incapacidad debe ser fijada en el 100%.

IV.- Agravios de la demandada Servicios Petroleros Uribe SA de fs. 2408/2417.

El primer agravio se refiere a que la jueza no se pronunció en relación a la existencia de petición inexcusable, por lo que pide un pronunciamiento al respecto.

El segundo alude a que la edad jubilatoria es determinada por el artículo 1 de la ley 20.740 en consideración a la atención que la conducción conlleva y el desgaste propio de la edad, por lo cual, no existió reconocimiento de actividad riesgosa como se afirma en la sentencia.

El tercero es porque en la sentencia se confunde audífonos con protectores auditivos y que hizo entrega de los segundos, y su falta de uso es culpa del actor dado que negó su entrega.

El cuarto agravio se refiere a que no está facultada a entregar audífonos, toda vez que deben ser prescriptos por un médico.



El quinto agravio está encaminado a demostrar que el nexo causal se encuentra interrumpido en virtud del accionar del propio actor, ya que la empresa cumplió con su deber de seguridad.

El sexto agravio se basa en señalar que la actividad del actor radicaba en ser chofer y que el tiempo sometido a ruidos basado en las testimoniales y lo consignado por el perito en seguridad no superaba las 4 horas.

El séptimo consiste en que los protectores auditivos poseen una durabilidad de diez años y reposición de repuestos en forma anual de ser necesario, lo cual resulta del informe técnico y la pericia.

El octavo agravio alude a que cumplió con sus obligaciones contractuales, tal como resulta de la documental que cita.

El noveno agravio solicita que se descuenten las sumas percibidas por el actor por un total de \$54.396.

El décimo agravio consiste en afirmar que las dolencias del actor son simuladas y que tuvo un juicio previo contra su ex empleador.

Finalmente, alude a las constancias del beneficio de litigar sin gastos que demuestran la existencia de otros trabajos por parte del actor y cita jurisprudencia en abono de su postura.

V.- Agravios de la aseguradora Federación Patronal Seguros SA de fs. 2418/2424.

En primer lugar, cuestiona la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de riesgos, toda vez que la jueza no ha confrontado los sistemas resarcitorios.



En segundo término afirma que ha sido condenada por no denunciar ante la Superintendencia de seguros de la Nación, y al respecto afirma que no tiene ningún deber de información ni de denuncia con relación a dicho ente, quien además carece de potestad de contralor.

Añade además que cumplió con las obligaciones a su cargo conforme resulta de los propios términos de la sentencia.

El tercer agravio se dirige a cuestionar el monto fijado en concepto de incapacidad y a requerir que se descuenta lo percibido por el actor de la otra aseguradora de riesgos.

Objeta la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses, ya que la primera manifestación invalidante no puede confundirse con la fecha de consolidación máxime si se trata de una enfermedad profesional.

Por último, cuestiona que las costas superan el 33% del juicio.

VI.- Tal como resulta de los términos de la demanda, a los que cabe remitirse a fin de respetar el principio de congruencia, el actor señala que se desempeñó para la empleadora a partir del mes de febrero de 1.996 manejando un camión güincherero que producía ruidos superiores a 92db medidos en el escape y de más de 100 decibeles en la cabina. y que hasta el año 2.005 trabajaba entre 18 y 22 horas por día pero que luego de ese año la jornada laboral se redujo a 12 horas de lunes a sábado.

Afirma que ni la empresa ni las aseguradoras efectuaron controles con respecto al ambiente laboral, ni tomaron medidas para morigerar las condiciones de trabajo.



Es así que en julio del 2.008 la comisión médica regional dictaminó hipoacusia inducida por ruido, asignándole una incapacidad del 18,45% y considerándola como enfermedad profesional.

Agrega que el 13 de enero del 2.009 la ART Federación realizó un examen físico en el que detectó la dolencia, pero no se le adecuaron las tareas ni se le dieron elementos de seguridad.

Luego de reseñar los padecimientos que habría sufrido, indica que la comisión médica le fijó una incapacidad del 11,7% acumulativa a la anterior abonándole la suma de \$21.186 por el artículo 14 de la Ley de riesgos.

Indica que la responsabilidad civil de la empresa y las ART derivan de que ingresó a trabajar en perfectas condiciones y que la incapacidad auditiva se ocasionó por los ruidos excesivos y prolongados del trajo y que no se controló el ambiente, no se le realizaron exámenes periódicos, no se le brindó capacitación, ni se le otorgaron elementos de seguridad.

Añade que la empresa no cumplió con el deber de seguridad y ello fue causa eficiente del daño.

Asimismo, encuadra la responsabilidad de la empleadora en la responsabilidad contractual de la violación del deber de seguridad previsto por el artículo 75 de la Ley de contrato de trabajo, se encuadra la acción en la esfera de responsabilidad extra contractual por violación del deber genérico de no causar daño prevista por el artículo 1.109 del Código Civil.

VII.- Tal como surge de los términos de la sentencia la jueza considera que la empleadora es responsable civilmente, con fundamento tanto en lo dispuesto por el



artículo 1.113 del Código Civil como en la responsabilidad derivada del artículo 1.074 del igual norma.

En relación al primer punto, sustenta su postura en que el actor trabajaba en un ambiente ruidoso y que existe nexo causal entre el ruido y la hipoacusia que padece, sin que la accionada hubiera acreditado la culpa de la víctima.

En relación a lo segundo la sentenciante parte de la base de la existencia del ambiente ruidoso y que aún en el supuesto de que le hubieran entregado protectores auditivos, dada la existencia de una disminución en la audición debió ser trasladado a otro ámbito, lo que no se efectuó.

Si bien se reconoce la existencia de capacitaciones y exámenes periódicos, señala que se acreditan a partir del año 2.005, entiende que existieron omisiones tanto de la empleadora como de las aseguradoras que justifican su responsabilidad en los términos del artículo 1.074 del Código citado.

En cuanto a las aseguradoras de riesgos, indica que su responsabilidad deriva de no haber efectuado la correspondiente denuncia a la superintendencia de seguros de la nación.

VIII.- Luego de la reseña realizada en los puntos que antecede, entiendo pertinente analizar los agravios vertidos por la ex empleadora dado que de su procedencia dependen los agravios de las aseguradoras y, finalmente, los vertidos por el actor.

Así, se advierte que la empleadora en momento alguno cuestionó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de riesgos que le impedía al actor recurrir a la vía civil para reparar los perjuicios que se le ocasionaron.



En tales condiciones y sin perjuicio de lo que manifiesta al respecto la aseguradora "Federación Patronal", entiendo que ello ha quedado firme.

De todas maneras y nuevamente sin perjuicio del agravio antes aludido, cabe señalar que sobre el tema hemos dicho en el precedente mencionado por la jueza:

Primeramente, y como sostuviera el Dr. Federico Gigena Basombrío -en voto al que la suscripta adhiriera- "cabe efectuar una digresión que resultará de utilidad en el tratamiento del resto de los agravios y que se refiere a los modos de acceder a la acción civil cuando la letra del artículo 39 de la mencionada ley lo impide expresamente.

Pues bien, existen dos caminos, el primero es imputando dolo eventual al empleador, y el segundo es solicitar la declaración de inconstitucionalidad de ese artículo en cuanto admite la opción por la acción civil para ese único supuesto.

En este último sentido, la jurisprudencia ha ido evolucionando desde el inicio del sistema estableciéndose distintas pautas". (LEIVA JULIO CESAR CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD, 16/06/2001, Sala II)

En el caso de autos la actora reclama la indemnización por la vía del derecho común solicitando la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley de Riesgos del Trabajo.

Al respecto esta Cámara ha dicho: "Digamos en primer lugar que el criterio de esta Cámara fue plasmado desde el primer momento en el de por sí relevante litigio "GOROSITO JUAN RAMON CONTRA RIVA S.A. Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS" (Ex. n° 415-CA-1.998), opinión que como es sabido fue dejada de lado por la anterior composición de la Corte Suprema,



declarando la validez constitucional del sistema creado por la ley 24.557 y particularmente de lo normado por el art.39."

"Sostuvo esta Cámara por ambas Salas siguiendo el voto de la Dra. Osti de Esquivel que: "La responsabilidad, tanto en la culpa leve como grave, no puede ser dispensada sin afectarse el principio de igualdad. Por otra parte, el principio general en materia de daños es el de la responsabilidad plena, porque la reparación no tiene carácter de pena sino de indemnización, no correspondiendo hacer diferencias respecto de la gravedad de la culpa en que incurrió el responsable ya que la indemnización no se mide por la culpa sino por el daño. Este principio se encuentra implícitamente incorporado en los arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1082, 1109 y 1113 del Código Civil. El límite de tal responsabilidad está dado por la relación de causalidad jurídica y no por la gravedad de la culpa, tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva. Si bien este principio general tiene excepciones contempladas en la ley, no deben de manera alguna vulnerar principios constitucionales, tal como se da en el caso del art.39º de la ley 24.557".

"Ahora bien, sin perjuicio de ello y a partir del dictado del fallo de la Corte en "Gorosito", esta Cámara adoptó un criterio distinto al que venía sosteniendo, por lo que entendió que era la doctrina del Máximo Tribunal, fundado en razones de economía procesal y de respeto a la investidura de la Corte Suprema, que obligaba a seguir su criterio.

Sin embargo, tal y como lo refiere el apelante, existen en la actualidad nuevas circunstancias que ameritan el reexamen de la cuestión, a raíz del fallo dictado por la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: "Aquino, Ignacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidente ley 9688, (A.2652. XXX-VIII- del 21 de septiembre de 2004).



Si en su momento, como lo señalamos, declaramos la improponibilidad de la demanda, rechazando los planteos de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 fundado exclusivamente en razones de economía procesal y respeto al Alto Tribunal, la nueva doctrina sentada por éste -en su actual composición- nos devuelve a la vieja senda que impulsáramos y adoptáramos inicialmente en la causa "Gorosito" y que hoy tiene más asidero que nunca.

La vigente decisión de la Corte en la causa "Aquino" no deja margen de dudas en cuanto establece en forma definitiva que la validez o invalidez constitucional de la normativa de la ley 24.557, recae para cada caso en el cotejo concreto entre la indemnización a la que accede el trabajador como consecuencia de la aplicación del sistema de riesgos del trabajo y la que tendría derecho a percibir en caso de sujetarnos a las normas de derecho común.

Resulta pertinente traer algunas de las consideraciones en que se sustentó la decisión en el caso "Aquino" para ver hasta qué punto no sólo se vuelve al criterio originario que sostuviéramos en la causa "Gorosito" sino que ello se ve enriquecido con el aporte de quien constituye la cabeza del Poder Judicial de la Nación.

Ha dicho la Corte que: "el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo.



Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres..."

Como lógica consecuencia de lo expuesto, el Máximo Tribunal también señaló que: "...la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el "daño moral". Más aún: la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable...no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (considerando 3ero. del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni)(VELAZQUEZ HORACIO EDGARDO CONTRA CEDICOM S.A.C.I.F.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, 07/04/2005, Sala I, Expte. N° 243906-CA-0, voto del Dr. Luis SILVA ZAMBRANO).

Como señalé, si bien puede aludirse a la comparación entre ambos sistemas, en el caso concreto de autos no encuentro controvertida la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de riesgos por parte de la demandada empleadora, por lo cual, dicha cuestión no resulta necesaria tratarla.

Siguiendo con los agravios vertidos por el apelante, entiendo que la situación debe analizarse dentro del supuesto previsto por el artículo 1.113 del Código Civil y ello tampoco ha merecido objeción por parte del apelante, toda vez que sus agravios se dirigen a imputarle culpa a la víctima por el daño ocasionado, por lo que está aceptando claramente la aplicación al caso del artículo 1.113 mencionado y la



relación de causalidad entre el daño y el riesgo de la cosa, en el caso, el ruido ocasionado por el camión manejado por el actor mientras duró la relación laboral ya que, recordemos, era el chofer de uno de ellos.

Así en el fallo citado se dijo:

Al respecto cabe señalar que al establecer el art. 1113 la atribución objetiva por los daños causados por el riesgo o vicio de una cosa, el dueño o guardián sólo se exime de responsabilidad acreditando la "culpa" de la víctima o de un tercero por el que no debe responder. En tal supuesto, entonces, el juez no se encuentra condicionado por la valoración sobre la conducta de la demandada, desde que -como surge de la norma- aquella conducta resulta indiferente a los fines de establecer la obligación civil de reparar.

Ahora bien, el núcleo a decidir es la existencia o no de relación de causalidad entre el trabajo y la dolencia del actor, lo cual se relaciona con el segundo de los agravios esgrimidos por la recurrente; al respecto cabe señalar "En conclusión, el problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar, conforme a la ley, cuándo y con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada. Según nuestra ley, hay conexión causal entre un acto y un resultado cuando ese acto ha contribuido de hecho a producir un resultado, esto es, ha sido una de las condiciones sine qua non de él y, además, debía normalmente producirlo de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas." ("La responsabilidad extracontractual de las ART", Marcelo Claudio Pérez, pág. 144).

Asimismo: "ya se trate de un hecho traumático como consecuencia directa e inmediata del accionar de la cosa inanimada, o del efecto microtraumático de las cosas en sí o de sus propiedades, o deletéreo que se origine por el



enrarecimiento del ambiente de trabajo, lo que debe computarse a los fines de la responsabilidad, es la existencia de un nexo causal adecuado entre la acción agresiva del agente dañoso y el desmedro físico o funcional ocasionado en tanto aquél resulte ser la causa eficiente de éste (Isidoro H. Goldenberg, Responsabilidad Civil y su aplicación en los infortunios laborales, Tomo 2, pág. 208).

Además: "Entendemos que existiendo riesgo o vicio el problema se desplaza al nexo de causalidad y, por lo tanto, sólo puede exonerarse el destinatario de la imputación legal acreditando la falta de causación entre el riesgo o vicios de la cosa y el daño sufrido (Obra citada, pág. 112).

Se ha dicho que "para que se configure la responsabilidad por un daño no es necesario que la cosa que lo produce sea la causa exclusiva del perjuicio, antes bien, es suficiente que ella haya sido uno de los factores que contribuyeron a producir el efecto dañoso" y "Basta la determinación de existencia de un vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, aunque existan otros factores que también presenten una relación de antecedente-consecuente con ese daño, circunstancia esta que podría tener incidencia en cuanto a la extensión de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa que fue el factor concausal del resultado perjudicial" (Utge Aguilar Mariana c/Internacional Health Services Argentina SA y otro, 24/09/2007, La Ley).

En el caso, me parece importante resaltar que el riesgo deriva de los ruidos producidos por el camión en marcha y que la relación de causalidad se encuentra debidamente acreditada en base a las constancias médicas obrantes en la causa y a las que alude la sentenciante, en prolijo detalle, y a las que me remito.



Ahora bien, en modo alguno encuentro culpa de la víctima como sostiene el quejoso, y examinada su conducta en base a los parámetros a que se aludiera, esto es, que dicha culpa debe ser examinada estrictamente y surgir con claridad.

Así se ha pronunciado en sentido coincidente la Sala I al señalar en la causa 343.739:

En efecto: el artículo 1113 del Código Civil, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, invocar y 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.

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).

En igual línea ha sostenido el TSJ: "... la norma referida consagró, como factor de atribución de la responsabilidad, al riesgo creado. Este factor objetivo atiende a los comportamientos que, siendo lícitos, son creadores de riesgos o peligros. En este caso quien aprovecha de la cosa considerada peligrosa, sólo puede liberarse acreditando la incidencia de factores extraños que interrumpen la relación causal (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas Miguel A. (Directores), Código Civil Comentado... Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Rubinzal Culzoni



Editores, Santa Fe, 2003, pág. 333 y s.s.). La finalidad de esta regla es lograr el cumplimiento efectivo del deber jurídico de reparar (S.C. Mza, 28/12/1999, L.L Gran Cuyo 2000-211)... la eximente de culpa de la víctima, alegada en autos por la accionada, debe ser suficientemente probada por ésta. Y debe ser la única causa del hecho para eximir, totalmente, de responsabilidad, además de reunir los caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad (C.S.J.N, 4/9/2001, D.J. 2001-3-1022, L.L. 2002-A-488).

Y en el mismo sentido esta Sala sostuvo en la causa **330738/5**:

Tal como fue reconstruido el siniestro, de lo que no hay lugar a dudas es que el colectivo así dispuesto, y, el hecho que quien cambió la goma se ubicó por debajo del mismo, asume el carácter de cosa riesgosa, de modo tal que acreditado el daño como se encuentra y que fue producto del contacto con esa cosa, es a la demandada a quien incumbe la carga de probar la culpa de la víctima en un grado tal que resulte apta para cortar el nexo de causalidad entre aquella actividad y el concreto perjuicio padecido.

Así, el marco jurídico que cabe otorgar a la cuestión es el que brinda el artículo 1113 del Código Civil, por medio del cual se responsabiliza al dueño o guardián de la cosa riesgosa del daño que dicha cosa haya producido, pudiendo eximirse únicamente en el caso que acredite la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder.

En la vinculación de ambos conceptos he destacado: "... Sentada la responsabilidad en los términos del artículo 1.113, parte 2, parr. 2º del Código Civil, es preciso analizar la causal de eximición alegada por la co-demandada atribuyendo culpa a la víctima."



"En la materia que hemos delimitado como **"responsabilidad objetiva"** por el riesgo o vicio de la cosa, el fundamento de la misma es precisamente el señalado riesgo o vicio **desvinculando ello de toda idea de culpa en el responsable.**"

"Señala Pizarro: "No hay que olvidar que en esta materia, el fundamento de la responsabilidad por daños radica en el riesgo creado. Con abstracción de toda idea de culpa del sujeto pasivo de la obligación de resarcir, y que el régimen "especial" previsto por la legislación argentina tiende a brindar una protección adecuada a la víctima, procurando dotarla de medios que le posibiliten una reparación real y efectiva del daño. Por ese motivo, el legislador ha colocado frente a ella un "conjunto" de posibles obligados a resarcir, a quienes los responsabiliza de manera concurrente, facilitando sensiblemente la ejecución de aquella prerrogativa. Esto nos lleva a pensar que el tema de los eximentes debe ser valorado **con criterio restrictivo**, evitando darle una extensión desmedida, que exceda los límites que le ha fijado la propia ley" (Pizarro, Ramón Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983, pp. 466)."

"Y luego "... el caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no se debe responder, más que producir una "eximición" propiamente dicha de una responsabilidad presumida... **"impiden" que ésta llegue a configurarse.** En efecto, **al no haber vínculo de causalidad** adecuado entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, la obligación de indemnizar no puede nacer, por eso es más razonable hablar de circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad que de hechos que "eximen" de la obligación de reparar el daño causado." (ob. cit. Pág.



467)". (autos: "T. S. B. C/ C. N. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 330911/5) del 7 de julio de 2011)

Y respecto a la características que debe revestir la culpa de la víctima: *"...Probada la responsabilidad del demandado sea por presunciones legales o por otros medios probatorios (hecho constitutivo), la culpa de la víctima debe ser acreditada certera, claramente, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de la responsabilidad. En tal sentido, se ha resuelto que el art. 1111 funciona para una situación de certeza, por lo que se incurre en una errónea interpretación cuando se lo aplica sin que se dé este elemento; los presupuestos deben ser claramente acreditados, y es un estado de duda" (Kemelmajer de Carlucci en Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, dirigido por Belluscio, Bs. As. Astrea, Tomo 5, pág. 393).*

En el caso de autos, y como bien se indica en la sentencia y aun aceptando que se le hayan entregado protectores auditivos, lo cierto es que no existe sanción alguna al trabajador por su falta de uso, y ello desvirtúa lo alegado por la empresa quien no ha dudado en sancionar otras faltas cometidas por el actor.

En tal sentido, el uso de los protectores no desvirtúa su responsabilidad, toda vez que el daño derivado del ruido del camión se produjo, lo cual demuestra, en todo caso, la insuficiencia del protector. Y su falta de uso en modo alguno ha sido demostrada, ya que no hay mención alguna en relación al tema.

Destaco que en sus agravios es la propia demandada la que señala que entregó los elementos de protección y que ejerció el control de su utilización (ver fs. 2410) y, sin embargo, no ha podido demostrar una sanción al



actor durante la vigencia de la relación laboral que demuestre que por su accionar no utilizaba los protectores auditivos.

Así, es que cabe responsabilizarla civilmente por aplicación del artículo 1.113 del Código Civil.

IX.- Si bien lo expuesto en el considerando que antecede resulta suficiente para la condena con fundamento en la normativa civil, también entiendo que debe ser responsabilizada la empleadora con fundamento en el incumplimiento del deber de seguridad, sin que ello importe entrar a considerar la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad, dado que no existe controversia al respecto.

En ese orden, el demandado ha basado su crítica a la sentencia tratando de demostrar que cumplió con la normativa vigente, y para ello, refirió a la entrega de los protectores auditivos, los cursos y capacitaciones efectuadas y lo que resulta de la prueba pertinente que le fuera favorable a su postura.

Ahora bien, sin dejar de reconocer que gran parte de lo afirmado por el quejoso es cierto, ya que se ha demostrado la entrega de protectores auditivos, la realización de cursos y capacitaciones varias y el resultado de la pericial pertinente, entiendo que dos son las razones por las cuales no corresponde eximirlo de responsabilidad.

En primer lugar, y si como señaló, entregó protectores auditivos, lo cierto es que no se encuentra demostrada su pertinencia en función de las tareas y ruidos que debía soportar el trabajador.

Ello por cuanto, de los propios folletos adjuntados por la apelante surge que existen varios modelos del protector "copa" según las necesidades y en el caso, como dijo, no se sabe cual fue el modelo entregado.



Por otra parte, tampoco está acreditada su durabilidad, ya que el folleto señala que "la vida útil del protector auditivo se maximiza gracias a la disponibilidad de repuestos..." (ver fs. 663), lo cual revela que no necesariamente duran lo que manifestara la parte en su momento y que queda desvirtuado con la entrega en varias ocasiones de dichos aparatos.

Y por otro lado, lo cierto es que pareciera que su eficacia depende de la vida útil de sus componentes, dado que de lo contrario no hubiese resultado necesario aludir a dicho tema por parte del fabricante como se desprende del folleto aludido.

Pero de todas maneras, el argumento central por la cual no cabe eximirlo de responsabilidad es que el juez arriba a dicha conclusión con fundamento en que conocida la hipoacusia debió ser trasladado, el actor, a otras tareas no ruidosas conforme la normativa que menciona, y en relación a ello, no se advierte crítica alguna, con lo cual, dicho razonamiento ha quedado firme ante la Alzada.

Por lo tanto y en función de lo expuesto, es que entiendo pertinente la condena con fundamento en el incumplimiento del deber de seguridad.

X.- Corresponde a continuación examinar la situación de las aseguradoras de riesgos.

Sobre el punto, la jueza considera que las aseguradoras son responsables civil y solidariamente por el incumplimiento al deber de seguridad.

Dicha condena debe ser revocada, toda vez que la actora en momento alguno planteó que se condenara a ellas en los términos de la ley civil, ya que siempre pidió la aplicación a su respecto de la normativa de la ley de riesgos, como claramente se desprende de los términos de la demanda, la



contestación de las defensas interpuestas por las aseguradoras y al responder los agravios.

En consecuencia, solamente corresponde que se las condene en los términos de la Ley de riesgos, tal como se postula en los respectivos escritos recursivos que dedujeran.

Como dentro del ámbito de la Ley de riesgos no es posible la existencia simultánea de dos aseguradoras con respecto a un mismo empleador, es que la condena comprenderá exclusivamente a la "Federación Patronal" dado que era la vigente cuando se desarrolló la patología del actor, y por compartirse lo manifestado por la restante aseguradora al expresar agravios.

En tales condiciones, y tal como hemos postulado en el precedente antes mencionado:

No obstante ello, cabe realizar ciertas precisiones, teniendo en cuenta que, como dijera anteriormente, la ART sólo habrá de responder en la medida del seguro.

Así se ha dicho: "La CSJN en el fallo "Recurso de Hecho Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Accidente Ley 9688" de fecha 21/09/04, sostiene la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 39 LRT sobre la eximición de responsabilidad civil, aclarando que no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguido por la ley 24557, y de allí no se sigue que las ART queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley, dejando el pronunciamiento intacta la posibilidad de que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento." Autos: Guerra Segundo Antonio c/Deca Piazza S.A. s/Accidente Ley 9688. Magistrados: García Margalejo. Morell. Sala V-



24/02/2005- Exp.nº 16595/04. Sent.nº s.d. 67453. Idem Scba, L 85991 S. 12/10/2005. Juez: Kogan (op) "Vila, Dardo Osvaldo C/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otro S/Declaración de Inconstitucionalidad y Daños y Perjuicios. Mag. Votantes: Roncoroni-Pettigiani-Kogan-Genoud-Hitters-Soria. También Scba, L 84402 S. 13/09/2006. Juez: Kogan (ma). "Barrientos, Eleno C/Transportes La Perlita S.A. S/Accidente de Trabajo. Mag. Votantes: Pettigiani-Kogan-Genoud-Hitters-Soria-Roncoroni-de Lázzari-Negri.

"Cabe concluir, pues, que lleva razón la apelante al resistir la condena solidaria con la empleadora por el total del monto reconocido como indemnización adecuada del daño, habida cuenta que la responsabilidad de la ART se encuentra limitada a los términos del seguro y no puede excederla." ("GONZALEZ ARIAS JOSE LISANDRO CONTRA LA GANADERA COLLON CURA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" del 19/6/07 Sala I).

En el mismo sentido, la Sala I de esta Cámara ha expresado en la causa N° 343.739/06:

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 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 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..."

Lo expuesto determina que los restantes agravios manifestados por la apelante QBE Argentina ART S.A. resulten abstractos, así como el planteo formulado por la otra aseguradora en relación a los cuestionamientos que formula en los tres primeros agravios, toda vez que ellos se encuentran fundados en la condena de Primera Instancia por la acción civil, pero no tienen relación si la condena es en los términos de la Ley de riesgos.

XI.- Corresponde examinar a continuación, el monto de la reparación.

Sobre el punto, la jueza considera pertinentes dos rubros indemnizatorios.

En primer lugar, concluye que la incapacidad sobreviniente del actor es del 34%, y tomando en cuenta su edad y los ingresos que resultan de los recibos de haberes de fs. 2041/2071, certificado de trabajo de fs. 2035, informe pericial contable de fs. 1628/1630, lo informado por la AFIP a fs. 1526/1528 y la facultad del artículo 165 del Código de rito, fija en \$4.500 el ingreso mensual y arriba a la suma total de \$194.000, procediendo a descontar lo abonado por la ART por un importe de \$21.186.

El segundo rubro se refiere al daño moral que determina en \$40.000.



La actora cuestiona el primer rubro con fundamento en el salario considerado. Así, dice que la remuneración anterior a la invalidez ascendió a \$8.242,99 de agosto del 2.009 y que incluso el promedio mensual anterior era de \$6.604,83, conforme lo informa el perito contable.

También considera que debe sumarse la incapacidad psíquica del 40% según los elementos probatorios que indica, y que por ende, la incapacidad, al superar el 66% debe ser considerada como absoluta.

A su vez, la demandada considera que el actor había demandado con anterioridad a otra empleadora por incapacidad por una afección en su columna, y que no tiene la situación económica que alega en el juicio en función de las probanzas existentes en el beneficio de litigar sin gastos.

También "Federación Patronal" cuestiona el monto fijado por incapacidad, ya que entiende que la fórmula de la matemática financiera arroja un resultado menor.

Principio por señalar que la actora ha elegido voluntariamente la vía civil para lograr la reparación de los daños que se le ocasionaran, por lo cual, debe atenerse a los principios que rigen dicha órbita legal y sin que por ende pueda alegar a su favor los principios laborales; por lo que su pretensión de que se considere la existencia de una incapacidad absoluta no tendrá andamio por estar la reparación dentro de la órbita civil.

Tampoco tendrán andamios los cuestionamientos de la demandada.

Ello por cuanto, el hecho que haya padecido una incapacidad laboral en la columna y cuyo reclamo habría prosperado, ninguna relación tiene con el presente reclamo dado que se trata de dos afecciones distintas.



Tampoco puede admitirse los agravios referidos a su situación económica, toda vez que en el ámbito civil y para la aplicación de la fórmula de la matemática financiera como pauta de referencia a fin de determinar los daños derivados de su incapacidad se considera, entre otros elementos, el salario que percibía.

Con respecto a la aseguradora, y tal como señalé, dado el alcance de su condena, lo decidido no le causa agravio.

Corresponde ahora determinar el porcentaje de incapacidad, dado que mientras la sentenciante lo fija en un 34%, la actora plantea que debe considerarse el daño psicológico.

Pues bien, conforme los términos de la pericia psiquiátrica, así como los restantes informes psicológicos, en especial el informe de la Comisión Médica que consideró una incapacidad del 67,72% (de fs. 1325/1330), advierto que asiste razón parcialmente a la quejosa.

Ello por cuanto, los informes médicos son claros en señalar que la depresión que padece el actor tiene repercusión en distintas esferas de su persona y una de ellas es el ámbito laboral.

Así, la perito señala que tiene repercusiones en el ámbito psicológico, social y laboral, y lo mismo puede advertirse en los restantes informes.

Si bien en la pericia no se determinan los porcentajes en que se afecta cada esfera, considero que el mismo debe ser dividido por partes iguales, por lo cual, la incapacidad que afecta a su desempeño laboral asciende al 47,33%.



Ello no significa que los restantes ámbitos no merezcan ser indemnizados, pero lo serán dentro del daño moral dada que afectan la parte espiritual y no la económica.

En cuanto al sueldo a considerar también asiste razón al quejoso, toda vez que al aplicar la fórmula de la matemática financiera conforme las pautas que tiene sentadas esta Sala, debe tomarse el salario que corresponde a la fecha en que se determina la existencia de la incapacidad, y por lo tanto, debe estarse al informado a fs. 2064 que asciende a \$8.343,99.

Destaco que examinados períodos salariales anteriores y posteriores no advierto que exista elemento alguno que me permita apartarme de dicho importe, toda vez que los sueldos contienen ítems que persisten en la relación laboral.

Por lo tanto, y aplicando los demás parámetros que menciona la jueza y que no fueron cuestionados, reitero que los objetados por la actora eran el porcentaje y el salario, concluyo a que debe elevarse el monto en cuestión a la suma total de \$400.000,00.

Destaco que el hecho que la depresión no haya sido causado por el trabajo no significa que no deba ser reparada en el ámbito civil, toda vez que si bien comparto el análisis que al respecto formula la sentenciante, entiendo que constituye una consecuencia que debe ser considerada dentro de la reparación civil, ya que obedece a la situación generada por la hipoacusia y el despido consecuente, como al rechazo a la renovación del carnet para conducir y así como el actor no se beneficia de las ventajas derivadas del sistema de la Ley de riesgos del trabajo, tampoco puede ser perjudicado por la falta de relación laboral de ellas.



En cuanto al daño moral, y tomando en consideración los informes psicológicos, así como las pautas habituales de esta Cámara, entiendo que debe ser elevado a la suma de \$100.000.

Al monto final de \$500.000 debe descontársele lo percibido por el trabajador de las aseguradoras, tal como lo postula en su escrito de demanda y por un monto total de \$54.396, por lo cual, el monto de condena en relación a la empleadora se determina en la suma de **\$445.604,00.**

XII.- En relación a la aseguradora, ya se señaló que respondía en la medida del seguro.

Ahora bien, debe determinarse el porcentaje de incapacidad por el cual debe responder, y al respecto, considero que debe estarse al informado en la pericia médica, esto es, el 34%.

Ello por cuanto, la incapacidad derivada del cuadro depresivo no guarda relación con el trabajo dado que conforme lo señala la perito, la misma obedece al despido y a la pérdida auditiva, conforme se puede advertir del informe pericial aludido.

En tal supuesto, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial contable en cuanto determina un ingreso base de \$6.604,83 -que no se encuentra cuestionado- y conforme la normativa vigente y aplicando el decreto 1694/09, es que la suma que deberá abonar la ART asciende a \$140.442,45 que se reduce por lo ya pagado al actor al importe de **\$86.046,45.**

XIII.- En cuanto al agravio de la demandada relacionada con la pluspetición debe ser desestimado, por no darse los presupuestos de la norma en cuestión, habiendo señalado esta Sala con anterioridad que el presente no era un reclamo por monto determinado.



En cuanto al agravio de la aseguradora relacionado con las costas, tampoco puede prosperar. Ello, y mas allá de que deberán readecuarse los honorarios de los profesionales intervinientes por no darse los supuestos invocados por el quejoso y por cuanto para la consideración de una posible confiscatoriedad, deben tenerse en cuenta los honorarios de los profesionales de la parte ganadora y no los de quienes han representado a la parte perdidosa, por lo cual, no se arriba al porcentaje señalado por el quejoso.

Finalmente, y en lo que se refiere a los intereses, deben computarse desde que se determinó la existencia de la incapacidad y se fijaron los importes indemnizatorios, esto es, desde el primero de septiembre del 2.009, ya que el propio actor requirió la determinación de la incapacidad en dicha fecha (al requerir el salario de agosto del 2.009) y por tratarse de una enfermedad con causa laboral. La tasa que se aplicará será la activa del Banco Provincia del Neuquén, conforme criterio unánime de la Cámara.

XIV.- Por las razones expuestas propongo: 1) se confirme la sentencia en lo sustancial, 2) se desestime la demanda contra QBE Argentina ART SA, con costas en el orden causado y tomando como base el monto que debió haber pagado de haber sido condenada, con más sus intereses, 3) se condene a Servicios Petroleros Uribe SA a abonar la suma de **\$445.604,00** con más sus intereses en la forma fijada en el considerando XIII, 4) se condene a Federación Patronal Seguros SA a abonar la suma de **\$86.046,45**, con mas sus intereses a la tasa fijada en el considerando XIII, importe éste que al ser pagado se deducirá de la suma de condena de la demandada aludida en el punto 3, 5) se impongan las costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora en relación al monto de condena de cada una, 6) se dejen sin efecto los honorarios de los profesionales intervinientes, procediéndose a su determinación



para cuando se practique la correspondiente liquidación; correspondiendo tomar como base regulatoria el monto de condena que se fija en el punto 3 con más sus intereses, y en relación a los profesionales de la aseguradora se determinarán en base al monto de condena de su cliente con más sus intereses.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II,**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 2354/2371, en lo sustancial, desestimándose la demanda contra QBE Argentina ART SA, con costas en el orden causado y tomando como base el monto que debió haber pagado de haber sido condenada, con más sus intereses, condenándose a Servicios Petroleros Uribe SA a abonar la suma de **\$445.604,00** con más sus intereses en la forma fijada en el considerando XIII, y condenándose a Federación Patronal Seguros SA a abonar la suma de **\$86.046,45** con más sus intereses a la tasa fijada en el considerando XIII, importe éste que al ser pagado se deducirá de la suma de condena de la demandada aludida en el punto 3.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora, en relación al monto de condena de cada una.

III.- Dejar sin efecto los honorarios de los profesionales intervinientes, procediéndose a su determinación para cuando se practique la correspondiente liquidación en el modo y sobre la base indicada en el considerando XIV punto 6).

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



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**