



NEUQUEN, 02 de Septiembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"**, (Expte. N° **453788/2011**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 1 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra C. **ANDRADE** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 1336/1345 rechazando la demanda interpuesta, decisión que es apelada por el actor.

Se agravia señalando que la decisión se aparta de los hechos invocados y la prueba colectada pues el rechazo se funda en que el perito indica como origen de la dolencia un accidente laboral y según entiende la jueza, en la demanda lo que se planteaba era la dolencia con un origen distinto: esto es en una enfermedad.

Sostiene que la jueza se equivoca pues en el escrito de demanda efectivamente se hizo mención al accidente como factor exteriorizante de las lesiones cuyo nexo causal eran las tareas realizadas por el actor.

En ese sentido, expresa que su parte mencionó el dictamen de la Comisión Médica realizada al actor a consecuencia del accidente el día 15 de marzo de 2011 adjuntándose el dictamen como prueba documental.

Efectúa una crónica de como se fueron desarrollando los acontecimientos vinculados a la denuncia y las respuestas de la ART, afirmándose que al demandar se mencionó que el 15 de marzo de 2011 la Comisión Médica N° 9 en



el expediente 009-L-00209/11 consideró que el actor no tenía incapacidad permanente.

Relata que durante los 25 años que el actor se desempeñó para la demandada realizó labores que exigían un gran esfuerzo físico y adopción de posiciones incómodas lo que llevó a un deterioro en la salud del Sr. Toledo hasta llegar a la enfermedad de trabajo que actualmente padece.

Expresa que la sentencia se equivoca al afirmar que el actor no cuestionó las conclusiones de la Comisión Médica n° 9, pues según surge de la prueba documental su parte efectivamente interpuso recurso de apelación y declinó la vía administrativa.

Afirma que hizo referencia al evento dañoso como un eslabón más de la cadena que exterioriza las lesiones en su columna y que le impiden continuar con el desarrollo de su actividad.

En cuanto al dictamen médico expresa que el perito tuvo en cuenta el accidente pues a fs. 1251 y como puntos de interés alude a los certificados médicos que informan la lumbalgia del actor, a la resonancia magnética nuclear y al dictamen de la Comisión Médica N° 9, agregando que al punto de pericia propuesto por PREVENCIÓN, el experto señala -fs. 1253- que existen nexos de causalidad con el accidente sufrido por el actor y con la actividad que desempeñaba el actor.

También se agravia que la sentencia, pese a haber encuadrado normativamente el tema en el artículo 1.113 del Código Civil, haya considerado que su parte no acreditó los presupuestos fácticos que hacen posible la procedencia de la acción.

Expresa que a través de los testimonios, se probaron las tareas que desarrollaba en la chacra, la



dimensión y el peso de los elementos que manipulaba, destacándose de todos los testimonios que se trataba de tareas incómodas y pesadas.

Entiende que el riesgo de las tareas está probado ya que es preciso realizar esfuerzos importantes para manejar cajones de fruta de 30 kilos, bolsas de productos químicos de 50 kilos, escaleras de madera de 4 o 5 metros.

Se explaya afirmando que en la demanda se invocó como hecho generador del daño el esfuerzo desplegado en el desarrollo de las tareas, cuya responsabilidad se atribuye a la demandada por resultar dueña o guardiana de las cosas, circunstancias que a su juicio no fueron ni consideradas ni tratadas en la sentencia.

Cita jurisprudencia que se refiere a distintos casos donde prosperó el reclamo vinculado a lesiones y tareas pesadas.

Señala que, según expusiera al demandar, la enfermedad del actor tiene relación causal con las tareas realizadas sin que obste a la reparación, la circunstancia de tratarse de una afección extra sistémica, pues a los fines de la reparación civil, el carácter de "no listada" de las lesiones discales no impide la indemnización.

Agrega que las co-demandadas no acreditaron ningún eximente de responsabilidad por lo cual la conclusión a la que cabe arribar es que la indemnización debe prosperar.

Concluye que la falta de consideración del hecho generador propuesto en la demanda repercutió en la falta de apreciación de la vinculación causal con la enfermedad laboral.

Continúa sus agravios señalando que la sentencia, al valorar los términos de la pericia, incurre en un absurdo



al omitir referirse a los hechos invocados por el actor en su escrito de demanda los que a su juicio sí fueron tenidos en cuenta por el perito cuando en el trabajo pericial hace referencia a "Antecedentes de autos de interés Médico-Legal".

Agrega que la sentencia resulta contradictoria pues si bien inicialmente señala que la pericia no funda las lesiones en las tareas desarrolladas por el actor sino en un accidente de trabajo, a continuación hace referencia a que al responder por el punto de pericia de la actora acerca de si las lesiones y afecciones padecidas por el actor son compatibles con las tareas desarrolladas el perito contesta en forma afirmativa, de modo tal que ante las constancias sólo cabía concluir que el trabajo es la causa exclusiva del daño.

Agrega que el apartamiento de las conclusiones del perito médico que realiza la sentenciante, lo hace sin fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de aquel se encuentre reñida con los principios lógicos de las máximas de experiencia.

También se agravia que la sentencia no haya valorado el daño causado en la salud del actor por la omisión de realizar exámenes médicos periódicos y la relación de causalidad que de ello se deriva.

En esa senda señala que la sentencia admite que la empleadora omitió realizar los exámenes periódicos cuyo objeto es la detección precoz de afecciones que pueden afectarlo, lo cual es incumplimiento culposo de la obligación de seguridad que pesa sobre los demandados.

Puntualiza que la falta de exámenes periódicos se relaciona también con la omisión de reasignarle tareas livianas adecuadas al estado de salud del actor, destinado a evitar el daño previsible en su persona.



Por último, solicita que en virtud del artículo 278 del Código Procesal Civil y Comercial se emita pronunciamiento sobre la determinación de los daños y perjuicios sufridos por el actor.

En ese sentido, alude a las pautas del antecedente de la Corte Suprema "Arostegui" haciendo hincapié en la necesidad de contar con un modo de tarifar el daño teniendo en cuenta un espectro más amplio que sólo el aspecto laboral de la persona, debiendo contemplar las manifestaciones que integran el valor vital de los hombres.

Entre otros factores propone que se modifique la edad relacionada con el aspecto jubilatorio y se eleva de 65 a 75 años, se establezca en un 4 % la estimación de la tasa de interés, concluyendo: *"... la pérdida de resultados económicos corresponde solo a la parte de la indemnización llamada lucro cesante: todo el resto, la parte no económica del perjuicio, la parte puramente humana, afectiva, valorativa, se halla comprendida en el rubro que genéricamente, y por imperio de la tradición, se denomina daño moral y que excede por cierto el estricto pretium doloris pero no se asimila a los restantes segmentos del perjuicio. De acuerdo con las explicaciones modificaciones expresadas en los párrafos precedentes, considero que el monto del resarcimiento por daño material (lucro cesante) debe consistir en principio en una suma de dinero tal que, puesta a un interés del 4 % anual, permita -si el titular lo desea- un retiro periódico y similar al que la incapacidad impide presuntivamente percibir, y se amortice en el lapso estimado de vida útil de la víctima..."*

Bajo esas pautas, el actor efectúa el cálculo que estima le corresponde de conformidad a la incapacidad que sostiene que le afecta, a lo que cabría agregarle el monto por daño moral e intereses correspondientes.



Solicita se haga lugar a los agravios y se revoque la sentencia.

A fs. 1.374/1.376 contesta los agravios PREVENCIÓN ART, señalando que la sentencia resuelve adecuadamente no tener por acreditado el nexo de causalidad entre la patología y la actividad desempeñada.

Agrega que al momento de que se produjera el siniestro, la patología que dice padecer el actor no se encontraba tabulada y que su incorporación al listado de enfermedades se produjo sólo después de la sanción del decreto 49/14 y que tampoco se encuentran cumplidos los extremos que exige el decreto mencionado para que sea posible accionar por enfermedad laboral.

También señala que la pericia no cumple con los recaudos mínimos que debe contener un examen pericial, sin que pueda recurrirse a otra prueba que permita acreditar los extremos que exige la norma.

A continuación sostiene que no obstante el actor haber optado por la vía civil, no logró acreditar ni el dolo ni la falta de cumplimiento de los deberes de seguridad e higiene por su parte, y tampoco el carácter riesgoso de la actividad.

Finalmente se opone a la aplicación de la fórmula que propone el actor, tanto por no resultar oponible a su parte a raíz de la excepción de falta de legitimación pasiva como por el resultado exorbitante al que se arriba al aplicar los guarismos que propone.

Solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia apelada.

A fs. 1.377/1.379 contesta los agravios Moño Azul, haciendo hincapié en que en el marco delimitado por la



garantía del debido proceso, el juez no puede fallar sobre algo distinto a lo que las partes solicitaron, de conformidad a los hechos que pusieron a su consideración.

Bajo la pauta apuntada señala que el fallo alude a que la accionante en ningún momento mencionó un accidente de trabajo como hecho súbito y violento, destacando que a lo largo de toda su presentación alude expresamente a "*... la enfermedad laboral sufrida ...*".

Al referirse a la pericia de la cual destaca que no fue descalificada ni por el actor ni por la sentencia, recuerda que el informe se refiere a que la causa de la incapacidad es un hecho súbito y violento por lo que la conclusión a la que arriba la sentencia es la única posible, esto es tener por no probado el presupuesto requerido por la norma, ya que no logró acreditarse el hecho que según la pericia era causal de la incapacidad.

Agrega que tampoco hubo cuestionamiento a la conclusión del dictamen de la Comisión Médica.

Destaca que la pericia y la sentencia aluden a que para encuadrar la incapacidad como laboral se requiere un hecho súbito que es el accidente y que no fue invocado en la demanda, de modo que la jueza no se aparta de la pericia sino que específicamente la aplica, sin embargo la pericia no puede acreditar hechos o circunstancias fácticas no invocadas.

Respecto a la falta de considerar la realización de exámenes médicos periódicos tampoco tiene importancia, pues en el caso se trata de demostrar el accidente o hecho súbito al cual la pericia hace referencia y los exámenes no tendrían relevancia.

Solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia.



II.- Reseñados los agravios cabe señalar que la sentencia rechaza la pretensión por dos cuestiones que analiza sucesivamente: a) en primer lugar, sobre la base de que en el marco del artículo 1113 del Código Civil, el actor no ha logrado demostrar el nexo de causalidad entre las lesiones que padece y las tareas desarrolladas, pues el dictamen pericial atribuye las mismas a un accidente laboral y el mismo no fue alegado por la parte, lo cual atentaría contra la congruencia de la sentencia y b) en segundo lugar, señalando que aún reconociendo que hubo un accidente, la pericia médica resulta infundada para basar una decisión en sus conclusiones, de modo tal que no se encuentra acreditada la relación de causalidad.

A) En cuanto a la primera cuestión, la Jueza expresa que la pericia médica conecta la dolencia que padece el actor **con un hecho súbito y violento** que, según afirma, no se encuentra probado destacando que, en el marco del principio de congruencia, no es posible decidir más allá de lo planteado por las partes.

En ese sentido, y si bien inicialmente el marco teórico propuesto es correcto tal como destaca la Jueza con cita de un antecedente de este Cuerpo, es preciso analizar la cuestión en el caso concreto.

En autos el Sr. Portales alega un daño en su columna, cuyo origen ubica en la realización de tareas pesadas e incómodas durante muchos años en ocasión de trabajar en una chacra de la accionada.

Al contestar la demanda, **ambas co-demandadas hacen referencia a la existencia de un accidente de trabajo** aunque **desvirtuándolo como generador del daño**, basando esa afirmación en lo sostenido por la ART al momento de brindar las prestaciones. quien a su vez se fundara en el dictamen de la Comisión Médica.



Pues bien, hasta allí tenemos **el escrito introductorio y los de contestación**, en los que se alude a distintas **circunstancias fácticas**.

La delimitación que marca la aplicación del principio de congruencia se relaciona directamente con el derecho de defensa ya que sería violatorio de dicha garantía que el Juez decidiera sobre puntos en relación a los cuales las partes no han introducido al debate y en esa senda tampoco han podido alegar y probar.

Sin embargo, entiendo que no es el caso de autos, pues es imprescindible recordar: *"Al promover la demanda, el actor propone un esquema temático de cuestiones jurídicas que en definitiva serán objeto litigioso y que constituirán **el tema decidendum**; aquel esquema se completa con la contestación de demanda, porque sobre las admisiones y negaciones del demandado se determina cuáles serán los hechos controvertidos ("cuestión litigiosa") y cómo se distribuirá la carga de la prueba; al respecto se ha dicho que el "área de la Litis está delimitado por los escritos de demanda y contestación" (Sup. Corte B. Aires, J.A, 961-V, página 546). (Carlo Carli "La demanda civil" Aretua-Lex pág. 267).*

*"En primer término me parece importante convenir que **hechos**, argumentos, **pruebas**, pretensiones no son la misma cosa. **Las partes describen hechos**; acerca de los hechos **se argumenta**; las argumentaciones apuntalan a implicar esos hechos en **un plexo normativo**; y todo ello da cimiento a la pretensión, que consta de un objeto, de los sujetos que la proponen y de una causa que a su turno tendrá el hecho mas la imputación jurídica que acerca de este hecho la parte realice. **Eventualmente tendremos pruebas de esos hechos.**" (Andrea Meroi en Revista Cartapacio de Derecho-Universidad Nacional del Centro: "La congruencia y la valoración de la*



prueba" (www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/65/66).

La misma autora reflexiona: "... que un análisis adecuado de la *quaestio iuris* y de la *quaestio facti* debe partir de la presencia en el debate procesal y en la decisión judicial de dos tipos de referencias a hechos: las efectuadas a circunstancias del mundo material **por las partes en sus alegaciones** y el supuesto de hecho previsto por la norma jurídica que se considera aplicable a los primeros. La primera categoría de hechos son enunciados relativos a comportamientos o actos concretos y particulares afirmando que han sucedido, mientras que la segunda es una definición completa y en términos generales de una clase de hechos que actúa como criterio de atribución de relevancia jurídica del primer tipo de hechos, es decir, como criterio de selección de las circunstancias fácticas significativas para la eventual aplicación de la norma jurídica." ("Iura Novit Curia" y Garantías Procesales - Andrea Meroi).

En autos se invocan paralelamente dos circunstancias fácticas, por un lado las tareas desarrolladas durante años que desembocaron en las lesiones del actor y por otro lado un hecho, caracterizado como accidente de trabajo oportunamente denunciado y al cual las accionadas no le otorgan la posibilidad de ser lo que origine las lesiones del actor.

El daño en la salud del actor no se encuentra desconocido, sobre lo que existe disenso es en cuál es el origen del mismo, discutiendo las posibilidades entre lo sostenido por el dictamen de la Comisión Médica que afirmó que es una enfermedad inculpable y lo sostenido en la pericia médica que lo relaciona tanto con el accidente laboral como con las tareas realizadas.



La sentencia inicialmente enfoca su análisis en la cuestión procesal antes descripta señalando que, al no haber sido invocado el accidente al demandar, la misma no fue objeto de prueba en el expediente: *"Sin embargo, el perito médico actuante informa que dichas lesiones fueron producto de un "accidente" que habría protagonizado el actor; accidente éste que más allá del relato formulado al experto, el accionante no menciona en ninguna de sus presentaciones y cuyas circunstancias de ocurrencia, obviamente al no haber sido invocado, no han sido motivo de prueba alguna."*

La sentencia resuelve rechazar la demanda bajo el argumento: *"... si el actor demandó la reparación de los daños derivados de la enfermedad profesional, que sostiene, padece con motivo del desarrollo de las tareas laborales llevadas a cabo en condiciones insalubres, debió éste demostrar el nexo causal entre su enfermedad, las tareas llevadas a cabo y el incumplimiento al deber de seguridad que le imputa a la demandada. Al no haber el accionante demostrado estos extremos, ya que el perito en su informe que no fue objeto de cuestionamiento de su parte, concluye que las secuelas incapacitantes verificadas en el actor tienen su origen en un accidente laboral que jamás fue mencionado en la demanda, atendiendo a los claros límites de los hechos invocados como fundamento de la pretensión, adelanto que considero que corresponde el rechazo de la misma."*

Sin embargo y como ya quedara dicho, no era preciso acreditar ninguna circunstancia alrededor del accidente pues se trata de un hecho expresamente reconocido por la accionada.

De este modo, el accidente laboral al cual el perito médico indica como causa de las lesiones del actor es un hecho que fue introducido por las co-demandadas y sobre el cual ambas han tenido ocasión de argumentar y alegar, aunque



en modo diferente al sostenido por el perito pues éstas niegan que tenga nexo de causalidad con las lesiones del actor contrariamente a lo que sostiene el perito.

Pues bien, a continuación del examen enfocado en la cuestión procesal acerca de si el accidente no fue discutido como hecho en el debate, la sentencia avanza y menciona: *"Puede decirse que la ocurrencia del accidente surge de las actuaciones labradas en sede administrativa ... no fue desconocida por la parte demandada, que incluso hace referencia al mismo en sus escritos de responde... uno de los argumentos defensivos de Moño Azul S.A, reside en que el actor no cuestionó las conclusiones de la Comisión N° 9, en cuanto dictaminó que la dolencia verificada en el accionante no tenía su origen en un accidente laboral, sin que tampoco tal conclusión hubiera sido cuestionada en el marco de estos obrados."*

De este modo, cabe entender que el accidente laboral efectivamente está reconocido por la demandada aunque en esta segunda parte de la sentencia, el rechazo se enfoca en las deficiencias que la Jueza encuentra en la pericia como pieza para fundar una decisión.

Así, expresa que al requerírsele al perito que manifieste si las lesiones y afecciones son compatibles con las tareas realizadas, el experto se limita a responder en forma monosilábica: "Afirmativo" sin fundar su respuesta en relación a las tareas laborales asignadas.

Pues bien, de conformidad a como fue expuesta la cuestión entiendo que el primer aspecto desarrollado en la sentencia, se basó en una premisa errónea cuál fue considerar que al no haber sido introducido por el actor el hecho del accidente, no es posible atribuir el nexo de causalidad de las lesiones al mismo.



En cuanto al segundo razonamiento, entiendo que si bien es cierto que la pericia médica reviste una importancia medular al momento de establecer la incapacidad, particularmente su porcentaje, el resto de las pruebas rendidas en autos también tienen relevancia.

Lo dicho resulta pertinente para enfocar la crítica que efectúa la sentencia recurrida al indicar que la respuesta frente a la pregunta acerca de si las lesiones del actor eran compatibles con las tareas realizadas la respuesta es monosilábica, en términos de "Afirmativo" sin fundar la respuesta en relación a las tareas laborales asignadas, pues si existían dudas acerca de las tareas laborales asignadas, obran en autos testimoniales que ilustran adecuadamente al respecto.

En ese aspecto, la minuciosa descripción, de tareas que realizan los testigos aunado al hecho que ni la relación laboral, ni la duración de la misma fueron desconocidas por las accionadas, resultan un indicio significativo a la hora de acreditar la relación de causalidad que debe imperar para que prospere la responsabilidad.

El dictamen de la Comisión Médica es asimismo bastante escueto, ya que se limita a señalar: *"...el estudio de resonancia magnética nuclear realizado, puso en evidencia patología vertebro discal, que no guarda relación con el siniestro denunciado, ya que la caída desde su propia altura no es un mecanismo accidentalológico idóneo para producirlo y responde a etiología crónica y degenerativa, de naturaleza inculpable."*

Sin embargo, estando reconocido tanto el accidente como el desempeño de tareas que es posible calificar de pesadas: *"... todo lo que es poda, raleo, una motoguadaña, la mochila para curar o para quemar pasto, limpiar acequias. Se*



ataba, se apuntalaban las plantas que eran clásicas... peladas de poste, se pelan los postes de 4 metros, se los cura y después se los pone en las espalderas ... El mismo horario que el mío. 8 horas diarias.". -testimonio de Lleuful fs. 1135/1139-

Luego, ante la pregunta acerca de cómo se realiza la tarea de cosechar fruta contesta: *"Se la cosecha en un recolector, y luego se la lleva. El recolector queda adelante, son sogas que se van puestas en los hombros, y con eso queda colgado el recolector adelante. Te vas subiendo a la escalera, vas llenando el recolector, y luego te bajas de la escalera, y de ahí te vas caminando hasta el bin a descargar ... 20 o 22 kilos mas o menos. Depende la fruta porque la pera es mas pesada ..."*

A la pregunta acerca de como se realiza la tarea de abono: *"El guano se reparte con una chata, se carga a pala, y luego se carga en una chata ...La bolsa del abono químico pesaba mas o menos 50 kilos. El guano se carga a pala en la chata, y luego con la pala se tira ... Las bolsas de fertilizante vienen en un camión, y de ahí suben dos arriba, y quedan dos o tres abajo, y te las pones en el hombro, y vos la llevas hasta el palet..."*

A continuación y en cuanto a las tareas realizadas con postes el testigo expresa: *"... el peso no se, pero eran de 4 metros y algo, hasta de 7 metros hemos cortado. Depende de la medida. Lo normal es de 4 metros y medio ... Se cargaban a mano en una chata, y ahí se llevaban a ciertos lugares y ahí se volvía a descargar. Esa tarea la realizan entre varios trabajadores, el cargarlo y cargarlo en la chata, porque los postes son muy pesados, uno solo no puede..."*

Agrega que el trabajo de limpieza de las acequias *"... Con pala y (h)orquilla. Con la (h) orquilla sacaba las*



hojas, y con la pala vas limpiando los chuchos, el pasto. En los canales por ahí le pegabas un punteada con la pala, le metes la pala para dentro y lo sacas..."

Al describir las tareas de cura expresa: *"... La mochila lleva 20 litros de agua. No se cual es el peso. La mochila la llevas en la espalda como toda mochila, y adelante colgada. Se realizaba esta tarea por lo menos, un mes o dos meses por año, cuando empieza a crecer porque supuestamente hay que agarrarlo antes que crezca el pasto más largo. Se hace todos los días durante la jornada, por este tiempo, salvo que haya viento... Si yo lo vi al actor haciendo esta tarea, mientras estaba raleando en otro cuadro o pasa con la mochila al hombro."*

Los testimonios de fs. 1142/1145; 1149/1152; 1153/1156; 1157/1158 informan similares circunstancias, de modo tal que y a la luz de las reglas de la sana crítica, es posible tener por acreditadas el tipo de tareas realizadas por el actor, pues a la descripción minuciosa de las mismas por parte de los testigos es posible agregar la máxima de experiencia que indica que esas tareas son las que se realizan en los llamados trabajos culturales y de cosecha de una chacra.

Es importante destacar que la relación causal es un juicio de probabilidad y no de certeza, que implica una operación intelectual basado en cuestiones lógicas, en el estado de la ciencia, en la estadística y en la experiencia humana que busca enlazar un cierto efecto como correspondiente a cierta causa.

Así: *"La idoneidad causal o concausal de este modo de desplegar la rutina laboral no parece que pueda discutirse a la luz del público y notorio judicial, ya que cientos de causas análogas en cuanto al tipo de esfuerzo son*



falladas atribuyéndole el carácter de actividad riesgosa. En todo caso lo que ha estado en discusión en el ámbito de la ciencia médica es si se puede calificar como accidente traumático o es, en cambio, el episodio crítico o agudo de una enfermedad, lo cual, en el contexto del tipo de acción aquí intentada es completamente irrelevante (CSJN en "Silva, Facundo c/Unilever de Argentina SA").

La atribución, como dije, responde al riesgo de actividad con base tanto en las consideraciones sobre las cosas inertes del Plenario CNAT N° 266 en "Pérez, Martín c/Maprico SA" (del 27.12.88: "En los límites de la responsabilidad establecida por el art.1113 el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte puede imputarse a riesgo de la cosa"), como en las que sobre las exigencias del trabajo realizó la CSJN en las causas "Noriega, Horacio c/YPF" (30.08.88) y "Lantin, Ramón c/Peldaño SRL" (04.04.89) según las cuales dado que es propio e inherente al trabajo humano una relación necesaria con las cosas, resulta que "ha de apreciarse la eventual incidencia que en relación a las que debió manipular el trabajador, pudieron tener las posturas que debió adoptar en su trabajo" ya que "por más que se intente la acción fundada en el art. 1113 CC., la relación laboral no se evapora ni independiza de las circunstancias conducentes, pues los perjuicios no pueden dejar de asociarse con las tareas que cumplía el trabajador, sin que pueda desecharse una pretensión sin el debido examen de las labores y de la forma en que se cumplieron".

"Cito estos precedentes algo remotos, ya que es a partir de los mismos que se abandonó el forzado distingo que prevalecía en la jurisprudencia anterior entre el daño "inherente al riesgo o vicio de la cosa" y el daño "a propósito de las cosas", es decir el resultante del esfuerzo



que demande usarlas o aprovecharlas. Antes todavía, tras su integración constitucional, la CSJN falló en las causas "Arias, Blanca c/Establecimiento Textil Oeste" (11.03.86) y "Sandez, Luis c/Cía.Química SA" (11.12.86) había establecido que aquella distinción "excede los límites de una interpretación razonable del art.1113 cód. civil ya que desnaturaliza su significado jurídico" en tanto "es arbitrario desconsiderar las características de las cosas y los esfuerzos que requieran al obrero".

"Estas sentencias que memoro coronan el proceso de lo que Ramón Daniel Pizarro ha denominado "La mutación interpretativa del art.1113" (Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal, N°15, pág. 93) dando cuenta de la sucesiva ampliación de los alcances de dicha norma hasta comprender, como lo testimonia a texto expreso el nuevo código civil, al riesgo de la actividad, sea cual fuere el papel que en la misma desempeñen las cosas. Lo que interesa al derecho, afirmaba Pizarro ya en 1997, es que el daño corresponda causalmente al riesgo creado por otro. El vocablo cosa, en síntesis, "abarca la actividad laboral y sus circunstancias de realización" (SCBA;29.09.2004, en "Ferreyra, Gustavo c/Benito Roggio e Hijos SA"; en LLBA 2004-1088, con nota de Ricardo Cornaglia) y por ende "en los límites de la responsabilidad del art. 1113 el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte puede imputarse al riesgo de esa cosa" (CNAT, Sala VII, 27.02.2006, "Pérez, Walter c/Aircom SA", Microjuris 6905,citado por Jorge Galdós en Revista Derecho de Daños 2006-3: La evolución de la teoría del riesgo creado", pág.76.)"FERNÁNDEZ, Alejandro c/FINEXCOR S.R.L. S/ENFERMEDAD DEL TRABAJO" (Expte. 8- Año 2015) del 29 de Julio de 2015 Sala 2da. Cámara de Apelación en lo Laboral Santa Fe).



La extensa nota se justifica pues si bien en otras ocasiones no he sido partidario del denominado "riesgo de la actividad" las razones claramente expuestas en el precedente transcripto, entre las que no es posible dejar de lado el estado de la doctrina y la recepción legal de la cuestión, me han llevado a cambiar mi postura.

En consecuencia y si bien la pericia no cumple con efectuar una descripción de las tareas detallando el modo en que incidieron en la patología que padece el actor, ya sea por la incidencia del accidente como por el desarrollo de las tareas, ambas circunstancias reconocidas en el pleito y a las que el perito les otorgara incidencia causal, es posible tener por cierto que en el desempeño de su trabajo para la demandada el actor sufrió la incapacidad que hoy reclama.

Todo lo expuesto pone de manifiesto la relación de causalidad adecuada entre las tareas que durante años desempeñó el actor y la dolencia que lo incapacita, pudiéndose afirmar que ese daño a su integridad psicofísica encuentra nexo de causalidad adecuado con cosas que se encontraban bajo la guarda jurídica de su empleador.

Resuelta la cuestión que pone en cabeza de la demandada la obligación de reparar es preciso abordar la cuestión del monto indemnizatorio, punto en el cual he de reflexionar acerca del uso de las fórmulas matemáticas como modo de determinación de la suma en concepto de daño material, atento a la pretensión del actor de que se aplique la denominada fórmula "Méndez".

En ese aspecto parto de señalar que comparto que: *"... parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente **lo expresa** con una claridad*



que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es **cuando resiste un proceso argumentativo abierto**. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. **No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo** alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en **facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas**. ("La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A.Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A , 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.

Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado "per se", sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan, puede resultar complicado de justificar, teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.



De esta manera, en la medida que el actor pretenda que las variables recepan la particularidad de determinados hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.

Lo dicho tiene relevancia, pues a la hora de recepar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años, frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener en cuenta para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".

Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia, pero a la vez que es relevante para las partes, desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere, si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.

Así, sostienen los autores antes citados: "... aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo,



requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean. Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."

"Al contrario, el ingreso a computar –tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables– es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."

"... Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida. Asimismo que está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión. **Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales.** En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté



juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos. Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba..”

En este caso en particular, de la lectura de los recibos de haberes, se advierte que la categoría en las que se desempeñó fueron siempre similares -podador, cosechador, peón-, de modo tal que teniendo en cuenta su edad, las expectativas de una variación del salario no resulta la opción más acorde con las circunstancias del caso.

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas, los guarismos informados son pautas de orientación, que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: “Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC, conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha



aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona. El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)."("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12)



En este punto y teniendo en cuenta que el perito hizo uso del baremo utilizado en el ámbito de las indemnizaciones del sistema de Riesgos de Trabajo, en el que se toman en cuenta aspectos relativos al tipo de actividad, la posibilidad de recalificación laboral y ellas arrojan variables que encuentran justificación en aquel sistema y no en el de la responsabilidad civil que aquí se debate, he de tomar solamente el porcentaje que arroja la suma de las lesiones el cual arroja un 75 % -fs. 1252 y 1258 vta.-.

En este sentido, y atento a la referencia de las co-demandadas al dictamen de la Comisión Médica, cabe destacar también que no se puede perder de vista que el dictamen de la Comisión Médica que refiere que se trata de una enfermedad inculpable, no vincula el criterio del Juez ya que aquí cabe tener en cuenta nuevamente que en el ámbito civil la calificación del daño se rige por otras reglas.

De esta manera y por aplicación de la fórmula matemática financiera, sin la corrección de la variable "mejora del salario" por las razones expuestas, he de considerar la suma de \$2.553 teniendo en cuenta los salarios efectivamente percibidos en la época en que se habría consolidado el daño (ver recibos salariales de fs. 24/29), aunque sí receptando la de la edad de 75 años como correctiva, en cuanto a contemplar una expectativa de vida que válidamente puede determinarse como un dato estadístico general y el porcentaje de incapacidad informado por el perito con los ajustes antes indicados -75%- y tomando en consideración un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que prosperara el rubro es de \$330.000.

En cuanto al daño moral hemos señalado: "*... para determinar su cuantía, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que*



llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia."

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual" (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Asimismo y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria: "Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. Cit. Pág. 466)".

Sentado lo dicho, he de tener en cuenta como particularidad del presente la edad del actor al momento del infortunio que lo ubica en una situación que puede calificarse como de límite entre la imposibilidad de continuar desempeñando las tareas que toda su vida han contribuido a sus sustento y al de su familia, y la dificultad de conseguir una nueva actividad atento a su incapacidad y su edad, momento en que la reinserción en el mercado laboral resulta muy difícil, proponiendo en consecuencia fijar la suma de \$70.000 en este concepto.



En cuanto a la inconstitucionalidad, es doctrina y jurisprudencia que puede calificarse de consolidada, que la reconocida facultad de control de institucionalidad conferida a los jueces debe ejercerse en función del caso concreto, evitando así declaraciones abstractas, atento al efecto que ello produce, esto es inaplicabilidad de la norma afectada.

El desarrollo del control de constitucionalidad en nuestro país no puede desvincularse de la sanción de la Ley de Riesgos de Trabajo y la originaria prohibición de acudir a la acción civil, salvo caso de dolo eventual.

Así, la anterior opción que preveían los sistemas de accidentes de trabajo vino a ser remplazada por un régimen que directamente vedaba el acceso a la reparación civil la cual, y esto fue el centro de las distintas argumentaciones, era la que permitía una reparación integral del daño, incluyendo la posibilidad de un resarcimiento que se enfocara en una visión más humanista del trabajador, ya que no se limitaba a considerarlo en su faz económica.

Este tránsito se dio a través de distintos carriles, en orden a encontrar válvulas que admitieran el acceso a la reparación integral, encontrando en la tacha de inconstitucionalidad la herramienta para ingresar a aquella.

En el mencionado desarrollo, se fueron exponiendo distintas soluciones y alternativas en primer término la improponibilidad de la demanda, luego la comparación de sistemas para posibilitar la declaración de inconstitucionalidad y más tarde las modificaciones legislativas que buscaron aumentar las prestaciones sistémicas para que el Régimen de la Ley de Riesgos de Trabajo resultara aplicable.

Estas etapas fueron acompañadas por pronunciamientos de la Corte en los distintos precedentes que



buscaron uniformar la jurisprudencia de los tribunales inferiores y brindar las directrices en su rol de intérprete máximo de la Constitución.

Así: *"En igual sentido, he sostenido que el dispositivo legal previsto por el artículo 39 inciso 1º de la L.R.T. en cuanto cercena -en principio, salvo el supuesto de dolo del empleador- la posibilidad del trabajador de reclamar un resarcimiento pleno e integral fundado en el derecho civil resulta incompatible con ciertos derechos y garantía de reconocida raigambre constitucional, como ser el de igualdad ante la ley (art. 16), el de propiedad (art. 17), el principio de "alterum non laedere" (art. 19) y el que establece que el trabajador gozará de la protección de las leyes (art. 14), los que se encuentran asimismo consagrados en diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Convenios de la O.I.T. ratificados por nuestro país (v. gr. Nro. 111) y que se consideran complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental.*

Por su parte, el constitucionalista Germán Bidart Campos señaló que "la arbitrariedad de la ley 24.557 incorpora además una discriminación violatoria de todos los principios y normas de los artículos 14 bis, 75 inc. 19 y 75 inc. 23, entre otros, sin omitir la igualdad del artículo 16, porque precisamente sustrae al trabajador de la posibilidad de acudir a la aplicación de las normas generales sobre responsabilidad por daño e indemnización plena del que ha sufrido (ver el brillante dictamen del Fiscal de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ...)" "Si a este resultado se lo pretende sustentar en una supuesta flexibilización laboral con grave desmedro del principio favor debilis y del principio in



dubio pro operario, hemos de alzar desde el derecho constitucional una voz de reproche ("Un desmadre en la Seguridad Social a causa de una ley inconstitucional en materia de daños", Columna de Opinión, La Ley 15/9/2000).

La doctrina especializada del Fuero ha sostenido que "la veda del art. 39 de la Ley sobre Riesgos del Trabajo considera que la condición del trabajador dependiente es un dato de diferenciación objetiva y suficiente para darle un trato peyorativo y excluirlo así -a él y a su familia- del derecho a la reparación integral del daño que, frente a idénticas situaciones, se reconoce al resto de las personas" (Cfe. "Los jueces abolieron el inconstitucional artículo 39 Ley sobre Riesgos del Trabajo...", en Derecho del Trabajo año 2000 B).

Por su parte, el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Dr. Eduardo O. Álvarez expresó que "el Alto Tribunal ha sostenido hasta el hartazgo que el trato diferenciado debe tener por basamento circunstancias objetivas razonables, que justifiquen apartarse de una garantía que es pilar de la forma republicana y que no puede alegarse con seriedad, en mi opinión, que esta excepción se configure por el mero motivo de ser sociológicamente dependiente y haber celebrado un contrato de trabajo. No creo que sea coherente con los principios de la Carta Magna y de los ya mencionados Tratados Internacionales un universo jurídico en el cual un grupo numerosos de personas (los trabajadores) no tienen derecho a que los indemnicen en forma integral y plena cuando otros los dañan con su ilicitud, ni siquiera la Constitución de 1853, en su literalidad originaria y anterior al llamado de constitucionalismo social, admitiría la existencia de ciudadanos de segunda, que a diferencia de los demás habitantes que, en cambio, sí pueden invocar libremente el "in integrun restituto". Asimismo, señala el



Fiscal General ante la Cámara que "el moderno derecho de daños tiene hacia la tutela de la víctima y esta tutela debe ser más intensa cuando esa víctima es un trabajador, porque confluye la protección del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Vale decir, que el dependiente posee una doble tutela (por ser víctima y por ser trabajador) y esto es razonable porque no tiene otro capital que su salud ni otra forma de vivir que poniendo a disposición de otro su fuerza de labor" (conf. en Dictamen nro. 29666, "Pérez, Liliana del Carmen c/ Proinversora S.A. y otros s/Accidente -Acción Civil")." ("GOMEZ FERNANDO GABRIEL C/ LINEA 22 S.A. S/ ACCIDENTE - ACCION CIVIL" SALA I- la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo-18/8/2015-www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-137436682.pdf).

Por todo lo expuesto, tomando en consideración las circunstancias precedentemente expuestas, cabría considerar que, el régimen de reparación previsto por la Ley de Riesgos del Trabajo resulta insuficiente para resarcir en forma íntegra el perjuicio sufrido por el trabajador, como consecuencia de su desempeño laboral para su empleadora. En razón de ello, propicio declarar -en el caso de marras-, la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.557.

En este caso, al demandar el actor incorporó el planteo de inconstitucionalidad a partir de la comparación entre lo que le brindaba la indemnización de la ley 24.557 y lo que percibiría de prosperar la acción civil, resultando claramente ventajosa esta última.

Cabe destacar que las variables con las que efectuó la comparación, resultan similares a las determinadas en esta decisión que acoge la pretensión, de modo tal que pese a que posteriormente la ley 26.773 introdujo mejoras, tales como el 20 % relacionándolo con "todo otro daño" que tuvo en mira incluir aspectos extrapatrimoniales y el reajuste de las



prestaciones dinerarias a través del RIPTE, estas cuestiones no estaban previstas al demandar, razón por la cual, corresponde declarar en este caso la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557.

En cuanto a la responsabilidad de la ART, vale destacar que el origen de la misma, reposa sobre deberes propios y específicos que resultan claramente diferenciados de los de la empleadora.

En ese sentido la Ley de Riesgos de Trabajo pone en cabeza de las ART la obligación de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo.

Así: *"... recogiendo las consideraciones de un ingeniero especialista en la materia, que una prevención eficaz de los riesgos del trabajo implica, para las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, las siguientes obligaciones: a) Evaluar y detectar los riesgos del ambiente laboral y de cada puesto de trabajo. b) Determinar las medidas técnicas para neutralizar los riesgos detectados. c) Verificar que el empleador cumpla con esas medidas de prevención. d) Denunciar al empleador que no adopta las medidas de control de los riesgos de trabajo. La actividad que se exige es incluso más amplia, pues no abarca solamente los puestos de labor o el establecimiento en general y en abstracto. El deber se extiende a verificar las condiciones de cada trabajador, considerando sus particularidades. La protección se adeuda a los sujetos, no a la empresa."* ("Riesgos del trabajo" Juan J. Formaro, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 341).

Así: *"Si bien no se desconoce que a partir del caso "Torrillo", la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la posibilidad de condenar civilmente a la ART respecto de los daños laborales, ello ha sido así siempre que*



se demuestre que existió un nexo de causalidad adecuado entre dichos daños y la omisión o cumplimiento deficiente de los deberes legales de la aseguradora."

"La parte que pretende un resarcimiento suplementario a cargo de la ART debe acreditar de un modo concluyente cuales son las omisiones y descuidos de la aseguradora, y de qué manera y hasta qué extremo estas omisiones incidieron en el resultado dañoso. En el fondo, el problema pasa por determinar si la aseguradora incurrió en una omisión específica, y si media una adecuada relación de causalidad entre la omisión y el daño (cfr. MAZZINGHI (h.), Jorge Adolfo, "Un accidente de trabajo y dos responsabilidades civiles sin un fundamento convincente", RCyS 2012-VII, 213)."

"Es que, como con acierto se ha indicado: "la procedencia formal de la acción intentada no depende simplemente de la genérica invocación de responsabilidad de la aseguradora de riesgos del trabajo con sustento en normas de derecho civil, como si ello generara mágicamente una presunción a favor del trabajador que la aseguradora debiese desvirtuar. Es preciso señalar que, en lo que a cargas probatorias se refiere, rigen las pautas del artículo 377 del CPCCN y que, por lo tanto, corresponde al reclamante, en causas como la de autos, en la que se imputa a la aseguradora responsabilidad por omisión de sus deberes, explicar cuáles son los deberes supuestamente incumplidos por ésta que generaron o posibilitaron la ocurrencia del daño cuya reparación se reclama, lo que supone un análisis concreto y específico de la actuación de la aseguradora (o de su falta de intervención) en relación con el riesgo laboral que habría producido el perjuicio. De tal modo, pues, es necesario un relato bastante más preciso que la simple y genérica mención del daño, por un lado, y de los deberes de las aseguradoras de riesgos del trabajo, por el otro, ya que se requiere un



análisis que vincule detalladamente ambas circunstancias entre sí y con los hechos del caso y del que resulte la relación causa-efecto entre ellas" (CNATr, sala IV, Sarza Yrala Marcelino c. Tec Limp S.R.L. y otro s/accidente - acción civil, RCyS 2012-VII, 214, citado por esta Sala en "CASTILLO ULISES ARIEL c/PREVENCIÓN ART S.A. s/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", EXPTE. Nro. 369.736/08)."(Sala I-12/8/14 "Aguilera Luis Bautista c/ Petrobras Energia S.As/ Accidente Acción Civil")

Bajo estos conceptos, es que la invocación genérica de incumplimientos y la ausencia de actividad probatoria, en relación a las conductas que pudo haber omitido la ART y su relación específica con la dolencia del actor, impiden la condena en los términos que pretende el accionante.

Adviértase que la prueba que aporta elementos concretos, podría ser la referida a algún profesional de seguridad e higiene, sin que los testimonios de los compañeros de trabajo resulten concluyentes, pues lo que se debe probar en el ámbito de la acción civil, en el que no juegan las presunciones del ámbito laboral, es el incumplimiento concreto de determinados deberes y la relación de causalidad con el daño, extremos éstos que por la especificidad técnica que asumen no es posible tener por acreditados sólo por testimonios, debiendo recordar que como ya se señalara, las presunciones del proceso laboral no resultan aplicables en el ámbito de la acción civil aquí intentada.

Abona lo expuesto, que el alegato del actor no efectúa una relación entre los deberes específicos y su incidencia en el daño concreto, ya que en ese aspecto, se limita a consideraciones genéricas tanto de doctrina como de jurisprudencia, todo lo cual impiden hacer extensiva la condena en esta sede en el modo solicitado por el actor.



Finalmente, y en lo que se refiere a los intereses, deben computarse desde la fecha que tomó conocimiento de la enfermedad en agosto de 2.010. La tasa que se aplicará será la activa del Banco Provincia del Neuquén, conforme criterio unánime de la Cámara.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso del actor y condenar a Moño Azul S.A a hacer íntegro pago al actor de la suma de \$ 400.000, con más sus intereses, en la forma ya dispuesta imponiendo las costas a la demandada vencida, rechazando la acción contra PREVENIR ART, imponiéndose las costas del rechazo al actor.

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.- Revocar la sentencia de fs. 1336/1345 vta., condenando a MOÑO AZUL SA a abonar la suma de \$ 400.000 con más sus intereses, en la forma fijada en los considerandos y rechazando la acción contra PREVENIR ART.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada y las del rechazo de la acción contra PREVENIR ART al actor.

III.- Dejar sin efecto los honorarios de los profesionales intervinientes, procediéndose a su determinación para cuando se practique la correspondiente liquidación, difiriéndose los de Alzada (art. 15 de la Ley 1.594).

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

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA**