NEUQUEN, 30 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CHANDIA PABLO RAMON C/ SAIGRO S.A. S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"**, (**JNQCI2 EXP** Nº **388150/2009**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 586/591, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por los fundamentos que expone la a quo respecto de los presupuestos de la responsabilidad civil y de la carga de la prueba.

Aclara que su parte negó todos y cada uno de los hechos relatados por la actora.

Luego, dice que le nexo causal no se encuentra probado en estas actuaciones, como tampoco la culpa del empleador, más aún ni siquiera el accidente se encuentra acreditado.

Sigue diciendo que ante la ausencia de testigos y de medios probatorios que puedan confirmar los dichos del actor en cuanto al accidente y su mecánica, debe concluirse en que no hay accidente, no hay culpa del empleador, no hay relación de causalidad, ni hay responsabilidad civil.

También se queja por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557, sosteniendo que mal puede considerarse abstracta la cuestión por aplicación del art. 17 de la ley 26.773, ya que esta última ley no resulta de aplicación en autos.

Vuelve sobre la carencia de prueba respecto de la existencia del accidente de trabajo, con transcripción parcial de los dichos de los testigos.

Critica la procedencia del daño moral, en tanto no existe relación causal entre la dolencia y el accidente.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 616/617.

Afirma que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Dice que la sentencia de grado ha encuadrado la cuestión en el art. 1.113 del Código Civil, vigente al tiempo del acaecimiento del accidente, por lo que para exonerar a la demandada de la responsabilidad, se debe probar la culpa de la víctima o un hecho fortuito o fuerza mayor.

Sigue diciendo que, analizada la prueba rendida en la causa, la jueza de grado concluyó en que no puede atribuirse culpa a la víctima en la producción del hecho dañoso.

Sostiene que la recurrente pretende desconocer la existencia misma del accidente, pretensión que se opone a los actos de la propia demandada, toda vez que los testigos ofrecidos por esa parte declararon que conocieron de la existencia del accidente, sin presenciarlo; en tanto no se encuentra controvertido que existió intervención de la ART.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones sometidas a conocimiento de la Alzada, entiendo que el memorial de agravios de la parte demandada, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Consecuentemente no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Comenzando con el análisis de la apelación, he de abordar, en primer lugar, el agravio referido a la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557, declaración que no ha sido ordenada por la jueza de grado, quién ha considerado que su tratamiento devino abstracto como consecuencia de lo normado en el art. 4, último párrafo de la ley 26.773.

Asiste razón a la recurrente en orden a que la ley 26.773 no resulta de aplicación en autos, dado que se ha denunciado que el accidente de trabajo ocurrió el día 16 de abril de 2007, en tanto que la ley 26.773 fue promulgada el día 25 de octubre de 2012, o sea con posterioridad al acaecimiento del hecho dañoso.

No obstante ello, esta Sala II ya se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Al fallar la causa "Gorosito c/ Riva S.A." (expte. n° 200.687/1997, P.S. 2011-II, n° 55) se dijo: "*…en la causa "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales S.A." (sentencia del 21/9/2004), posterior a la resolución dictada en autos, entiendo que la Corte ha decidido la inconstitucionalidad genérica del inc. 1° del art. 39 de la Ley 24.557.*

"La resolución de la Corte Suprema obrante en el sub lite hace hincapié en el concepto de reparación integral y, por ello, subordina la apreciación de la conformación o no de la tarifación con aquél concepto, a la tramitación de la causa a efectos poder comparar ambas indemnizaciones (la que debería otorgarse por el régimen de la Ley 24.557 y la derivada de la aplicación de las normas del derecho común).

"Más, en el precedente "Aquino", la Corte agrega un nuevo argumento para determinar la invalidez ab initio de la norma en cuestión, y es la violación del principio de igualdad ante la ley: "la igualdad de tratamiento ante la ley

–no exenta de razonables distinciones- no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa por un infortunio, privándole de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares. Ello, debido a la ausencia de toda relación lógica y normativa entre la condición de trabajador y la denegación del acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general previsto en el Código Civil, que no encuentra compensación adecuada en un régimen sustitutivo de indemnizaciones tarifadas, cuya adopción –y la ponderación de sus eventuales ventajas comparativas- no es producto de la libre elección de la víctima" –voto de la Dra. Higton de Nolasco-. Se destaca también en el mismo fallo que "mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social, sino que ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una preferencia legal inválida por contraria a la justicia social".

"Esta postura asumida por la Corte es mantenida en "Díaz c/ Vaspia S.A." (sentencia del 7/3/2006).

"Se advierte, entonces, que la posición que surge de la sentencia obrante en autos ha sido superada por el mismo tribunal, no siendo adecuado al principio de economía procesal, persistir en la comparación entre ambas reparaciones cuando el criterio ha sido ya dejado de lado. Además, cuando este camino de superación tiene una clara impronta moral, que avanza sobre el utilitarismo determinante de la sanción de la Ley 24.557. Desde esta concepción moral es claro que ningún retaceo al principio de reparación integral puede justificarse ya que la renuncia a un resarcimiento completo importa la subsistencia del daño y el sacrificio de la autonomía de la

víctima en beneficio de otro u otros. En otras palabras, importa su explotación en beneficio de un tercero, vedada por el imperativo categórico que impone tratar al ser humano como un fin en si mismo (cfr. Gueselaga, Eladio, "La limitación de la responsabilidad por accidentes y enfermedades profesionales" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2010-I, pág. 125 y sgtes.).

"Consecuentemente la declaración de inconstitucionalidad determinada por el a quo resulta razonable desde el momento que no se adecua a la manda de los arts. 14 bis, en cuanto brinda especial protección al trabajo y determina como uno de los fines del Estado la realización de la justicia social, 16 –principio de igualdad ante la ley-, 17 –inviolabilidad del derecho de defensa-, 19 –alterum non laedere-, y 28 –prohibición de alterar los derechos y garantías constitucionales mediante las leyes reglamentarias- de la Constitución Nacional, ni a los principios emergentes de los tratados sobre derechos humanos incorporados al texto constitucional, instituir una prohibición de acceso a la vía del derecho común para el trabajador que ha sufrido un infortunio laboral, por el solo hecho de ser tal, negándole a aquél lo que se concede a otros en similares circunstancias".

Conforme lo dicho es que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la manda del art. 39 inc. 1 de la LRT, habilitando la vía civil intentada por el actor de autos.

IV.- La jueza de grado ha tenido por probada la existencia del accidente de trabajo en tanto la demandada efectuó la denuncia pertinente ante la ART; ésta brindó las prestaciones dinerarias y en especie pertinentes como así también indemnizó al trabajador por la incapacidad homologada en sede administrativa (15%).

Resulta ajustado a las constancias de la causa lo afirmado por la apelante respecto a que ella negó la existencia del accidente de trabajo y su mecánica en la contestación de demanda, como así también que ninguno de los testigos que declararon en autos presenciaron el hecho dañoso.

Ahora bien, la empleadora efectuó la denuncia del accidente de trabajo ante la ART, tal como lo corrobora el testigo Hoses –apoderado de la demandada-: *"Yo recuerdo que él dio aviso que había sufrido esa lesión pero se dio aviso a la ART, como se hace siempre, se hizo la denuncia de accidente…Pero la denuncia se remitió a sus dicho nomás porque no había nadie en ese lugar…Terminó en lo que él contó porque no había nadie con él"* (acta de fs. 443/444).

El testigo enfatiza que la mecánica del accidente responde a los dichos del actor, pero no discute que el hecho dañoso se produjo en horario de trabajo y en el lugar de trabajo.

Luego, la ART detalla la mecánica del accidente y no la cuestiona ni discute, como tampoco lo hizo la demandada. Surge de la prueba documental de fs. 153 que la descripción del siniestro es la siguiente: *"Moviendo cajas, se golpea contra el marco de la puerta en la pierna izquierda, a la altura de la rodilla, provocando que ésta gire sobre si misma. Resulta con fuerte dolor e inmovilidad parcial de la pierna"*. Esta descripción aparece en toda las actuaciones labradas por la ART y, reitero, nunca se discutió ni cuestionó en sede administrativa.

Los testigos que declararon en autos señalan: *"…trabajamos en Talero 360, ahí cerca hay unas oficinas estábamos trabajando ahí, llaman por teléfono a un encargado que estaba conmigo y avisándole que había tenido un accidente Pablo Chandía, ahí volvemos a Talero y cuando ingresamos con*

la camioneta estaba en una silla de ruedas, y ya estaba lesionado y estaba esperando la ambulancia, preguntamos que le pasó y dijo que levantó una caja y cuando giró se golpeó con un escritorio o una puerta, después se lo llevaron…" (testigo Moreira, acta de fs. 230/vta.); *"…nosotros nos encontrábamos trabajando en otro edificio cuando nos avisaron de que había sufrido un accidente. Nos avisan por teléfono que Pablo Chandía había sufrido un accidente, entonces lo que hicimos fue regresar inmediatamente para saber que había pasado, regresamos al edificio de Talero 360, esa es la sede central de YPF…No recuerdo quién nos avisa. Por comentarios él lo que hizo fue que levantó una caja, giró y cuando giró se golpeó en el marco de la puerta, en su rodilla. Nos llamaron a nosotros, cuando llegamos estaba sentado en una silla, esperando que lo vengan a buscar para llevarlo al médico"* (testigo Silva, acta de fs. 231/vta.).

Por ende, surgiendo de las constancias de autos que el accidente se produjo en horario laboral y en el lugar de trabajo, que las tareas que desarrollaba el actor en ese momento eran propias de su débito laboral (de ello da cuenta el testigo Pino a fs. 324 vta.), y que la mecánica del hecho dañoso, más allá que responde a los dichos de la víctima, no fue cuestionada por la empleadora en oportunidad de efectuar la denuncia ante la ART, ni posteriormente durante el trámite administrativo seguido en los términos de la ley 24.557, entiendo que asiste razón a la jueza de grado en orden a considerar acreditada la existencia del accidente de trabajo y su mecánica.

La a quo ha atribuido responsabilidad a la demandada, en los términos del art. 1.113 del Código Civil, por servirse o tener bajo su cuidado la cosa productora del daño. No se identifica cuál es la cosa productora del daño,

entendiendo, por el desarrollo anterior, que es el bulto o caja que el actor portaba en el momento del accidente.

Si bien la sentencia de grado es imprecisa en este aspecto, la recurrente no se ha agraviado sobre esta conclusión, por lo que la misma llega firme a esta instancia.

Tampoco la accionada ha logrado acreditar que el accidente se produjera como consecuencia de la culpa de la víctima, al no utilizar los elementos de seguridad, conforme se advierte del interrogatorio realizado a los testigo que declararon en autos. No se encuentra invocado, y menos probado, que elementos de seguridad no utilizaba el actor en el momento de lesionarse, ni tampoco en que hubiere incidido la no utilización de esos elementos, dada le mecánica del accidente.

Por ende ha de confirmarse el fallo de grado en cuanto hace responsable a la demandada en los términos del art. 1.113 del Código Civil por los daños que sufre el actor derivados del accidente de trabajo sufrido el día 16 de abril de 2007.

V.- Resta por analizar el agravio de la demandada referido a la procedencia del daño moral.

Si bien la recurrente no es clara al formular este agravio, entiendo que su crítica se centra en que el actor padece una enfermedad (diabetes) que no se vincula con el accidente de trabajo, y que sería la causa de su padecimiento espiritual.

Sin perjuicio de señalar que el resultado de la prueba pericial psicológica es solamente uno de los elementos que la jueza de grado toma en cuenta para condenar a la accionada al pago de la indemnización por daño moral, se advierte que el informe del perito es claro en orden a que se pudo constatar en el actor un elevado nivel de ansiedad, que

tiene que ver con la preocupación o frustración por los cambios originados en su vida luego del accidente; cambios que se vinculan con la incapacidad física generada en la rodilla, y que afectan su capacidad laboral, deportiva y de recreación, entre otras (fs. 287). Esta conclusión se reafirma con las explicaciones brindadas por el perito a fs. 295 a la impugnación formulada por la demandada: *"Se tuvo en cuenta que el actor padece una enfermedad física, como es la diabetes. Sin embargo, el malestar generado en estado psíquico del actor corresponde a las consecuencias del accidente donde sufrió daño en la rodilla, limitando su capacidad laboral, social y deportiva"*.

De lo dicho se sigue que si bien el perito psicólogo tuvo en cuenta la enfermedad de base del actor, las consecuencias perjudiciales en su estado anímico son atribuidas al accidente de trabajo, explicando por qué.

En consecuencia, se confirma la procedencia de la indemnización por daño moral y su cuantía.

VI.- Antes de finalizar mi voto cabe llamar la atención sobre la incorrecta foliatura y refoliatura que presentan los cuerpos de este expediente, circunstancia que ha sido oportunamente señalada por la Presidencia de la Cámara de Apelaciones, y que ha obstaculizado la individualización de los aspectos del trámite que se entendió necesario destacar para la fundamentación del voto.

Adviértase que existen hojas donde se cuenta con tres foliaturas distintas, sin que surja cuál es la correcta, debiendo acudirse a las fojas antecedentes o posteriores para conocer la numeración de que se trata.

Por ende, se ha de requerir a la Directora de la Oficina Judicial Civil que, en lo sucesivo, se de cumplimiento al art. 14 del Reglamento de la Justicia, como así también se

inutilice la numeración errónea en oportunidad de procederse a la refoliatura total o parcial del expediente.

VII.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio de grado, haciendo saber a la Directora de la Oficina Judicial Civil lo manifestado en el punto VI.- de la presente sentencia.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

El **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO 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. 586/591, haciendo saber a la Directora de la Oficina Judicial Civil lo manifestado en el punto VI.- de la presente sentencia.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

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