NEUQUEN, 22 de Junio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLOR Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL " (JNQCI1 EXP 327220/2005) ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. s/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL" (Expte. N° 327220/5)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 1619/1641 la *A-quo* dictó sentencia, decretó la inconstitucionalidad del art. 39 ap.1 de la ley 24.557 planteada en ambos expedientes acumulados, rechazó el planteo de inconstitucionalidad formulado en el expediente N° 327220/05 respecto de la prohibición de indexación contenida en las leyes 25561, 23928 y decreto de necesidad y urgencia 214/02 y condenó a la demandada en ambos expedientes, a abonarle a cada uno de los actores las sumas indicadas en los considerandos, con más intereses y costas. Además, hizo lugar a la defensa opuesta por ASOCIART ART S.A. y en consecuencia rechazó la pretensión de hacer extensiva la condena en su contra.

A fs. 1645 apeló el actor Alberto Marambio y a fs. 1647 hizo lo propio la demandada.

El primero expresa agravios a fs. 1678/1690vta. Se queja porque considera que existió una errónea valoración respecto de la naturaleza, el origen, el mecanismo de producción y hasta la magnitud de la afección invalidante que presenta el actor.

Critica, el rechazo de la impugnación efectuada por esa parte al informe médico oftalmológico de la Dra. González.

Dice, que el daño está relacionado con la cantidad y concentración de amoníaco y que es posible que se produzca ceguera permanente.

Además, señala que una de las lesiones oftalmológicas típicas que presenta el actor está constituida por el leucoma corneal, esto es la opacificación de la córnea, la que pierde su transparencia normal.

Manifiesta, que la Dra. González desconoce las graves consecuencias de la intoxicación aguda del amoníaco y que hasta el 29 de septiembre de 2003 el actor se encontraba en óptimas condiciones físicas y mentales para cumplir integralmente con todas las exigencias físicas, psicológicas y técnicas que su puesto de trabajo requería. Dice, que después se vio obligado a utilizar una licencia médica prolongada para acogerse al beneficio de jubilación por invalidez.

Peticiona la nulidad del informe y en especial de lo manifestado en los puntos 1, 2, 3 y 5 de las preguntas propuestas por esa parte. También solicita el replanteo de la prueba oftalmológica.

Por otra parte, critica la exclusión de responsabilidad de la ART. Manifiesta que se agravia por el rechazo de la condena solidaria a la misma, no sólo por la citación en garantía efectuada, sino también por la extensión de la totalidad de la condena lograda en autos.

Sostiene, que se encuentran acreditados los incumplimientos de la ART en función del art. 1074 respecto a las normas de seguridad e higiene del trabajo, ausencia de cursos de capacitación en seguridad e higiene, y la más grave la falta de denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, quien ejerce el poder de policía en Seguridad e Higiene.

Alega, que la ART demandada desconocía por completo los riesgos a los que se hallaban sujetos los trabajadores de la Cooperativa Frutícola La Flor. Manifiesta que el art. 4° de la ley 24.557 debe ser interpretado en armonía e integración con el art. 1074 del CC y los arts. 901, 902, 903 y 904 del mismo cuerpo.

Por último, se agravia porque considera insuficiente la indemnización otorgada en concepto de daño moral.

Sostiene, que el siniestro con su perpetua secuela para el actor, le genera indudablemente un agravio moral considerable. Dice, que se ve privado de su tranquilidad y equilibrio espiritual ante los irreparables efectos. Peticiona que con fundamento en la pericia médica producida, la incapacidad real del Sr. Marambio y los padecimientos sufridos durante los últimos quince años, la indemnización por este rubro se eleve a la suma de $ 200.000.

Luego, a fs. 1693/1699 expresó agravios la demandada. Dice, que la *A-quo* soslaya el planteo medular formulado por el actor quien al demandar reclamó puntualmente por su ceguera y daño agudo en el aparato respiratorio.

Se agravia, porque fue desestimada totalmente la pretensión respecto a la incapacidad sobreviniente y al lucro cesante pero se le cargan la totalidad de las costas, inclusive las de la co-demandada Asociart. Manifiesta, que la misma fue demandada por el actor y que no fue objetada por parte del mismo su citación en garantía. Solicita que se haga lugar al agravio y se impongan las costas en forma proporcional.

Además, se queja porque el actor en base a la incapacidad que le otorgó la Comisión Médica Previsional, para acceder a la jubilación por invalidez con causa de ceguera

renunció al empleo y gestionó y obtuvo de su empleadora la indemnización del art. 212 inc. 4° prevista para enfermedad inculpable, por lo cual no resulta procedente el daño moral con causa en el accidente padecido, porque el *A-quo* desestimó el nexo causal.

Subsidiariamente, para el caso que no prospere el agravio respecto a la procedencia del daño moral se queja por la cuantificación del mismo. Alega, que además el actor no ha producido prueba alguna sobre secuelas derivadas por parálisis de cuerda vocal como secuela de la prolongada entubación.

Manifiesta, que la Jueza de grado señala que de los padecimientos que sufrió el actor no le quedaron secuelas, por lo que resulta contradictorio no sólo que prospere el daño moral sino el monto en que se cuantifica.

A fs. 1701/1704 Cooperativa La Flor SCL y a fs. 1706/1710 Asociart ART contestaron los agravios del actor Marambio. Ambos solicitaron su rechazo con costas.

A fs. 1645 los letrados del mencionado actor apelaron sus honorarios por bajos.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar los recursos.

En el caso de autos, no se encuentra controvertida la existencia del accidente y tal como lo señala la *A-quo* a fs. 1626, *“ha sido suficientemente acreditada con las constancias obrantes en la causa penal que corre por cuerda”.*

1. En punto a la petición de replanteo de prueba en Alzada que efectúa el actor a fs. 1683, esta Sala sostuvo: *"En relación al pedido de apertura a prueba en la Alzada, entiendo que es improcedente por cuanto lo requerido no se ajusta a ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 260 del C.P.C. y C. para la producción de prueba en esta etapa (…)".*

*"*En este sentido, se ha expresado: "[…]*que la apertura a prueba en la segunda instancia se encuentra limitada a los supuestos previstos por los incisos 2do. y 5to., – apartados a) y b) – del artículo 260 del Código Procesal; es decir en la hipótesis de tratarse de un replanteo de prueba o cuando se hubiese alegado un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el artículo 365 del citado cuerpo legal".*

"Es así que cualquiera de las partes, puede solicitar el diligenciamiento en esta segunda instancia de la prueba indebidamente denegada en primera instancia ó respecto de la cual hubiere mediado una también errónea declaración de negligencia o caducidad por negligencia (v. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado", 5ta. edic. actualizada, Edit. Abeledo Perrot, Año 2010 pág. 604)".

"En este contexto, la petición en la Alzada, debe encontrarse debidamente fundada (artículo 260 inciso 2 "in fine"), lo que implica la necesidad de señalar los errores cometidos en la resolución del magistrado de grado, a los efectos de demostrar que las probanzas no fueron correctamente denegadas o decretadas negligentes o caducas (…)".

"Así las cosas, este Tribunal ha sostenido que la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia, siendo

solo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada (CNCiv. Sala H, 3/9/97, in re "Kirikian, Jorge A. y ot. c/ Delmas Sabia, Marcos A", LL 1998-B-pág. 434)".

"En su mérito, al no observarse que se encuentren configurados ninguno de los supuestos que habilitarían la producción de prueba en los términos del mencionado artículo 260 del código de forma, se desestima la solicitud que se efectúa" (CNCiv., Sala H, *"D., J. A. c. M., E. y otros s/ daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux."*, 15/08/2014; AR/JUR/45056/2014), ("MENDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS", Expte. Nº 395618/2009).

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el replanteo de prueba pedido por el actor atento que no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 260 del C.P.C. y C.

2. Luego, en punto a la primera crítica del actor, adelanto que resulta procedente.

Es que, con respecto a la valoración del informe pericial, esta Sala sostuvo: *"Debe recordarse que el principio general que rige en esta materia, es la de que los informes periciales no constituyen prueba legal".*

"Este principio es trascendente, en tanto implica que el juez no está sometido a sus conclusiones, sino que tiene libertad para apreciarlas; es más, puede dictar sentencia en contra de lo que se dispone en las pericias".

"Esto es de fácil comprensión, en tanto resultaría absurdo que el Juez se viera obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera -así

proviniera de dos o más peritos en perfecto acuerdo- si, pese a ello, le pareciera absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia o a hechos notorios. "Esa sujeción servil haría del juez un autómata, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa, lo cual es inaceptable" (cfr. Koch, Eduardo Alfredo; Rodríguez Saumell, Mariana, "Informe Pericial (su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y Deberes del Juez)", La Ley 1990-a-881, con cita de Devis Echandía, Hernando, "Teoría de la Prueba judicial", T.II, pág. 334)".

"También es claro, que la posibilidad de disentir no es absoluta: rige aquí la idea de la "sana crítica".

"Como sostiene Ammirato "si bien la ley no ha definido a las aludidas reglas de la sana crítica, suponen la existencia de ciertos principios generales que han de guiar en cada caso la apreciación de la prueba en tanto operación de la inteligencia, y que excluyen, en consecuencia, la discrecionalidad absoluta del juez. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y de las reglas del correcto entendimiento humano, y por otro de las llamadas máximas de experiencia, esto es, los principios extraídos de la observación corriente del comportamiento del hombre".

"Corolario de lo expuesto es que la opinión del perito no es más que un elemento auxiliar para la formación de la convicción del juez en el acto de juzgamiento, y cuya fuerza probatoria debe ser estimada conforme a las reglas del buen sentido y según el resultado de las demás pruebas, indicios y presunciones que la causa ofrezca. Por lo tanto, los jueces no están obligados a aceptar los dictámenes periciales, si bien la sana crítica aconseja sin duda su aprobación cuando sus conclusiones aparecen suficientemente

fundadas y no pueden oponérseles argumentos que las desvirtúen".

"Empero, los argumentos susceptibles de desvirtuarlas, no habrán de ser necesariamente técnicos y/o científicos" (cfr. Ammirato, Aurelio Luis "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial", LA LEY 1998-F, 274)".

"Como se ha indicado en otras oportunidades, más allá de que se lo denomine "sentido común", "reglas del correcto entendimiento humano"; "máximas de experiencia", "reglas del buen sentido", si el razonamiento para apartarse del dictamen se basa en ellas y resulta que es serio, porque se fundamenta en el resultado de las demás pruebas, indicios y presunciones que la causa ofrece, no advierto que ello merezca ser reprochado".

"En igual línea, cabe aquí señalar que si bien es cierto que el Juez, por más que cuente con conocimientos no jurídicos, no puede suplantar o sustituir al perito, ello no determina que los conocimientos no jurídicos del juez no puedan ser utilizados para valorar más adecuadamente la prueba pericial en la oportunidad procesal pertinente, esto es, al dictar sentencia (cfr. Rodríguez, Juan Pablo, "La prueba pericial y las universidades" LL Supl. Act. 29/04/2008, pág. 1)", ("CANTERO GREGORIA C/ TOLEDO MIRYAM BEATRIZ Y OTROS S/ D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", Expte. Nº 400186/2009).

En el caso de autos, la perito oftalmóloga señala que las lesiones estructurales y funcionales que presentaba el actor al momento del examen del día 09/05/2008 no serían compatibles con intoxicación aguda con amoníaco (fs. 1158). Ello, a partir de considerar un informe que la misma agrega a su dictamen, suscripto por el Dr. Sergio Cetti, el cual no fue

oportunamente agregado a estos autos (cfr. art. 333 del C.P.C. y C.).

Al respecto dice: *"Adjunto asimismo fotocopia de resumen de historia clínica (traído por el familiar del Sr. Marambio) del Dr. Sergio Cetti desde el año 2000 al año 2002 en donde se informa que ya el Sr. Marambio presenta disminución de la agudeza visual, aumento de su presión ocular, excavación glaucomatosa y atrofia de papila"* (fs. 1158).

En definitiva, se ha producido la agregación de documental, fuera del momento procesal oportuno, lo cual no puede definir en este caso la suerte del litigio.

Al respecto se ha sostenido que: *"Si bien las normas regulatorias de la presentación de documentos en el proceso no son de orden público, lo cual podría llevar en ciertos casos extremos a la admisión de su agregación extemporánea, no cabe extender indiscriminadamente tal criterio excepcional a toda situación de esa índole planteada en el juicio, lo cual conduciría en la práctica a la derogación de las normas procesales que permiten el desarrollo ordenado de la causa",* (CNCIv. y Com. Fed. , Sala II, en autos "Tel Rad, S. A. c. Stromberg Carlson Corporation", 19/02/1986, La Ley On Line", AR/JUR/956/1986).

En este sentido, esta Alzada sostuvo: *"Entiendo que como principio general no corresponde la incorporación de prueba documental fuera de los momentos establecidos a tal fin por la legislación procedimental. Las normas procesales están destinadas a conseguir un desarrollo ordenado y armónico del proceso, preservando la igualdad de los litigantes y, en el caso concreto de la incorporación de la prueba documental, a evitar la desventaja de ignorar la existencia de un documento*

fundamental para el ejercicio del derecho de defensa, y por razones de lealtad y probidad", (Sala II en autos "RUIZ MIRTA CONTRA LEONI SILVINA MARCELA S/ DESALOJO POR FALTA DE PAGO", Expte. Nº 468607/12).

Es necesario además señalar, que sin perjuicio de la extemporaneidad de la agregación de la prueba, llama la atención que la perito tampoco señala qué familiar del actor le acercó la historia clínica, cuál fue el motivo, cómo es que el mismo tuvo conocimiento de su intervención, y menos aún las circunstancias de tiempo y lugar de la entrega del certificado. Así, como tampoco realiza estudios o fundamentos que lo corroboren.

Por otra parte, la experta nada dice en cuanto al informe efectuado por la Comisión Médica Central.

Además, los informes acompañados por la ART con relación a los exámenes de salud periódicos que se le realizaban al actor tampoco resultan suficientes a los fines de acreditar la patología previa que poseía el actor. Así, el de fs. 353 señala que en el año 2000 poseía una visión, en el ojo derecho de 3/10 e izquierdo de 5/10.

Luego, conforme surge del informe realizado el 09 de Mayo de 2002 por el Departamento de Medicina preventiva, el actor poseía agudeza visual en el ojo derecho de 9/10 y en el izquierdo de 10/10 (fs. 356). Además, el 29 de septiembre 2003 se indica agudeza visual en el ojo derecho de 08/10 e izquierdo de 06/10 (fs. 359).

En definitiva, surge de tales informes que los efectuados con posterioridad demuestran una mejor visión del actor.

Por otra parte, a fs. 924 del Dictamen de la Comisión Médica Central, el que entiendo determinante, surge: *"Que en la documentación aportada (fs. 06 a 34) que consta de historia clínica de internación en terapia Intensiva y de las interconsultas y estudios realizados y posterior evolución, surge a criterio de esta Comisión Médica Central que el accidente y sus secuelas orgánicas fueron de tal magnitud que no concuerda con lo consignada en el Acta acuerdo para determinar la incapacidad laboral (fs. 354 a 37) donde se fija incapacidad por la parálisis unilateral de cuerda vocal y se consigna "amaurosis secundaria a glaucoma crónico bilateral inculpable".*

"Que si bien de lo consignado en el Dictamen recurrido, el trabajador es portado de afección oftalmológica crónica (glaucoma) ajena al hecho súbito y violento denunciado como accidente de trabajo, no obran en el expediente constancias de preexistencia, en los términos de la normativa vigente, más aún, hasta el momento del siniestro realizaba tareas de medición que requerían una agudeza visual superior a la que presentaba durante la internación hospitalaria y hasta la actualidad (fs. 19): "permanece con disminución de la agudeza visual, con leve opacificación corneal" (…).

"Que a criterio de esta Comisión Médica Central corresponde determinar porcentaje de incapacidad por disminución de agudeza visual (3/10 y 1/10: 65%) además de la patología laríngea (parálisis de cuerdas vocales única: 5%) pues la real magnitud de las secuelas que presenta el trabajador como consecuencia del accidente denunciado genera una incapacidad superior a la estimada en el Dictamen recurrido".

"Que por lo expresado, esta Comisión Médica Central rectifica el porcentaje de incapacidad conforme lo dispuesto

por el marco legal vigente, el que junto a los factores consignados alcanza un valor de 73,93% (setenta y tres con noventa y tres centésimas por ciento".

En este sentido, el testigo Gerardo Moya dijo que: *"Lo fui a ver después de quince días de haber salido de la clínica y estaba sin poder ver y solo me reconoció por la voz y después lo volví a ver cuando tuve que declarar en el otro juzgado y estaba igual sin poder ver". "El usaba anteojos yo siempre lo veía con anteojos y yo sé que en el sector donde trabajaba era bandejero y ahí tiene números chiquitos donde el sí podía verlos y nunca se quejaba de que no veía",* (fs. 387vta.).

A partir de lo expuesto, es que el dictamen de la perito oftalmóloga no resulta suficiente a los fines de desestimar la pretensión del actor en cuanto a su patología visual. Es que más allá de las consideraciones expuestas en cuanto a su informe y la agregación de documental, la misma no efectúa un análisis de las constancias agregadas a la causa cuyas conclusiones son opuestas, a los fines de producir de esa manera la convicción suficiente para resolver la cuestión debatida, (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *"M., F. I. v. Provincia de Buenos Aires - Instituto de Previsión Social-"*, 27/03/2008, La Ley On Line, 70051928).

Por ello, teniendo en cuenta la edad del actor al momento del hecho (63 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por la Comisión Médica Central a fs. 925 (65%), el salario de $1055 (cfr. fs. 182 y sgtes.) y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala, la indemnización por este rubro procede por la suma de $ 70.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

3. Luego, en punto al recurso del actor respecto a la cuantificación del daño moral y al de Cooperativa La Flor por su procedencia, cabe señalar que esta Sala tiene dicho al respecto que: *"De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "consecuencias no patrimoniales") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial",* (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R.J., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires 2015).

En autos, comparto la valoración efectuada por la *A-quo* en cuanto a que debe considerarse *"la trágica forma en que se produjo el accidente, según los dichos de los testigos que declararon en autos, las constancias que emergen de las historias clínicas agregadas en estas actuaciones y a las que he hecho referencia precedentemente, el sufrimiento padecido en ocasión del infortunio y de su traslado, el sometimiento a los tratamientos médicos que debió soportar el actor, su prolongada internación en terapia intensiva, así como su edad a la fecha en que acaeció el siniestro"*, (cfr. fs. 1634vta.).

Además, a partir de lo expuesto en la presente debe considerarse que quedaron acreditadas las secuelas que el actor padece y que afectan su visión produciéndole tan alto grado de invalidez totalmente incapacitante, lo cual trae aparejado una perturbación de la tranquilidad, imposible de soslayar.

A partir de lo expuesto, procede confirmar el monto de condena por este rubro (art. 165 del C.P.C. y C).

4. Luego, en cuanto a la responsabilidad de la ART, preliminarmente cabe señalar que no se encuentra discutido el infortunio laboral por el cual el actor reclama en autos.

Al respecto, el TSJ sostuvo: *"Ya se brindaron algunas ideas acerca del deber de prevención, y se las vinculó con las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Ahora es forzoso ampliar los conceptos para resolver el planteo".*

"En tal sentido, se enunciaron –con transcripción del precedente "TORRILLO"-, las obligaciones que emergen de la ley 24.557. Estas se complementan con su Decreto reglamentario N°170/96 – entre otras normas-. A su respecto, en la citada causa la Corte Nacional expresó "La reglamentación de la LRT […] detalló diversos aspectos del desarrollo del plan de mejoramiento, al paso que previó, tanto que éste debía ser redactado 'en lenguaje claro, procurando evitar el uso de conceptos equívocos, de modo que el empleador pueda comprender con claridad sus compromisos e identificar los aspectos que debe mejorar para adecuarse a la legislación vigente' (art. 5°), cuanto que su marcha debía ser vigilada por las ART 'en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo', lo 29 cual implicaba verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan (art. 19, a y b)".

"El decreto citado también precisó que las ART debían brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a. determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b. normativa vigente

en materia de higiene y seguridad en el trabajo; c. selección de elementos de protección personal […] (art. 18)".

"El art. 19, a su turno, después de disponer que las ART 'deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo', destacó entre aquéllas, v.gr., brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c); promover la integración de comisiones paritarias de riesgos del trabajo y colaborar en su capacitación (inc. d); informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la LRT (y en el propio decreto reglamentario), en particular sobre los derechos y deberes de cada una de las partes (inc. e), e instruir a los trabajadores designados por el empleador, en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del plan de mejoramiento (inc. f)."(Considerando 5°)".

"Para completar el marco teórico referencial, cabe aclarar que el Art. 4 de la L.R.T. "Constituye la regla jurídica que enuncia el marco general de las obligaciones legales de prevención y control que pesan sobre la aseguradora y, por ende, puede válidamente integrar el basamento jurídico de una pretensión fundada en el art. 1074 del Código Civil" (FALLOS: 334:573, Considerando 3°) 5.3", (Sala Civil, PEREYRA CESAR OSVALDO CONTRA EMP. OMNIBUS CENTENARIO S.R.L. Y OTRO SOBRE ACCIDENTE ACCION CIVIL, Expte. N° 7- año 2012, Ac. 25/2016).

A partir de lo expuesto, corresponde analizar si en el caso de autos existieron los incumplimientos denunciados por la actora, y luego, en su caso, su incidencia causal en el daño.

La demandada alega que tal incumplimiento se corresponde con la falta de capacitación del personal y de denuncia ante la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, quien ejerce el Poder de Policía en Seguridad e Higiene.

En punto al primero de ellos, conforme surge de fs. 75, 76, 77, 78, 79, y 80, el actor fue capacitado en equipos de protección personal, señalización y riesgos específicos, uso de extintores portátiles, prevención de accidentes *in itínere*, levantamiento y transporte seguro de cargas y riesgo eléctrico.

Luego, en cuanto a la denuncia de la ART ante la Superintendencia de Riesgos del Seguro, el experto en seguridad e higiene sostuvo: *"En el Plan de Actuación de fecha 24/05/99 (ver hoja 17 y 18), se ha detectado intoxicación con amoníaco, se asesoró a la empresa, recomendando medidas correctivas para el caso. Con fecha 30/06/99 (hoja 44) se ha detectado riesgo de intoxicación por amoníaco, donde se reiteran las medidas que la empresa deberá implementar para evitar accidentes y enfermedades profesionales",* como también que en tal oportunidad se habían realizado las correspondientes denuncias ante la Superintendencia de Riegos del Trabajo (fs. 800/803), pero nada dice de lo expuesto en la constancia de visita de la ART a la empresa a fs. 788 y vta.

De acuerdo con dicha constancia de fecha 08/01/2003, *"Se toma conocimiento de un siniestro ocurrido en la planta donde explota un recibidor de amoníaco, no habiendo personas lesionadas, no obstante ante la gravedad del hecho se requiere que el Servicio de Seguridad e Higiene realice un informe de lo ocurrido, establezca las medidas de prevención, evalúe si la máscara que poseen sirve para siniestros de esta envergadura ya que la concentración de amoníaco es muy alta"* (fs. 788vta.).

Luego, no existen constancias en autos que la empresa haya realizado dicho informe, tampoco denunciado tal incumplimiento en cuanto a las medidas de prevención que debía establecer, ni que ello fuera denunciado ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Y en este sentido, resulta aplicable lo expuesto por el TSJ al sostener que: *"A partir de esta singular circunstancia del caso, resulta que la A.R.T. podía contar con la información suficiente para individualizar el concreto riesgo que implicaba el modo en que se realizaba el cambio de neumáticos de los colectivos, tornándose de tal forma previsible y posible de evitar la producción del hecho generador del daño con la denuncia al organismo estatal. Ello así, toda vez que esa medida es la que estaba legalmente a su alcance para evitarlo y hubiera permitido a la Superintendencia el oportuno conocimiento del estado de situación a partir del cual podía desplegar sus propias atribuciones para impedir la continuación del riesgo al que estaban sometidos quienes prestaban sus servicios en tales condiciones. Por consiguiente, queda comprobada la idoneidad de la inobservancia para evitar el daño y, por ende, su virtualidad para influir como adecuada causa",* (TSJ, en autos "PEREYRA" citados precedentemente).

En consecuencia, corresponde condenar a la A.R.T. por inobservancia de los deberes legales a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1.074 del C.C. -vigente al momento del hecho- y condenarla solidariamente con la demandada Cooperativa La Flor a abonarle al actor la suma por la cual prospera la demanda, con más los intereses y costas.

5. Por último respecto a las costas, la queja de Cooperativa La Flor no resulta procedente teniendo en cuenta

la forma en que se resuelve y que, al respecto, el TSJ ha sostenido que: *"Conforme lo tiene dicho este Alto Cuerpo, en los Acuerdos Nros. 151/95, 41/97 y 3/98, entre otros, del Registro de la Secretaría Actuaria":*

"[…] en los juicios de daños y perjuicios –aun cuando no se admita la procedencia de todos o algunos rubros reclamados o cuando los montos acordados sean inferiores a los originariamente pretendidos por la parte- las costas deben ser íntegramente soportadas por la autora del daño, pues integran la indemnización debida; ello en virtud de la naturaleza resarcitoria de la pretensión deducida y el principio de reparación integral" (cfr. PALACIO Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Tº III, pág. 107/108, Santa Fe, Año 1989; DARAY, "Accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada", Pág. 398, Nº 39)".

"En el mismo sentido, se ha expedido este Tribunal en los autos: "MORÓN de Gutiérrez, Antonia y Otros c/ ANTILLANCA MOLINA, Eduardo s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nro. 36 – Fº 190 – Año 1994, Acuerdo Nro. 151/95), donde sostuvo:

"[…] el hecho de que no progrese la demanda en alguno de los rubros resarcitorios pretendidos, no debe en principio incidir en el régimen de costas, cuando aquélla prospera en cuanto al fundamento de la condena resistido por el demandado al contestarla" (C.N.Especial Civil y Comercial, Sala III, mayo 5-1981, citado por MOISSET DE ESPANÉS, *Accidentes de Automotores*, T. II – pág. 80)".

"Tal criterio se basa en que en esta tipología procesal, la condena en costas tiene condición resarcitoria, pues son los necesarios gastos en que se ha visto obligado a

incurrir el damnificado para obtener el cobro del crédito, cuando en manos del deudor estaba evitarlo pagando a tiempo".

"Así, la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y sus resultados".

"En este entendimiento, es notorio que en el caso de autos las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte condenada que negó toda reparación –como lo demuestra la necesidad del pleito- y que, según se determinó en esta instancia, resulta responsable del daño sufrido por la actora".

"Y a los efectos de la imposición de costas, procesalmente resulta vencido aquel contra quien se declara el derecho y la resistencia que presupone el hecho del pleito ha de entenderse en el sentido que la actividad judicial resulte necesaria para la conducta del vencido. La actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a cuyo favor tiene lugar.", (Secretaría Civil, Ac. 11/2012, en autos "CAMPANO NORMA ESTHER C/ BARADELLO DANIEL PÍO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 184 - Año 2009).

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de Cooperativa Frutícola y de Consumo La Flor SCL en cuanto a las costas.

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la demandada deducido a fs. 1693/1699 y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el actor a fs. 1678/1690 y, en consecuencia, condenar a Cooperativa Frutícola y de Consumo La Flor SCL solidariamente con Asociart S.A. ART a abonarle al actor la suma de $170.000, con más los intereses que deberán calcularse conforme lo dispuesto a fs. 1636vta. e imponer las costas de

Alzada a cargo de los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Adhiero al voto de mi colega. En relación a las costas, coincido con la solución acordada, en tanto, en atención a la forma en que aquí se resuelve, deben ser impuestas a las demandadas en su condición de vencida. **MI VOTO.**

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación de la demandada deducido a fs. 1693/1699 y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el actor a fs. 1678/1690 y, en consecuencia, condenar a Cooperativa Frutícola y de Consumo La Flor SCL solidariamente con Asociart S.A. ART, a abonarle al actor la suma de $170.000, con más los intereses que deberán calcularse conforme lo dispuesto a fs. 1636 vta.

2. Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

3. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA