

En la ciudad de Buenos Aires, el 8 de Octubre del 2018 , reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

La Dra. Graciela A. González dijo:

Contra la sentencia de la instancia anterior se alza la parte actora y las codemandadas Asociart S.A., Aseguradora de Riesgos del Trabajo y Alto Paraná S.A. a tenor de los respectivos memoriales obrantes a fs. 465/475, 459/464 y 476/477.

Razones de orden metodológico me llevan a dar liminar tratamiento a la queja que vierte el accionante, quien se agravia de la decisión adoptada por la judicante de grado que desestimó la reparación integral pretendida por considerar a la víctima como productora del daño denunciado. Refiere la quejosa que la sentencia recurrida no es una derivación razonada del derecho vigente, en tanto se apartó sin motivo del texto legal y de la doctrina aplicable al caso, prescindiendo de la prueba traída al juicio y de los reconocimientos efectuados por las partes.

Sostiene el trabajador que la verdadera causa del accidente fueron los incumplimientos en materia de seguridad e higiene en que incurrieron las demandadas y el consentimiento de la empleadora de las condiciones de trabajo, por lo que reputa como injusto atribuir en forma total la responsabilidad a su parte. Manifiesta puntualmente que el hecho de que el actor no tuviera puestas las antiparras no prueba que ocurrida la agresión, éstas hubieran sido suficientes para evitar todo daño, en tanto sostiene que la eventual reprochabilidad formulada al accionante no alcanza a enervar la circunstancia de que un elemento de propiedad y bajo la guarda de las demandadas agredió y lesionó el ojo del actor incapacitándolo en el 52% de la total obrera.

Luego de analizar los elementos obrantes en la causa y teniendo en cuenta los propios dichos del trabajador, la judicante de grado concluyó que éste se encontraba realizando su tarea al momento del accidente infringiendo normas de seguridad e higiene, por lo que fue negligente al no utilizar la protección visual correspondiente.

Señaló la Dra. Graciela Carambia que no se produjo prueba en autos que acreditara la mecánica del accidente ni la circunstancia de que las antiparras que le otorgaron al accionante no fueran las correctas y se empañaran, así como que la empresa le hubiera dado la orden de que no utilizara protección alguna, para efectuar las tareas.

Ahora bien, el accionante denunció en el libelo inicial que el día 25/6/09 mientras se encontraba realizando sus tareas habituales a las órdenes de su empleador Miguel Héctor Tenchuk, en las plantaciones de montes de pinos propiedad de la codemandada Alto Paraná S.A., limpiando en uno de los sectores del monte los pastos y malezas que nacían en las inmediaciones de las plantaciones de pino, valiéndose de un machete, éste golpeó algo del suelo del monte y un cuerpo extraño salió violentamente despedido y se incrustó de lleno en el ojo izquierdo, lesionándolo gravemente. Indicó que “para realizar la tarea descrita no utilizaba ningún tipo de protección ocular, dado que le habían suministrado unas antiparras que no eran las correctas (se empañaban) y ante reiterados reclamos -por parte del actor y del

resto de los operarios- al capataz como a la prevencionista del lugar, se les había dado la orden de que no utilizaran ninguna protección para realizar el trabajo, hasta proveerles las correctas”.

Su empleador, Miguel Héctor Tenchuk, reconoció las tareas cumplidas por el accionante y sostuvo que periódicamente entregaba elementos de protección personal a su dependiente, tal como surge de la documental que acompaña, así como que el actor participaba de cursos de capacitación. Refirió que de los controles efectuados se advierte que Ramírez se rehusaba a utilizar las antiparras reglamentarias y que incluso el 19/4/08 fue apercibido por no contar con dicho elemento de seguridad en el desempeño de sus tareas. Manifestó que “de la lectura de la demanda surge a las claras que fue el mismo actor quien, actuando desprevenidamente y sin poner la atención debida macheteó la base de un pino en forma claramente inadecuada, contraviniendo las instrucciones recibidas para consumir la tarea”, e insistió en que “el actor, el día del hecho no ajustó su conducta a la requerida, atento a que no estaba utilizando la protección visual obligatoria” y en que “si Ramírez hubiera reparado prudentemente en esas circunstancias, va de suyo que nunca hubiese sufrido el golpe en el ojo”.

En primer lugar habré de referir que, más allá de la manifestación vertida por la sentenciante de grado respecto a la carencia de elementos de prueba relacionados con la mecánica del accidente, no se encuentra controvertido en la causa que el infortunio se produjo mientras el trabajador se encontraba utilizando un machete para cortar pastos y malezas del sector de pinos y un cuerpo extraño salió despedido del suelo incrustándose en su ojo izquierdo.

Ahora bien, conforme se extrae de los términos de su presentación recursiva, el accionante controvierte lo decidido en grado respecto de la reputada negligencia que la Dra. Graciela Carambia le imputó a su parte, al no utilizar las antiparras de seguridad para el desarrollo de sus tareas.

De tal modo, corresponde analizar si el infortunio guarda relación causal adecuada con algún factor de imputabilidad objetivo (riesgo o vicio de la cosa) o subjetivo (incumplimiento al deber de prevención) atribuibles a la empleadora o si, como sostuvo ésta, se relaciona con un supuesto obrar culpable de la víctima.

Sabido es que, en lo que respecta a la aplicación del art.1113 del Código Civil, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que a fin de determinar la operatividad de esta norma no cabe imponer al reclamante la carga de probar la configuración del riesgo de la cosa dañosa, toda vez que para esta disposición basta que el afectado demuestre el daño causado y el contacto con la misma, quedando a cargo del demandado, como dueño y guardián de ella, acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. Fallo C.S.J.N. del 28/4/92 dictado en autos “Machicote, Ramón Hugo c/ Empresa Rojas S.A.C”, M. 520 XXII, T. 214 F. 9273).

En el caso de autos queda evidenciado que las tareas cumplimentadas por el demandante resultaron idóneas, en el marco de la modalidad en que debían realizarse, para causar la lesión que lo incapacita laboralmente, en tanto la utilización de un machete para el desmalezamiento y limpieza de pastos y malezas en el monte, más precisamente en la base de pinos existentes en el terreno, es una cosa generadora de un riesgo específico, pues es evidente que la acción

de la fuerza efectuada por dicho instrumento sobre un suelo plagado de vegetación salvaje, genera un riesgo en sí mismo por la consecuente posibilidad de lesiones -con mayor probabilidad en el rostro y ojos del trabajador- ante el desprendimiento violento de aquélla.

Sin embargo, no puede soslayarse en el caso puntual de autos, que fue el propio trabajador quien reconoció en el escrito de inicio que no se encontraba utilizando antiparras de seguridad al momento de la ocurrencia del accidente y si bien intentó justificar dicha omisión con el argumento de que las mismas le resultaban incómodas porque se empañaban, circunstancia de la que -según refirió- su empleadora tenía conocimiento, lo cierto es que ninguna prueba se produjo en la causa a fin de acreditar la certeza de su afirmación, ni menos aún que su empleadora le hubiera indicado no utilizarlas hasta la provisión de unas nuevas.

No obstante lo expuesto, lo cierto es que la demandada le permitió al trabajador continuar laborando pese a tener conocimiento de que éste no utilizaba la protección adecuada para el cumplimiento de sus tareas de desmalezado. Y en este sentido resulta revelador lo informado por el perito ingeniero (fs. 4716/419), a partir de la documental acompañada por Miguel Héctor Tenchuk a fs. 113/114, quien dio cuenta de que de las planillas de Control Periódico de Técnicas de Trabajo Seguro efectuadas por el Responsable de Higiene y Seguridad y firmadas por el actor, se extrae que tanto en el control efectuado el 5/3/09 como en el de fecha 16/4/09, es decir ambos efectuados unos meses antes del accidente, se advirtió que el accionante no utilizaba anteojos de seguridad por resultarle incómodos.

Pese a ello, el empleador consintió dicho incumplimiento, en tanto no se extrae de la causa que hubiera sancionado al trabajador en ese momento -advirtiéndose que sólo se lo apercibió por dicha irregularidad en el mes de abril de 2008 (fs.108)- y permitió que continuara trabajando pese al riesgo que corría con su accionar displicente e incumplidor.

De tal modo, considero que aun cuando pudiera entenderse que la ausencia de protección en el trabajador fue la causante de la lesión que la introducción de un elemento extraño y punzante le produjo en su ojo izquierdo, lo cierto es que no comparto lo decidido en grado en cuanto a que sólo cabría imputarse responsabilidad al actor por el hecho de autos, en tanto no puede soslayarse la existencia de culpa en la accionada quien, a sabiendas de que Ramírez no utilizaba los elementos de protección personal necesarios para la realización de sus tareas -con el consecuente riesgo que ello implicaba- permitió que éste continuara laborando en tales condiciones.

De tal modo, si bien es evidente que el accidente guarda relación causal adecuada con el riesgo de las cosas que la empleadora utiliza en su explotación y que, por lo tanto, la situación resulta encuadrable en el esquema de responsabilidad previsto en el art. 1.113 del entonces vigente Código Civil, no puede desconocerse que, como se indicó precedentemente, la utilización de elementos de protección personal, en el caso puntualmente de antiparras de seguridad, hubiera evitado -en un gran porcentaje- la lesión ocular que sufrió el trabajador, por lo que sin desconocer la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Insaurralde, Hilario c/ Aceros Bragado MB S.A. y otros s/ accidente- acción civil" (I.110.XLV.-10/12/2013), considero que existió en el caso de autos un supuesto de culpa concurrente.

En efecto, aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en base al dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal de la Nación, sostuvo en dicha causa que “los daños causados por el riesgo de la cosa se rige por las disposiciones del artículo 1113, párrafo 2º, parte final, del Código Civil; y que la culpa de la víctima con aptitud para cortar -totalmente- el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos; 332:2633 , entre otros antecedentes), lo cierto es que, tal como el propio actor reconoció, se ha demostrado en la causa que el proceso de causación del accidente se vio interrumpido por un obrar imputable a la víctima, quien incurrió en una negligencia que desplazó el nexo de causalidad adecuada que existe entre el riesgo generado por las cosas que el empleador tenía bajo su guarda y el suceso analizado.

En efecto, no puede desconocerse que conforme el curso normal de las cosas, la utilización de los anteojos de seguridad provistos por la empleadora hubiera evitado que el objeto punzante se introdujera en el ojo del trabajador, lo que -reitero- no desplaza en su totalidad la responsabilidad de Tenchuk, quien a sabiendas de que Ramírez no utilizaba tal indispensable elemento de seguridad permitió que éste continuara prestando tareas que, como quedó dicho, revestían el carácter de riesgosas.

De tal modo, considero que los incumplimientos de ambas partes actuaron en igual proporción en la causación del daño, lo que me lleva a revocar la sentencia de grado y disponer que el empleador responda únicamente por el 50% de las consecuencias dañosas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador.

Corresponde extender la condena también a la codemandada Alto Paraná S.A., en su carácter de propietaria del terreno donde el accionante llevaba a cabo su tarea de desmalezamiento, en el que abundaban pastos y demás elementos de la naturaleza propios de un terreno virgen, con potencial suficiente como para provocar accidentes (art.1113 2º párrafo del Código Civil).

Ahora bien, luego de ponderar la prueba pericial médica obrante en la causa, a la que le otorgó plena fuerza convictiva, la judicante de grado tuvo por acreditado que el accionante padece una incapacidad física del 52% de la total obrera como consecuencia del accidente padecido y de dicha conclusión se agravia la codemandada Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo, quien sostiene que el perito médico no utilizó el Baremo de la ley especial, que dispone para la pérdida total de la visión de un ojo un 42% de incapacidad.

A fs. 324/327 obra la prueba pericial médica producida en la causa en la que el perito médico designado informó, luego de efectuar el análisis clínico correspondiente y a partir de la interconsulta efectuada con el Jefe de Oftalmología del Hospital Churruca Vizca, Dr. Alfredo La Valle, que el accionante padece una disminución de la agudeza visual en ojo izquierdo menor a 1/10 que no corrige con ayuda óptica lo que genera una incapacidad del 42%. Le otorgó, asimismo, un 10% secundario (conforme libro del Dr. Sená) a la fotofobia que presenta y que es muy frecuente de encontrar en los traumas oculares.

Reiteradamente he sostenido que la apreciación del informe pericial es facultad de los jueces y que debe ser ejercida conforme las reglas de la sana crítica (art. 477 CPCCN), por lo que el

judicante tiene respecto de ella, la misma libertad de ponderación que le asiste para el análisis de los demás medios probatorios. Por lo mismo, teniendo en cuenta las valoraciones científicas efectuadas por el perito médico en cuestión, habré de estar a las mismas, máxime teniendo en cuenta que, como tiene dicho nuestro Máximo Tribunal, aun cuando el consejo profesional no es vinculante, no parece coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse de él sin motivo pues, a pesar de que en nuestro sistema la pericia no reviste el carácter de prueba legal, si el perito es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos o no resulten contrariados por otras probanzas de igual o parejo tenor (cfrme. dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hizo suyo en C.S., 2012-06-12 “B., J. M. s/ Insana”, fallo N°116.516).

Cabe aditar que el Baremo que emana de la ley 24.557 dispone que la pérdida de la visión de un ojo deberá ser evaluada siguiendo los valores que proporciona la Tabla de Sená, aprobada por el Consejo Argentino de Oftalmología y que fue dicha tabla la que tuvo en cuenta el experto para el otorgamiento de la incapacidad que fijó en su informe.

De tal modo, corresponde confirmar lo resuelto en grado en cuanto a este aspecto se refiere.

A los fines de determinar el monto del resarcimiento por daño material, cabe tener en cuenta los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que descalificó la utilización de tarifas que ponen el acento en la persona humana en su faz exclusivamente laboral, como prestadora de servicios, al evaluar el perjuicio material sufrido en términos de disminución de la “total obrera” y su repercusión en el salario que ganaba el trabajador al momento del infortunio y proyectado hacia el resto de la vida laboral. Al respecto, el Máximo Tribunal ha sostenido que “Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que se pretende aplicar, toda vez que la incapacidad del trabajador debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” (in re “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametaal Peluso y Compañía”, fallo del 8/4/2008, publicado en La Ley 29/4/2008, 7).

Además, debe tenerse en cuenta la doctrina sentada por la Corte en las causas “Aquino” y “Díaz” en el sentido que “el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres” (“Aquino”, votos de los jueces Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Belluscio y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753 , 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798 y “Díaz”, voto de la jueza Argibay, Fallos: 329:473 , 479/480).

Con estas pautas orientativas, teniendo en cuenta las consecuencias que el accidente le produjo al actor, tanto desde el punto de vista individual, como desde el social; y, tomando en consideración la remuneración que surge del recibo de fs.125 (\$ 2.320,21), la disminución

física ocasionada por el infortunio, a raíz del cual presenta las limitaciones descriptas por el perito médico por lo que le asignó una incapacidad equivalente a la pérdida del 52% de la capacidad obrera; la edad al momento del infortunio (50 años), su categoría profesional y la repercusión de su incapacidad en la vida de relación; como así también la merma que la misma le causa en las posibilidades de competencia en el mercado laboral, conforme surge del informe médico, corresponde fijar en concepto de daño material que deberán resarcir los codemandados Tenchuk y Alto Paraná S.A. en la suma de \$ 150.000, que se determina habida cuenta la existencia de factores concurrentes en la causación del daño y equivale al 50% de la reparación total que correspondería si toda la responsabilidad del accidente fuera imputable a la empleadora.

En relación al daño moral, es del caso memorar que al mismo se lo ha definido como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas (conf. Jorge Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8va. Edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 234).

En tal sentido, debe puntualizarse que el alcance de la acción instaurada involucra la petición de la reparación integral del perjuicio padecido por la víctima, por lo cual el resarcimiento debe cubrir tanto el daño material derivado de la disminución laborativa, como el de índole extrapatrimonial, según lo ha reconocido la jurisprudencia uniforme de los tribunales que se consolida a través de la doctrina legal del Acuerdo Plenario Nro.243 CNAT in re “Vieytes Eliseo c/ Ford Motor Argentina S.A.”, del 25/10/82, y al respecto, si bien el daño moral no requiere una prueba especial y que a su respecto los jueces gozan de un amplio criterio para su determinación, teniendo en cuenta la naturaleza de los padecimientos presuntamente sufridos, de acuerdo a la naturaleza de la dolencia y a las circunstancias personales de la víctima.

Por todo lo expuesto, considero prudente fijar en concepto de indemnización por daño moral la suma de \$ 30.000.

Conforme a las reglas del derecho común el monto de reparación por daño material y moral - tal como expliqué precedentemente- asciende a la suma de \$ 180.000, mientras que, dentro del marco de las prestaciones dinerarias contempladas por la ley 24.557 vigentes a dicha fecha, le correspondería percibir al actor una indemnización de \$ 69.127,97 (53 x \$ 1.929,44 x 52% x 1,30) más la prestación adicional de pago único del art. 11 inc. 4 a) de \$ 30.000, lo que totaliza un importe de \$ 99.127,97.

Si bien las demandadas no controvirtieron lo decidido en grado en torno a la declaración de inconstitucionalidad en abstracto del art. 39 de la ley 24.557, lo que resulta atendible en la medida en que al liberárselas de responsabilidad civil por el hecho de autos, ningún perjuicio les generó lo decidido en abstracto por la judicante a quo, lo cierto es que de la compulsu efectuada entre la reparación pecuniaria contemplada en ambos regímenes legales (Código Civil y LRT) surge palmario el fragante perjuicio patrimonial que le irroga al trabajador la aplicación del sistema de prestaciones establecido por la ley 24.557, circunstancia que lleva sin hesitación a considerar que la aplicación de las disposiciones del art. 39 inc.1 de dicha normativa al caso de autos, en cuanto cercena la posibilidad del trabajador damnificado de acceder al sistema de reparación integral previsto en el Código Civil, resulta incompatible con

derechos y garantías de reconocida raigambre constitucional, así como con diversos instrumentos internacionales cuyas disposiciones consagran la regla del “alterum non laedere” (art. 19 CN), de propiedad (art. 17 CN), el de igualdad de trato y no discriminación (art. 16 CN y Pacto San José de Costa Rica) y el que establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes (art. 14 CN, Convenios de la OIT, ratificados por nuestro país).

Asimismo, forzoso resulta puntualizar, que el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación se ha expedido en un meduloso pronunciamiento en torno al tema en debate, declarando la inconstitucionalidad del mentado art. 39 inc. 1) de la ley 24.557, al haberse considerado en dicha oportunidad -entre numerosos fundamentos- que el propósito perseguido por el legislador mediante el referido precepto normativo, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil ya que contrariamente con lo que ocurre con éste último, el sistema de la L.R.T. se aparta de la concepción reparadora integral, pues al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15 inc. 2 segundo párrafo, no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador. Por tal razón, y a pesar de haberse proclamado que tiene entre sus objetivos “reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, el régimen de la L.R.T. no se adecua a los lineamientos constitucionales, en tanto niega la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Ley Fundamental. Asimismo, el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio alterum non laedere deben ser indemnizados sólo en los términos de la L.R.T, vuelve el art. 39 inc. 1) de la L.R.T. en contra a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla nada más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo. También se sostuvo que las reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, deben evitar la fijación de límites que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 28 C.N. ) y que el régimen normativo cuestionado tampoco se encuentra en armonía con el principio de justicia social, en tanto mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador se agrava la desigualdad de las partes, que regularmente supone la relación de trabajo (C.S.J.N. 21/9/2004, Recurso de Hecho deducido en la causa “Aquino Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidente – ley 9688”, A 2652- XXXVIII).

En igual sentido, esta Sala tiene fijado criterio acerca de que el dispositivo legal previsto por el art. 39 inc. 1) 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 arts. 14 bis, 75 inc. 19 y 75 inc. 23, entre otros, sin omitir la igualdad del art. 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 entonces 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 integrum 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”).

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 confirmar lo resuelto en grado en torno a la inconstitucionalidad del art.39 de la ley 24.557.

En consecuencia, habida cuenta que conforme las reglas del derecho común el monto de la reparación por daño material y moral que le corresponde al accionante -tal como expliqué precedentemente- asciende a la suma de \$ 180.000, propicio diferir dicho monto a condena, el que deberá ser abonado por los demandados Miguel Héctor Tenchuk y Alto Paraná S.A.

Se agravia asimismo la parte actora de la decisión de la judicante de grado que dispuso la condena de Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo únicamente en los límites de la póliza. Sostiene la quejosa que correspondía su condena en los términos de la ley civil en tanto la aseguradora no produjo prueba que demostrara el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas por el art. 4 inc. 4 y concs. y el art. 31 p. 1 inc. a) de la ley 24.557 y su decreto reglamentario 170/96.

Corresponde memorar que el art. 1074 del Código Civil -vigente al momento de acaecimiento de los hechos de autos- dispone que “Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”.

Por su parte, la LRT obliga a las aseguradoras de riesgos del trabajo a promover la prevención de los riesgos, a adoptar expresos deberes de contralor respecto del cumplimiento de las empleadoras de las normas de prevención y seguridad que tanto la LRT, como la ley 19.587 y sus decretos reglamentarios establecen, debiendo también denunciar ante la SRT los incumplimientos que verifique en sus aseguradas y brindar capacitación en materia de prevención a los trabajadores (conf. arts. 4º inc. 1º y 31 de la LRT y dec.170/96).

Es así que, verificada la existencia de un daño en la persona del trabajador, ocasionado por un incumplimiento del empleador de las normas legales de higiene y seguridad en el trabajo, sin que la ART haya denunciado el incumplimiento, o si hubiese omitido cumplir con sus obligaciones legalmente impuestas, esta última será responsable solidariamente con su asegurada, frente al trabajador. Ello siempre que los daños y perjuicios sufridos por este último sean consecuencia de esa conducta omisiva de la aseguradora, es decir, que se verifique un nexo de causalidad adecuado entre la omisión en que hubiese incurrido y el daño sufrido por la víctima. Es decir que si bien el daño es generado por el empleador y/o el trabajo, se impone la sanción a la ART por no haber actuado para evitarlo, siempre, claro está, que ello correspondiere.

El punto central de la cuestión es, entonces, dilucidar si se verifica en el caso el cumplimiento de los presupuestos necesarios para responsabilizar a la ART demandada en los términos del art. 1074 del Código Civil, esto es: la existencia de un hecho generador, de un daño en nexo de causalidad adecuado con el mismo, el incumplimiento de la ART a sus obligaciones legalmente impuestas y, de verificarse su omisión, nexo de causalidad adecuado entre la última y el primero (conf. arg. art. 1074 CC y doctrina del fallo “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro, CSJN, 31/03/09).

Ahora bien, refirió el actor al fundar la responsabilidad civil que pretende, que la aseguradora de riesgos del trabajo cometió incumplimientos en materia de prevención de riesgos y accidentes al soslayar la ausencia de elementos de protección personal, la inexistencia de

carteles indicadores y cursos en materia de seguridad industrial. Sostuvo, además, que no efectuó visitas eficaces para verificar el ambiente lesivo de trabajo.

Del análisis de la prueba rendida en la causa, se advierte que Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo efectuó visitas al establecimiento en el que el actor desempeñaba sus tareas, conforme dan cuenta las constancias de visitas informadas por el perito ingeniero y que figuran firmadas por el prevencionista de la ART y el codemandado Miguel Héctor Tenchuk.

Informó asimismo el perito técnico, que de la documental que se le exhibiera, surge la existencia de Programas de Reducción de Siniestralidad suscriptos por el Prevencionista de la ART, el Empleador y el Responsable de Higiene y Seguridad, que contenían recomendaciones con fecha comprometida en los años 2008, 2009 y 2010, figurando su seguimiento en las constancias de visitas posteriores. También consta la existencia de denuncias de Asociart S.A. ART respecto de incumplimientos a la normativa de higiene y seguridad de la firma Miguel Héctor Tenchuk con fechas 28/10/05, 1/12/06, 19/1/07 y 9/9/08.

Asimismo surge de la causa que la empleadora proveía de elementos de seguridad y se dictaban en la empresa cursos de capacitación, entre otros, respecto de mordeduras de anfibios, lesiones y golpes con objetos y macheteada.

De las constancias probatorias que surgen de la causa, se advierte que la aseguradora de riesgos del trabajo cumplió con sus deberes de prevención y contralor respecto del cumplimiento de las empleadoras de las normas de prevención y seguridad, no advirtiéndose en el supuesto de autos, cuáles habrían sido las medidas adoptadas por la aseguradora de riesgos del trabajo para evitar el accidente de marras, que se produjo cuando, pese a que le habían sido provistas gafas de seguridad, el actor decidió no utilizarlas.

Lo expuesto lleva, sin más, a desestimar el agravio en cuestión y a confirmar la sentencia de grado en cuanto condena a Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo en los límites de la póliza contratada con la empleadora del trabajador.

Ahora bien, cuestiona la ART demandada que la judicante de grado hubiera declarado la inconstitucionalidad del art.16 del decreto 1694/09 permitiendo de tal forma su aplicación retroactiva a aquellas primeras manifestaciones invalidantes producidas con anterioridad a su sanción. Refiere la quejosa que a la fecha del accidente el mencionado decreto aún no había sido dictado, encontrándose vigente el decreto 1278/00.

Adelanto que asiste razón a la quejosa en este aspecto, pues lo cierto es que el decreto 1278/00, vigente a la fecha de acaecimiento del infortunio, no mereció un adecuado reproche constitucional en la demanda, así como tampoco lo recibió la disposición del decreto 1694/09 que establecía su entrada en vigencia (art. 16). En consecuencia, y en atención a la doctrina sentada por el más alto Tribunal el 7/6/2016 en la causa "Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A.", ratificado en posteriores pronunciamientos, entre ellos en "Páez, Aníbal Laureano c/ Liberty ART SA ahora Swiss Medical ART S.A. s/ accidente – ley especial -Recurso de Hecho" del 12/06/18, no corresponde aplicar al sublite las disposiciones del dec. 1694/09 sino resolver la causa a la luz del dec. 1278/00 vigente a la época del hecho que motivó el contradictorio.

Lo expuesto lleva a concluir que Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo debió abonar en concepto de indemnización por incapacidad parcial permanente la suma total de \$ 99.127,97, que comprende la indemnización prevista en el art. 14 inc. 2 b) de \$ 69.127,97 más la suma de \$ 30.000 correspondiente al art. 11 inc. 4 a) LRT, ambos importes vigentes al momento del acaecimiento del infortunio conforme decreto 1278/00, y que deberá abonar en forma concurrente previo descuento de la suma ya abonada que, de conformidad a la procedencia de la queja vertida por el actor en su presentación recursiva, habrá de efectuarse conforme se dispondrá más adelante.

Conforme lo hasta aquí expuesto, corresponde condenar a los demandados Miguel Héctor Tenchuk y Alto Paraná S.A. a pagar al accionante la suma de \$ 180.000, que llevará intereses a la tasa fijada en grado desde el 25/6/09 (ambos aspectos no cuestionados ante esta alzada) hasta el 30/11/17 y desde el 1/12/17 hasta su efectiva cancelación a la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación, conforme se resolvió en Acta CNAT Nº 2658 del 8/11/17. Del total precedentemente fijado, la codemandada Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo resulta responsable en forma concurrente hasta la suma de \$ 99.127,97, con más los intereses devengados, a la tasa fijada precedentemente, hasta el 22/2/10 (en que se efectuó el pago de \$ 59.000, conforme fs. 7 y 475), fecha en que se descontará la suma abonada debiendo imputarse primero a intereses y luego a capital de conformidad con lo previsto en el art. 777 C.C. y art. 903 CCCN. El remanente que así se obtenga continuará devengando intereses de conformidad con las tasas establecidas precedentemente hasta su efectiva cancelación.

En virtud de las argumentaciones expuestas y con arreglo a lo establecido por el art. 279 del CPCCN, corresponde adecuar la imposición de costas y los honorarios al resultado del pleito que se ha dejado propuesto para resolver la apelación, por lo que devienen abstractos los recursos impetrados al respecto.

En orden a ello y en función de dicho resultado, propongo distribuir las costas de ambas instancias en un 70% a cargo de las demandadas y en un 30% a cargo de la parte actora (arts. 68 y 71 del C.P.C.C.N.), debiendo la ART responder en forma proporcional a su condena.

A tal fin, habida cuenta del mérito y extensión de la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en estos autos y al nuevo resultado del pleito que he dejado propuesto, de acuerdo con las pautas que emergen del art. 38 de la L.O., 1, 6, 7, 9, 19, 39 y ccs. leyes 21.839/24.432, actualmente previstas en sentido análogo en los arts.16 y ccs. de la ley 27.423, estimo que, por las tareas llevadas a cabo en primera instancia, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de los codemandados Miguel Héctor Tenchuk, Alto Paraná S.A. y Asociart S.A. ART y de los peritos médico e ingeniero en el (%), (%), (%), (%), (%) y (%) respectivamente, todos a calcularse sobre el monto definitivo de condena con intereses.

Los honorarios periciales serán abonados por las demandadas en los mismos límites que el monto de condena.

Con arreglo a lo establecido en el art. 14 de la ley 21.839 y art. 30 de la ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de la labor desarrollada en esta instancia por la representación y

patrocinio letrado de la parte actora y de los codemandados Alto Paraná S.A. y Asociart S.A. ART propongo que se regulen sus honorarios en el (%) de lo que a cada una le corresponda percibir respectivamente por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

El Dr. Miguel Ángel Maza dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto de la Dra. Graciela A. González, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art.125, 2ª parte de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1º) Revocar parcialmente la sentencia de grado y condenar a MIGUEL HÉCTOR TENCHUK y ALTO PARANÁ S.A. a pagar al actor la suma de \$ 180.000 (PESOS CIENTO OCHENTA MIL), que deberá ser abonada en el plazo y con los intereses dispuestos en el considerando respectivo; 2º) Condenar a ASOCIART S.A. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO en forma proporcionalmente concurrente con los codemandados a abonar la suma de \$ 99.127,97 (PESOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTISIETE CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS), que devengará intereses hasta el 22/2/10 en que se descontará la suma de \$ 59.000 imputándose primero a intereses y luego a capital de conformidad con lo previsto en el art. 777 C.C. y art. 903 CCCN.El remanente que así se obtenga continuará devengando intereses de conformidad con las tasas establecidas en el considerando respectivo hasta su efectiva cancelación; 3º) Dejar sin efecto la imposición de costas y los honorarios fijados en la anterior instancia; 4º) Imponer las costas de ambas instancias en un 70% a cargo de las demandadas y en un (%) a cargo de la parte actora, debiendo la ART responder en forma proporcional a su condena; 5º) Regular los honorarios de primera instancia correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de los demandados Miguel Héctor Tenchuk, Alto Paraná S.A. y Asociart S.A. ART, y de los peritos médico e ingeniero en el (%), (%), (%), (%), (%) y (%) respectivamente, todos a calcularse sobre el monto definitivo de condena con intereses. Los honorarios periciales serán abonados por las demandadas en los mismos límites que el monto de condena; 6º) Fijar los honorarios de alzada de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y de las demandada Alto Paraná y Asociart S.A. ART en el (%) de lo que a cada una le corresponda percibir respectivamente por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior; 7º) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Miguel Ángel Maza

Juez de cámara

Graciela A. González

Juez de cámara