SENTENCIA N°93776 CAUSA N° 17.935/2009 "INVERARDI, CARLOS ANILDO C/ REFRIGERACION PIZARRO S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE – ACCIÓN CIVIL" – JUZGADO N° 73.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 29/10/2013, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

La doctora Diana Cañal dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia (ver fs. 1183/1189), que acoge el reclamo inicial, se alzan la parte actora y la codemandada, Refrigeración Pizarro S.A., a tenor de los memoriales que obran a fs. 1192/1199 y 1205/1206. La primera, con réplica de las contrarias a fs. 1209/1210 y fs. 1214/1218. La segunda, con réplicas del accionante a fs. 1212/1213.

La Sra. Juez de anterior grado, le otorgó pleno valor convictivo al informe del médico legista, el cual concluyó que el actor padece asma con hiperreactividad bronquial inespecífica, e incapacidad respiratoria grado III, dermatitis crónico recidivante en mano izquierda, y RVAN neurótica grado II, lo que arrojó una incapacidad de la total obrara del 44,16%.

Luego, con relación a la empleadora del demandante, consideró que "quedó probada la minusvalía parcial y permanente del actor vinculante con el trabajo realizado y la demandada no demostró la existencia de eximentes de responsabilidad por ende corresponde que sea reputado responsable por los daños sufridos" (sic).

Asimismo, responsabilizó a la aseguradora, declarándola obligada por la condena en su totalidad y no hasta el límite del seguro. Ello, toda vez que no existieron en la causa constancias de inspecciones ni controles periódicos realizados a la empleadora, como así tampoco un plan de mejoramiento, registro de siniestralidad, ni denuncias ante la Superintendencia de Trabajo, por los incumplimientos en que incurriera Refrigeración Pizarro S.A.

Consecuentemente, a los fines de estimar el monto pertinente para la reparación del actor, la juez tomó en cuenta la edad del mismo a la fecha del despido en el mes de mayo de 2008 (62 años), su vida útil estimable (65 años), el porcentaje de incapacidad (44,16%), y el salario ($ 2.222). Por tanto, afirmó que el monto de reparación ascendía a $ 34.096. Agregó a ello la suma de $ 7.000 por daño moral.

Asimismo, llega firme a esta instancia, la responsabilidad de la ART en su totalidad, y no hasta el límite del seguro.

USO OFICIAL

Tampoco se encuentra discutida, la remuneración tomada por la juez, para realizar el cálculo indemnizatorio, la que ascendió a la suma de $ 2.222. Ello, sin perjuicio de la apelación realizada por la parte actora en cuanto a su actualización, conforme se verá en el punto siguiente.

II.- El actor se queja por el monto de la indemnización por el daño causado. Con relación a ello, considera que la edad que debe tomarse no es de 62 años, sino de 60, ya que los daños ocasionados comienzan a manifestarse en su salud el 08/02/2007. Solicita la aplicación de la fórmula "Voutto-Mendez", que eleva la edad tope a 75 años, en lugar de los 65.

Con relación a la remuneración determinada, entiende que debe actualizarse. Ello, debido al proceso inflacionario y las sucesivas paritarias, que engrandecieron los salarios de los trabajadores. Agregó, que corresponde "destacar que conforme un simple análisis matemático, el juez ha otorgado tan solo 907,97 por cada punto de incapacidad determinado por el galeno interviniente, sin que para ello haya determinado la formula precisa o fundamento científico en el que se ha basado para su determinación. El ejemplo más clásico es el del fuero civil que otorga un monto de 15.000 por cada punto de incapacidad con lo cual, el criterio adoptado por el juez a quo es más que insuficiente para equiparar las condiciones de un trabajador con las de un sujeto que se somete a la ley civil para dirimir sus conflictos de daños, que claro está, fue el motivo por el cual fue pretendida la declaración de inconstitucionalidad de la ley" (sic).

USO OFICIAL

A su vez, destacó las condiciones en las que se encuentra actualmente, indicando que el caso del asma bronquial, se trata de una enfermedad cuyas secuelas tenderán a agravarse. Manifestó tiene que portar una mochila con oxígeno, y que debe vivir con una bigotera en forma permanente que le suministre el oxígeno. Por lo que también apela el grado de incapacidad determinada, considerando que debe ser del 65%.

A su vez, se queja por la determinación del daño moral en la suma de $7.000, la que considera insuficiente.

Finalmente, apela el momento de la determinación del comienzo de los intereses, con el mismo argumento utilizado para la edad jubilatoria. Entiende que se deben aplicar, desde el comienzo de la primera manifestación de la enfermedad.

Por su parte, la demandada se agravia porque entiende, que de acuerdo a la testimonial y a lo informado por la perito ingeniera química, no existe una relación causal, por lo que solicita que se la exima de responsabilidad. Ello, sumado a que su parte "no ha incurrido en ningún acto ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar persona o los derechos del trabajador…" (SIC).

III.- Previo a resolver las cuestiones planteadas, me permito reseñar algunos aspectos de la causa, que considero relevantes para la solución del presente conflicto.

En el escrito de inicio (ver fs. 6/34), el actor sostuvo que trabajó para la demandada desde el 03 de marzo de 1987 hasta el 9 de octubre de 2008, fecha en la que fue despedido, atribuyéndole el empleador abandono de trabajo.

Agregó, que la empresa se dedica a la venta de equipos y repuestos para refrigeración, lavarropas, aire acondicionados familiares y comerciales, y venta de repuestos de equipos de refrigeración para el automor. Indicó que se desempeñó como vendedor de los productos que comercializaban, realizando el relleno de garrafas de gas para motores refrigerantes con gas Freón.

Relató que el gas Freón, es considerado por la Organización Mundial de la Salud, como el más venenoso de los permitidos para uso comercial.

Denunció, que el llenado de garrafas se hacía dentro de las instalaciones de la empresa, sin que mediase ningún tipo de separador, ni elementos de seguridad, que impidieren que el propio gas se propagase por el establecimiento.

Relató que con motivo de haber laborado tantos años en contacto con material de trabajo considerado venenoso, padece asma tóxica y dermatitis de contacto, manifestándose por primera vez en los primeros meses del 2007. Así, el día 8 de febrero de 2007, se le practicó una prueba de función pulmonar.

Aclaró que la afección pulmonar se fue agravando con el transcurso del tiempo.

Por su parte, a fs. 81/127, contestó demanda la Aseguradora de Riesgos de Trabajo Interacción S.A., quien reconoció que existía un contrato de seguro con la empleadora del reclamante (Contrato de Afiliación N° 76, vigente desde el 01/07/1996).

Alega además, que no brinda cobertura en materia de responsabilidad civil. A su vez, agrega que las supuestas afecciones reclamadas por el Sr. Inverardi, son de etiología inculpable.

Articula en consonancia, defensas de falta de acción civil y de legitimación pasiva (no seguro), así como falta de cobertura por las enfermedades fuera del listado de enfermedades profesionales, y falta de relación de causalidad con el daño provocado.

Solicita, subsidiariamente, que se le habilite la repetición del eventual monto de las prestaciones a cargo de la ART, y del fondo fiduciario de

USO OFICIAL

enfermedades profesionales. Desconoce, en tal sentido, que las dolencias reclamadas sean consecuencia del riesgo o vicio de una cosa o tarea puesta a cargo del trabajador por la empleadora, o por la ART.

Asimismo, a fs. 185/191, contestó demanda Refrigeración Pizarro S.A., efectuando la negativa ritual, y reconociendo que el actor cargaba gas, aunque refiere que el tiempo que transcurría haciendo esa tarea, no le demandaba más de una hora al día. Agregó, que para hacer esas tareas, hay guantes y mascarillas especiales. Refiere que no hay relación causal, en especial, manifiesta que su estado pulmonar se debe a su adicción al tabaco.

IV.- Así planteadas las cosas, corresponde analizar la prueba producida en autos.

De la testimonial rendida en autos, surge que a propuestas del actor, declararon los testigos MOSCARDINI, BECHECH, MALCERVELLI y OTRANTO.

A fs. 710/711, declaró el Sr. Osvaldo Luis Moscardini. De su relato se desprende, que conoce al actor del barrio. Manifestó que, siendo electricista, "en verano, el tallerista lo mandaba uno o dos veces por día… veía al actor atender". Aclaró que lo mandaban del taller, para las cargas de las garrafas. Indicó que no sabe quién realizaba dichas tareas, debido a que eso "se hace atrás". Asimismo, agregó que "nunca lo vio al actor con máscara, eso se usaría en el fondo". Finalmente, refirió que "nunca vio fumar al actor".

A su vez, a fs. 717, declaró José Eduardo Bechech, también vecino del actor. Dijo que empezó a hacer trabajos de heladeras y lavarropas, por lo que fue en varias oportunidad al negocio de la demandada. Indicó que "cuando cargaba tubos se los llevaba y traía el actor, y le despachaba. El gas era refrigerante Fredo (Freón) algo así". Asimismo, agregó que "el actor no fuma". Seguidamente, afirmó "cuando el actor lo despachaba, siempre lo despacho sin nada, sin ropa especial".

A su vez, a fs. 814/815, declaró Jorge Luis Malcervelli, quien dijo haber sido compañero de colegio del actor, que cuando se enteró que trabajaba en el local de la demandada, pasó a saludarlo, luego de cerca de 30 años sin reencontrarse. Indicó que luego, fue a comprar repuestos de lavarropa para uso personal, y para la heladera de su casa.

Indicó que no sabe dónde cargaba el gas el actor, porque cuando preguntaba por él, le decían que estaba en el fondo cargando gas. Agregó, que "nunca lo vio con ningún elemento de seguridad". Finalmente, manifestó que nunca vio fumar al actor.

Por último, a fs. 921, declaró Miguel Ángel Otranto, quien dijo ser cliente, e indicó que vio al actor cuando iba a cargar garrafas o a comprar algún líquido refrigerante. No sabe quién cargaba las garrafas, debido a

USO OFICIAL

que eso se hacía en el fondo. Asimismo, refirió que el actor no usaba ningún elemento de seguridad. Agregó, que nunca vio fumar al actor.

A propuestas de la parte demandada, declararon los testigos, FERNANDEZ, BRUSSESE, SALEH, y JUSKOFF.

A fs. 810/811, declaró Enrique Fernández, quien manifestó que es cliente de hace más de 30 años de la demandada, y que no conoce al actor. Indicó que "ha visto y ha hecho la manipulación de gas refrigerante durante 40 años. Con pozo de frío por diferencia de presión o con una pequeña bomba… que para hacerlo se utilizan anteojos de protección en las empresas grandes, porque así lo exige la ART, y zapatos y guantes de seguridad cuando se trata de envases de gran porte" (subrayado, me pertenece).

Acto seguido, compareció el Sr. Victor Gustavo Brussese, quien a fs. 812 dijo que fue compañero de trabajo del actor. Aclaró que desde 1992, trabaja en la empresa demandada. Manifestó que "no sabe que el actor tuviera un problema de salud". Aunque luego refirió, que "sabe que el actor estuvo hasta el 2008… tenía una licencia médica que tenía problemas en las manos, que se ponía guantes para hacer las tareas".

Indicó, que "para atender al público, no usaban elementos de seguridad, después para otras tareas usaban para despachar freones. Guantes, barbijo, que eso dependía de cada uno, es personal, siempre esta ahí". Luego, agregó que, "usaban calzado común de calle, el habitual" (nuevamente, el subrayado, me pertenece).

Por último, destacó que vio al actor fumar, "dentro del salón, en horario de trabajo".

Asimismo, a fs. 905, declaró Diego Fernando Saleh, quien dijo que fue compañero de trabajo del actor desde el año 2007. Manifestó que el actor hacía las mismas tareas que el declarante, entre ellas, la carga de garrafa. Indicó que "hay guantes para colocarse y lo hace cualquiera, de los que estaban ahí lo hacían todos". Agregó, que "había barbijos que estaban ahí y uno los usa a veces si otras no, según. Que no ha visto al actor usarlos".

Agregó que no sabe, qué problema de salud específicamente tenía el accionante.

Finalmente, refirió que el actor "siempre" fumaba.

Por último, a fs. 922, declaró Sergio Alfredo Juskoff, quien dijo que es cliente desde hace más de 35 años. Manifestó, que "el actor fumaba, cree, que lo sabe porquie lo vio en alguna oportunidad en el negocio".

Ahora bien, cabe considerar en principio, que los testimonios son válidos siempre y cuando resulten contestes y concordantes, entre si y con los

USO OFICIAL

escritos introductorios, y en la especie los testigos ofrecidos por el trabajador superan este test.

En relación con los propuestos por el accionante, digo así, porque tanto Moscardini, Bechech, Malcervelli y Otranto, refirieron no haber visto al actor con elementos de seguridad para la carga de las garrafas.

Por lo tanto, reconozco plena eficacia probatoria a estos testigos, que declararon a propuesta de la parte actora, pues dieron suficiente razón de sus manifestaciones (art. 90 de la LO, arts. 386 y 456 del CPCCN).

En cambio, a mi juicio, se le resta validez probatoria a los testigos propuestos por el demandado.

Digo así, porque si bien el testigo Fernández, no fue compañero de trabajo, su declaración la considero importante, ya que refirió haber manipulado gas refrigerante durante 40 años. Indicó como medida de seguridad: anteojos de protección, zapatos y guantes de seguridad. Luego, de la testimonial rendida, ninguno indicó que se utilizasen esos elementos. Inclusive, Brussese afirmó que se usaban calzado común. Lo único que indicó, junto con Saleh, era que había guantes para ponerse, pero no refirieron que su uso fuese obligatorio, sino que "eso dependía de cada uno".

Con relación a ello, destaco que no basta con la mera existencia de elementos de seguridad, sino que resulta obligatorio, por parte del empleador, que los trabajadores los usen, bajo pena de aplicarles sanciones, en caso de incumplimiento. Control que no medió en el caso.

Finalmente, con relación a si el actor fumaba o no, observo que los 4 testigos que declararon a instancias del actor lo negaron, y Brussese, Saleh, y Juskoff lo afirmaron. Por lo tanto, lo dicho me lleva a que se genere una duda en favor del accionante, conforme art. 9 de la LCT.

En relación con los alcances de este principio "normativo" (calificación sobre la que volveré), del art. 9 de la LCT, cabe señalar que el legislador originario, previó un doble frente: Servía para resolver un dilema en la aplicación del derecho sustantivo, y también del adjetivo. Entre este último tipo de normas, quedan incluidas las cuestiones procesales.

La antigua reforma, se encargó de romper esta lógica, limitando su alcance sólo al derecho de fondo, lo cual no es inocente ni casual. Porque precisamente, es a través de las normas adjetivas, que violentando las previsiones del art. 28 de la Constitución Nacional, se logra alterar el sentido de las normas sustantivas. Con lo cual, más de una vez, el intérprete presentaba un procedimiento que funcionaba en perjuicio del trabajador, lo cual es violatorio del paradigma dominante de los derechos

USO OFICIAL

humanos fundamentales, y antes de él, del constitucionalismo social.

De todos modos, la suscripta nunca se vio enfrentada a este dilema, porque existe un principio de derecho común que reza: "Donde el legislador no distingue, nosotros no debemos hacerlo". Y, precisamente, la antigua redacción del art. 9 de la LCT reformado durante el Proceso, no hacía ninguna distinción.

Igualmente, hoy es posible soslayar la cuestión, porque la reforma de la ley 26.428, regresó la norma a su redacción en el sentido originario.

He dejado para el final lo del calificativo "normativo". He querido destacar en este punto, que no es lo mismo un principio de esta calidad, que uno jurisprudencial o doctrinario. Digo así, porque al ser normativo, no es disponible y, el intérprete, está obligado a aplicarlo.

Asimismo, conforme pasaré a analizar, el perito médico determinó que el asma que padece no está relacionado a un tabaquismo real o presunto del actor (ver en especial fs. 1116).

USO OFICIAL

Así, el perito médico, presentó su informe a fs. 1069/1086. Del "resumen semiológico", se desprende, que "durante la pericia se observa en la mano izquierda una zona con vesículas, ligera descamación y enrojecimiento palmar. A nivel pulmonar se encuentra disnea de reposo, que se incrementa con el ejercicio, a la auscultación se escuchan roncus y sibilancias espiratorias. La Tac, presenta alguno trazos fibrocicatrizales en el lóbulo medio del pulmón derecho, la Espirometría muestra un patrón ventilatorio obstruido de grado leve. Durante la semiología psiquiátrica la actora (el actor) presentó síntomas compatibles con depresión (sensación de falta de futuro, inutilidad, irritabilidad, aplanamiento afectivo) y angustia secundarios a su enfermedad pulmonar. El piscodiagnóstico muestra signos compatibles con una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva aislados como irritabilidad, signos de desesperanza sobre su futuro por su cuadro pulmonar, pero los mismos no tienen entidad suficiente para determinar un daño psíquico".

Luego, con relación al asma bronquial con hiperreactividad bronquial inespecífica, indicó que es una enfermedad inflamatoria crónica, que se manifiesta con una obstrucción variable al flujo aéreo. Dentro de esta variabilidad, aparecen episodios agudos de disnea espiratoria de distinta severidad, conocidos como "crisis asmática". La inflamación crónica está asociada a un aumento en la hiperactividad de la vía área que conduce a episodios recurrentes de silbancias, disnea, opresión torácica, y tos. Explicó, que el asma ocupacional, es la enfermedad respiratoria relacionada con el trabajo más frecuente en países desarrollados. Se estima que el 5-15% de los casos de asma que surgen en la edad adulta, están relacionados con el trabajo.

El asma ocupacional (AO) se caracteriza por una limitación variable del flujo aéreo, hiperreactividad bronquial (HB), o ambas cosas, debido a agentes específicos del medio laboral. A su vez, se subdivide en aquellas que requieren un período de latencia o sin período de latencia (llamada asma inducida por irritantes, del que un subtipo sería el síndrome de disfunción reactiva de las vías aéreas –SDRVA-).

En el caso del AO, "si el sujeto ya sensibilizado continúa exponiéndose al agente ocupacional responsable, aparecerá una inflamación en sus vías aéreas. La inflamación de la mucosa bronquial tiene dos consecuencias principales: aparición de hiperreactividad bronquial y el desarrollo progresivo de una reestructuración o remodelado de las vías aéreas que da lugar a la conformación de unas vías aéreas más hiperreactivas y con menor capacidad de reversibilidad. El remodelado es más intenso cuanto más se prolonga el tiempo de exposición. La propia inflamación, la hiperrespuesta bronquial y el remodelado progresivo de las vías aéreas, contribuyen al desarrollo de la obstrucción bronquial y la consecuente aparición de síntomas asmáticos" (subrayado, me pertenece).

Finalmente, concluyó "muchos individuos que padecen asma ocupacional, persisten con hiperreactividad bronquial y en muchos casos con síntomas asmáticos durante mucho tiempo, incluso años, después de dejar el trabajo origen de su enfermedad, tal parece el caso de lo sucedido con la actora (el actor), quien a pesar de encontrarse jubilado, presenta un cuadro de asma crónico que se agrava por el ejercicio como sucedió durante la pericia, al solicitarle que realizara mínimas flexiones. La actora (el actor), se encuentra encuadrada en la categoría B (ley 24.557) de asma con hiperreactividad bronquial específica, en el cual 'la persona continua padeciendo asma a pesar del alejamiento definitivo del ambiente laboral causante, o que hace imperativo un tratamiento permanente de mantención y controles médicos periódicos'".

A su vez, de la dermatitis de contacto crónica leve o en remisión en mano izquierda, especificó que "presenta pápulas, o placas eritematosas y edemotosas luego progresan a adelante vesículas o ampollas, erosiones y costras. En las formas crónicas, además de este último grupo de lesiones, puede predominar un aspecto descamativo, liquenificación y formación de grietas o fisuras. Subjetivamente puede producir prurito, escozor, quemazón o incluso dolor. La actora (el actor) al momento de la pericia presenta leves síntomas en mano izquierda con ligera descamación, enrojecimiento leve de la palma y vesículas aisladas en el dorso de la mano".

Por último, en relación con la reacción vivencial anormal neurótica (RVAN), con manifestación depresiva grado II, informó que "la actora (el actor) presenta un cuadro compatible con daño psíquico que altera su vida de relación, social y su capacidad de ganar dinero. Este cuadro reactivo a su enfermedad pulmonar, presenta

USO OFICIAL

síntomas de tipo depresivo (irritabilidad, sensación de incapacidad, falta de futuro, aplanamiento afectivo, distimia), y es de grado II.

A su vez, concluyó que las incapacidades descriptas, guardan de modo verosímil, una relación causal con el trabajo que realizaba el actor.

A las tres secuelas descriptas (asma con hiperreactividad bronquial inespecífica, dermatitis de contacto crónica leve en mano izquierda y reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva grado II), les aplicó el criterio de capacidad restante.

Luego, a fs. 1114 I/1114 III, el perito respondió la impugnación de la parte actora, en cuanto al diagnóstico por el asma bronquial, que fuera determinado por el experto de tipo leve, en lugar de severo como lo solicita el accionante. Respondió que "las espirometría muestran una mejoría progresiva de su insuficiencia pulmonar. De un cuadro de obstrucción pulmonar crónica moderada… pasó a un patrón obstructivo leve".

Finalmente, a fs. 1115/1118, contesta las impugnaciones de la parte demandada. En primer lugar, descarta que el tabaquismo, haya influenciado en la patología pulmonar del actor. Para ello, tuvo en cuenta, los índices del volumen espiratorio forzado en 1 segundo (FEV 1) y la relación FEV 1/VF (capacidad vital forzada), "y la presencia de roncus y sibilancias durante la espiración a la auscultación y su agravación durante el ejercicio, señala que el cuadro de disnea del actor en el momento de la pericia, está determinado por un síndrome compatible con Asma bronquial con hiperreactividad bronquial inespecífica y no por su EPOC en grado leve, causado por el tabaquismo real o presunto de la actora (del actor)".

Luego, rectificó la incapacidad por el asma con hiperreactividad bronquial inespecífica en un 30% (en su informe original, consignó la incapacidad en 35%). Resume, dermatitis crónico recidivante mano izquierda 10%, reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva grado II, y factores de ponderación (edad mayor a 31 años) 2%. Ello, con el criterio de capacidad restante. Por lo que determinó una incapacidad del 44,16% de la T.O.

Luego, la perito ingeniera química, a fs. 895/898, presentó su informe pericial. La misma relató el proceso de rellenado de las garrafas, composición química del gas denominado Freón. Asimismo, indicó que "la emisión de freón al ambiente que queda en el final del acople cuando se desconecta la manguera es de un volumen de 3 cm3". Con relación al nivel de toxicidad, destacó que sólo se puede comprobar al mismo, mediante estudios ambientales que realizan laboratorios especializados para este fin y se llevan a cabo tomando muestras en el lugar de exposición. Tema sobre el que volveré.

Por mi parte, considero que los peritajes analizados, constituyen un estudio serio y

USO OFICIAL

razonado del estado actual del actor, que se sustentan en exámenes clínicos y complementarios, y que se fundan en sólidos argumentos científicos.

Analizada la totalidad de la prueba, se observa que no consta agregado a la causa el examen preocupacional, que permita comparar el estado de salud del accionante al ingreso de la relación laboral y el actual. Lo que presupone que el mismo, comenzó el vínculo sin incapacidad alguna.

A ello, se suma lo referido en relación con la testimonial, dado que nadie precisó, que el actor usara elementos de seguridad al manipular la carga de gas freón (recordemos que el accionante trabajó desde marzo de 1987 hasta octubre 2008).

A su vez, el perito médico refirió que las incapacidades descriptas, guardan de modo verosímil, una relación causal con el trabajo que realizaba el actor.

La perito ingeniera química, manifestó que el nivel de toxicidad, sólo se puede comprobar mediante estudios ambientales, que realizan laboratorios especializados para este fin, y que se llevan a cabo tomando muestras en el lugar de exposición, al momento de realizar la pericial, la misma indicó que pudo "observar Freon-22 y freon-12, para la realización de las recargas" (ver último párrafo fs. 957).

Luego, a fs. 929/934, acompañó las características del freón 12, en cuanto a los efectos potenciales sobre la salud. Figura, allí, que "la inhalación de altas concentraciones de vapor es nocivo y puede llegar a causar: confusión, pérdida de la coordinación motriz, vértigo, somnolencia, irregulares cardiacas, inconsciencia e incluso la muerte. El vapor del freón 12 reduce la disponibilidad de oxígeno para respirar ya que es más pesado que el aire".

Lo mismo sucedió con el freón 22 (ver fs. 935/940), en relación con la cual, en la "certificación de los peligros", se indica, entre otros que "los vapores son más pesados que el aire y pueden producir asfixia al reducir el oxígeno en el aire respirado. Puede causar arritmia cardíaca".

Este informe, se encuentra ratificado por una publicación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, que informó "a concentraciones elevadas se han descrito efectos tóxicos en ojos (freón 11), sistema nervioso central (Freón 12 y 113) y periférico (freón 11)" (fuente: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/101a200/ntp_118.pdf).

Por todo lo expuesto, la toxicidad existe, lo cual convierte en indiferente lo manifestado por la perito en cuanto a que no pudo determinarse el nivel de la misma.

USO OFICIAL

Aclarando que se encuentra consentida la condena por el derecho común, dado que el recurrente no cuestiona la ausencia de decreto de inconstitucionalidad alguno sobre la LRT, que sólo corresponde verificar la relación de causalidad. De lo analizado, se desprende que la carga de gas es una actividad riesgosa, lo que convierte en innegable la relación causal. Por lo tanto, no tendrá favorable acogida el agravio deducido por la demandada, en cuanto consideró que no existió una relación causal, la cual fue claramente acreditada por la prueba testimonial y pericial médica, (arts. 456 y 386 CPCCN).

V.- Acto seguido, analizaré el agravio de la parte actora, referido al grado de incapacidad del actor. Al respecto, cabe recordar que el perito aplicó el método de incapacidad restante.

En cuanto al método mismo, también conocido como fórmula "Balthazard", he sostenido en mi voto de la sentencia Nro. 92729, del 30.08.2011, recaída en autos "Romero Carlos Ramón, c/La Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA. S/accidente – acción especial", que "*Cabe recordar que "'Balthazard' fundamenta su tabla en cálculos matemáticos, referidos a lesiones múltiples o sucesivas. Fue recomendado hace muchos años por el Plan de Previsión Social en Francia" ("Código de Tablas de Incapacidades Laborativas" de Santiago J. Rubinstein, Ed. Depalma Buenos Aires, año 1996).*

Así, En caso de existir una cantidad de lesiones, se hace la evaluación al mismo tiempo y a la primera lesión se le fija el grado indicado en el baremo y a las lesiones que siguen se les asigna un porcentaje de incapacidad llamado 'residual'" (ib).

"Sin embargo, este método, es sólo uno de los tantos que pueden utilizarse para determinar la incapacidad de una persona".

"Belbey, a modo de ejemplo, afirma que para la fijación de las incapacidades se debe considerar que normalmente el obrero tiene: a) 100% de salud, que permite; b) 100% de trabajo y de producción y le proporciona; c) 100% de salario; este principio lo denomina 'tres por ciento' y estima que un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, al hacer variar el primer tanto por ciento, correlativamente hace disminuir los porcentajes restantes" (ib).

Otro régimen, lo constituye el método de Earl D. Mc Bride, que "*consiste en hacer una estimación o evaluación de la incapacidad del trabajador, mediante el régimen analítico de las funciones. A cada función le otorga un porcentaje, que en la tabla totalizan el 100%; se realiza el cálculo teniendo en cuenta los 'factores de función', que inciden para la determinación equitativa más o menos justa de la incapacidad" (ib).*

USO OFICIAL

"Además, no hay ninguna ley, ni decreto reglamentario que obligue a los jueces a atarse a un régimen o a otro, por tanto, puede aplicar aquél que considere más adecuado al caso, en valoración de los términos de equidad y justicia."

Con respecto a este ultimo punto, la jurisprudencia ha manifestado que *"(…) es sabido que los 'baremos' son solo indicativos y que en definitiva el órgano facultado legítimamente para determinar la existencia o no del grado incapacitante y su adecuación y medida es el jurisdiccional, a través de la* interpretación de los arts. 386 y 477 del CPCC (…)" (CNAT, Sala V, SD N° 72993, del 18.03.2011, dictada en autos "Scally, Juan Francisco Vessel SA y otros S/accidente – acción civil").

Al respecto, cabe señalar que "los baremos son instrumentos que auxilian, tanto al perito como al juez, y las leyes laborales, en general, han incorporado en su texto determinadas tablas, de evaluación de las incapacidades. Con independencia de esas tablas existen otras estimativas, llamadas así porque tienen en cuenta porcentuales vinculados con el grado de deterioro anátomo-funcional sufrido por el obrero o empleado, pero tales tablas no obligan a los jueces y no deben aplicarse de manera absoluta y rigurosa, de modo general e indiscriminado, sino que debe hacerse en relación a cada caso particular (en sentido análogo "BURLATO, SALVADOR C/ ABB MEDIDORES S.A. S/ DESPIDO", sentencia dictada el 24.09.01, del registro de la Sala IX). Asimismo, la jurisprudencia ha dicho que "los baremos que cuantifican incapacidades no constituyen una regla rígida -que deba aplicarse mediante simples operaciones aritméticas- sino sólo una guía para estimar la disminución que ocasiona un cierto padecimiento en cada caso particular" (SD Nro. 95824, dictada en autos "PUZZI, MARÍA ESTER C/ MAPFRE ARGENTINA ART S.A S/ACCIDENTE –LEY ESPECIAL", del 25/10/11, del registro de la Sala IV CNAT).

En estas condiciones, estimo que los baremos son meramente indicativos, y que la instancia judicial está facultada legítimamente para determinar la existencia o no de incapacidad, a través de la interpretación de los arts. 386 y 477 del CPCCN.

Luego, teniendo en cuenta los estudios médicos y complementarios realizados al actor, el detallado y razonado informe efectuado por el perito médico designado en autos, el diagnóstico de las lesiones físicas que padece en la actualidad el Sr. Inverardi, y el análisis de su posterior evolución, considero que el porcentaje de incapacidad determinado en la instancia anterior, no resulta ajustado a derecho.

Por ende, interpreto que la suma de las incapacidades físicas y psíquicas en forma bruta está justificada, siempre que no se supere el 100%. Con lo cual, sugiero considerar que la incapacidad del actor es del 52% (30% + 10% + 10% + 2%).

USO OFICIAL

Por ello, auspicio modificar el fallo apelado respecto del porcentaje de incapacidad fijado por la Sra. Juez de primera instancia. En consecuencia, tendré por acreditado que el actor padece un 52% de incapacidad, derivado del infortunio analizado.

En cuanto a la remuneración del actor, llega firme a esta alzada, que el mejor salario fue de $2.222, correspondientes a mayo de 2008.

Pues bien, antes que nada, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde 1994, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), o es otro que el de los derechos humanos fundamentales. Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios", del 27/11/12).

Puntualmente, este Tribunal nos ha dicho en "Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", A. 1023, XLIII, que "el decidido impulso hacia la **progresividad** en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado al **principio *pro homine*,** connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorran, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorran, cit. p. 2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, "concordante con la doctrina universal"; el "principio de favorabilidad" (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27)."

En el presente caso, el salario del trabajador se encuentra evidentemente desactualizado (nótese que a mayo de 2008 alcanzaba a $2.222), por lo que, teniendo en cuenta el marco de racionalidad normativa, engarzado siempre dentro de los principio rectores e inderogables de la CN, y toda la normativa infra y supra constitucional (en el estado de su vigencia), y siempre con arreglo a la misma (art. 14 bis, para el caso), toda vez que en el caso, es evidente que la aplicación de la jurisprudencia a la que me he referido ("Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios" y "Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo"), conduce a un resultado peyorativo para la parte actora, respecto del que corresponde a cualquier otro damnificado, que sufriese iguales perjuicios y que fuera ajeno al vínculo laboral, a mi juicio, corresponde

USO OFICIAL

actualizar el salario, a la luz de lo dispuesto por la ley 26.844.

Sentado ello, cabe resaltar que si bien no estamos resolviendo en los términos de la Ley de Riesgos de Trabajo, si lo hacemos en un marco aún más amplio, cual es el del derecho común. Con lo cual, si para la ley 26.844 el legislador ha considerado la actualización del salario (conforme al índice RIPTE, art. 17 inc. 6), encuentro prudente hacer extensiva analógicamente la aplicación de la misma.

Luego, observo que ella, rige plenamente desde el octavo día de su publicación. Es decir, que está vigente desde el 4 de noviembre de 2012, en virtud de no contar con norma alguna de aplicación inmediata. Lo que de todos modos no obstaculiza a que algunas normas de tipo adjetivo contenidas en la ley, sí resulten inmediatamente aplicables, aún por hechos anteriores.

De esta suerte, se respetan el principio de progresividad y de no regresividad, al aplicarse la normativa y la interpretación más favorable.

Sobre este aspecto, debo decir que la norma mencionada (ley 26.844), recoge lo que viene siendo una inveterada prédica del Dr. Capón Filas (ver, por ejemplo, "Abal Leonardo Andrés c/ Taller La Industrial S.R.L. s/ despido", sala VI, sentencia definitiva n° 58490, del 22 de diciembre de 2005; o "Wolk Ana María c/ Novedades Editoriales S.R.L. y otro s/ despido", sala VI, sentencia definitiva n° 57041, del 30 de marzo de 2004) y de la suscripta ("Larotonda, Sergio Bruno c/ Del Campo Materiales SRL y otros s/ despido", sentencia n° 1881, del 22 de octubre de 2003; "Paz, María Isabel c/ Met AFJP S.A. s/ despido", sentencia n° 2422, del 30 de octubre de 2007; o "Gutiérrez, Edgardo David c/ Labora S.A. s/ despido", sentencia n° 2454, del 18 de marzo de 2008, entre muchas otras, todas del juzgado 74, en mi labor como juez de primera instancia; o "Santucho, Sergio del Valle c/ Castagnola, Pablo Daniel s/ despido", Sentencia n° 93533, del 22 de mayo de 2013; "Leguizamón Ricardo Hernán c/ R. Carpaccio S.R.L. s/ despido", sentencia n° 93.570, del 31 de marzo de 2013, entre muchas otras, todas del registro de esta sala). Ambos, hemos declarado la imperiosa necesidad de actualizar los créditos salariales. Luego, mal podría no ser recogida por mí la reforma y no hacerme, así, eco de la justicia que implica actualizar, de alguna manera, el crédito del trabajador.

Así lo entendieron por ejemplo, la Cámara de Trabajo de Córdoba, Sala X, el 21/12/12, in re "Martín, Pablo Darío c/ Mapfre ART S.A. s/accidente", en la hipótesis del RIPTE (art.17, inc.6 de la nueva ley) y de la indemnización adicional de pago único (art.3 in fine, ib), la que a su vez remite al decisorio de su par mendocina, sala VII, in re "Godoy, Diego Maximiliano c/Mapfre Argentina, del 12/11/12". Otro tanto, hizo la Sala VII, de la Cámara cordobesa in re "Ludueña, Prudencia Beatriz, c/ Asociarte ART S.A., el 15/3/13", y la misma sala el 15/4/13,

USO OFICIAL

in re "Granero, Francisco José c/ Consolidar ART S.A.", así como la Sala III, de igual jurisdicción, in re "Torres, Manuel Rodolfo c/ La Segunda ART S.A.", del 4/3/13".

En estos precedentes, se manejó el argumento capital de que, resolver de otro modo, implicaría violar lo normado por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como el 2.1 del PIDESC (a lo que personalmente agregaría toda la normativa nacional e internacional sobre discriminación), en la inteligencia de que se generaría una discriminación entre los propios trabajadores, quedando en mejor situación quienes se accidenten luego de la entrada en vigencia de la ley que los anteriores.

En el mismo sentido, se expidió la Justicia Nacional, a través del Juzgado Nacional del Trabajo N° 58, Sentencia 5.393 del 24/2/13, in re "Camargo, Roberto Adrián c/Mapfre Argentina ART SA y otro s/accidente, acción civil", y S. D. N° 93.565 del 31.05.13, in re "Pisera, Juan Manuel c/ Euterma SA y otro s/ despido del registro de esta Sala III.

Súmase como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata por el carácter adjetivo, que se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad.

Al respecto, Ricardo J. Cornaglia afirma, que la clave de la cuestión consiste en la conjunción de dos principios que tienen raigambre constitucional: el de indemnidad (art. 19 de la Constitución Nacional) y el de razonabilidad (artículo 28 de la CN), al punto que reconocido el primero como un derecho fundamental, no puede la ley so pretexto de hacerlo operativo, terminar negándolo o provocar un resarcimiento reducido, mezquino o irrazonable (PDLSS, T.2008-19-pág. 1643).

En efecto, la ley 26.773 en su artículo 17, inciso 6, establece que las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas por la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1.694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme al índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1° de enero de 2010.

En consecuencia, considero que resulta aplicable lo dispuesto por la ley 26.773, a fin de mantener inalterable el crédito de la parte actora.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que "el derecho de acceso a la justicia, a propósito del artículo 25 de la Convención Americana, es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que 'la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación,

USO OFICIAL

el recurso sea *útil* para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo" *(Castañeda Gutman vs. México,* excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6-8-2008, Serie e N° 184, párr 100).

Consecuentemente, y de acuerdo a lo dispuesto, a la suma de $2.222 deberá aplicarse el índice de ajuste del RIPTE fijado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Así surge según las pautas establecidas por el art. 17, inc. 6) de la Ley 26.773: a) Ultimo índice RIPTE fijado y publicado por el M.T.S.S. a junio de 2013 = 912,82 b) Indice RIPTE al día 1-1-10 = 344,73) Índice de ajuste: 912,82 / 344,73. Por lo tanto, el salario ajustado por índice RIPTE = $2.222 x 2,65= es de $5.888,30.

A su vez, para poder determinar el monto de la indemnización por el daño causado, entiendo que corresponde tener en cuenta los datos al momento de la manifestación de las enfermedades que el actor padecía, y no la situación al momento del despido.

Se observa que, de la historia clínica n° 900 460522, acompañada por CEMIC a fs. 253/309, el actor con fecha 13/04/2007, había concurrido a los consultorios de OSECAC "Medrano", y la Dra. Ana A. Camporini le diagnosticó lesiones en las manos y "contacto con gas" (ver en especial fs. 300).

Asimismo, de la contestación de oficio de APRESA – Asistencia y prestaciones de Salud S.A. (ver fs. 460/463), con fecha 08/02/2007 se realizó una espirometría.

Por lo tanto, corresponde tomar los datos al momento de la toma de conocimiento de la enfermedad profesional (08/02/2007).

VI.- De tal suerte, para determinar el monto de condena, corresponde considerar la edad de la víctima al momento del infortunio (60 años), y la remuneración actualizada de $5.888,30, y la incapacidad determinada (52%) de la T.O.

Planteado el panorama total de la situación, considero que a fin de establecer el quantum indemnizatorio, debe tenerse presente el salario actualizado analizado precedentemente, el porcentaje de incapacidad, los demás datos personales y profesionales del actor y teniendo en cuenta, al sólo efecto indiciario, la fórmula "Vuotto" a partir del fallo de esta Sala en su anterior composición, en los autos "Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro s/ Accidente Acción Civil, que dotan al presente de una cuota de objetividad, fijaré la medida del daño material en cálculos hodiernos en la suma de $450.000.

A ello, corresponde sumarle la cantidad de ocho mil quinientos diecinueve pesos ($ 100.000) en concepto de daño moral (FP "Vieites", nro. 243). Cabe señalar, en principio, que dicho cálculo será tomado en forma indiciaria y que, si bien reitero, no comparto la

USO OFICIAL

obligatoriedad de los fallos plenarios, adhiero a dicha doctrina.

VII.- Entonces, la demanda prospera por la suma total de $550.000, que deberá ser depositada en autos dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la LO, con más un interés que será determinado en el siguiente considerando.

Asimismo, se devengará además actualización desde el 1° de Julio de 2013, fecha de la última actualización del RIPTE y hasta el efectivo pago, (dada la diferente naturaleza de ambos institutos), utilizando como referencia los valores de la Canasta Básica total elaborada por el INDEC entre ambos puntos de tiempo (cfr.CNAT, Sala VI, in re "Alcaraz, Aparicio Miguel c/ IMPO MUNRO S.A. s/ despido", SD 55.238 del 6/9/202, voto del Dr. Capón Filas). Para así resolver declaro oficiosamente la inconstitucionalidad del artículo cuatro de la ley 25.561.

Precisamente, por imperio de la misma realidad que he tenido en cuenta para resolver el fondo de la cuestión, es que decreto la inconstitucionalidad de marras e impongo el índice de actualización indicado: la realidad económica del país muestra a las claras, día a día, cómo existe una genuina depreciación monetaria.

Respecto de la inconstitucionalidad de oficio, no soslayo que en la demanda no se efectuó un debido planteo de inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Sin embargo, he sostenido inveteradamente (aún como juez de primera instancia), que el decreto de inconstitucionalidad de oficio, no es una facultad, sino un deber de los jueces. Precisamente, en un reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho *"que cabe recordar que con arreglo al texto del artículo 100 (actual 116 de la Constitución Nacional), tal como fue sancionado por la Convención Constituyente ad hoc de 1860 -recogiendo a su vez el texto de 1853, tributario del propuesto por Alberdi en el artículo 97 de su proyecto constitucional-, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras".*

"Que en este marco constitucional, la ley 27 estableció en 1862 que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constituci6n Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposici6n de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con elIa" (art. 3). Al año siguiente, el Congreso dictó la ley 48, que prevé que: *'Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los*

USO OFICIAL

principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido" (artículo 21).

"Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando –contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor Josê Benjamin Gorostiaga- delineó sus facultades para aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución (Fallos: 23:37)."

"Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos". Tal atribución –concluyó la Corte- "es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario" (Fallos: 33:162).

"Como es bien sabido, un año antes, en el caso 'Sojo', esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente 'Marbury vs. Madison' para establecer que 'una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley' y para afirmar que 'cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren' (Fallos: 32:120). *Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte 'no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer termino la Constitución Nacional'* (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pAg. 197, citado en Fallos: 321:3620).

"Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso 'Ganadera Los Lagos' (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo,

USO OFICIAL

frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; Y 327:3117, considerando 4°)."

"Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco 'se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicaci6n de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos:327:3117, considerando 4° citado)."

"Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente 'Mazzeo' (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que 'la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)' que importa 'una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el Ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos' (considerando 20)."

"Se advirtió también en "Mazzeo" que la CIDH "ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso *"Almonacid"*, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21".

"Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente 'Almonacid'. En efecto, en el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso' precisó que los órganos

USO OFICIAL

del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ['Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú', del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cardenas e Ibsen Pefia vs. Bolivia" (del 1° de septiembre de 2010, parágrafo 202); *"Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil"* (del 24 de noviembre parágrafo 176) y *"Cabrera y Montiel"*, noviembre de 2010, parágrafo 225).

"Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso *'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina'*, del 29 de noviembre de 2011)."

"La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango."

"Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar 'en el marco de sus respectiva competencias y de las regulaciones procesales correspondientes' (confr. casos *'Ibsen Cardenas e Ibsen Pefia' y 'Gómez Lund y otros'*, citados).

"Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna

USO OFICIAL

garantía, derecho, titulo o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación."

"En este sentido se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento factico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera."

"Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control" (R. 401. XLIII. Autos *"Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra e Ejército Argentino s/ daños y perjuicios"*, del 27.11.12).

En consecuencia, sugiero devengar actualización monetaria sobre los créditos que proceden.

VIII.- Resta analizar el momento a partir del cual deben computarse los intereses, el mismo fue apelado por el actor. Al respecto, el juez a quo, los determinó a partir de la fecha del despido.

Ha dicho la jurisprudencia, en un criterio que comparto, que: "El actor tiene derecho a percibir intereses desde el momento de la consolidación jurídica del daño hasta la fecha en que la accionada ponga a su disposición el capital debido, pues durante el tiempo transcurrido entre el nacimiento del derecho y el momento en que éste es reconocido administrativa o judicialmente, se devengan intereses compensatorios (no moratorios) que deben ser soportados por el deudor. Una interpretación contraria implicaría beneficiar a la deudora a costa del acreedor (el trabajador)" (SD 84.799, del 6/07/06, del 3/04/03, in re "Arellano, Julio c/ Curtarsa Curtiembre Argentina SA", del registro de esta Sala).

Por lo tanto, corresponde modificar la aplicación de intereses, las que será desde la fecha del momento de la toma de conocimiento de la enfermedad profesional (08/02/2007).

Al momento de efectuar la liquidación, se calcularán intereses hasta una fecha provisoria en la cual haya podido consentir el giro, que en caso de ser posterior a la que resulte, se reintegrará al demandado lo depositado de más.

IX.- Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria,

USO OFICIAL

razón por la cual deviene abstracto el tratamiento de los agravios sobre el punto.

Propongo que las costas de ambas instancias sean soportadas por las demandadas, toda vez que han sido vencidas en lo sustancial del reclamo (art. 68 de la normativa procesal señalada).

X.- En atención al valor económico de la contienda, al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18345, arts. 6, 7, 8, 9, 19, 37, 39 y conc. de la ley 21839, propongo regular los honorarios de los letrados de las partes actora, demandadas por sus trabajos en la instancia previa, y para el perito médico, en los respectivos porcentajes de 17%, 12%, 12%, y 8% a calcular sobre el monto de condena con más la adición de intereses.

A fin de preservar la doble instancia, la regulación de honorarios de la perito ingeniera química, deberá ser determinada por el juzgado de primera instancia.

XI.- En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios de los letrados firmantes de fs. 1192/1199 y fs. 1205/1206, por su labor ante este tribunal, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en grado.

USO OFICIAL

Respecto del I.V.A. esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27 de septiembre de 1993 en autos "Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente – ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto, grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación" (C. 181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

En consecuencia voto por: I.- Modificar el fallo de primera instancia, y en consecuencia condenar a Refrigeración Pizarro S.A. y a Aseguradora de Riesgos de Trabajo Interacción S.A. a pagar la suma de $ 550.000 (PESOS QUINIENTOS CINCUENTA MIL PESOS), con más sus intereses. II.- Dejar sin efecto el régimen de costas y las regulaciones de honorarios de la instancia previa. III.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas; IV.- Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, las empleadoras, aseguradora, y para el perito médico, en los respectivos porcentajes de 17% (diecisiete por ciento), 12% (doce por ciento), 12% (doce

por ciento), y 8% (ocho por ciento), a calcular sobre el monto de condena más sus intereses; V.- A fin de preservar la doble instancia, la regulación de honorarios de la perito ingeniera química, deberá ser determinado por el juzgado de primera instancia. VI.- Regular los honorarios de los letrados del actor y Refrigeración Pizarro S.A., por su labor ante este tribunal, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa. En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. VII.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

El Doctor Rodriguez Brunengo dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero en lo principal, al voto que antecede, y aclaro que tuve el honor de contarme entre los primeros críticos adversos a la Ley nro.:24.557, denominada "DE RIESGOS DEL TRABAJO", desde la cátedra, en el ejercicio de la profesión de abogado impugnándola de inconstitucionalidad, así como el resto del abanico de leyes de orientación neoliberal inspiradas por la Trilateral Commision a través del Consenso de Washington, en la señera compañía de prestigiosos juslaboralistas de la Asociación de Abogados Laboralistas como Ricardo Jesús Cornaglia y Moisés Meik, por mencionar algunos de los más eminentes, desde que dicha ley era un proyecto, mucho antes de su sanción, que data del 13 de septiembre de 1995.

Sumé mi voto en ese sentido prácticamente en todos los Congresos y Jornadas de ambas instituciones donde se trató la materia de Infortunios Laborales y aporté argumentos.

Señalaré -a título de ejemplo- las Jornadas de Análisis y Debate sobre Accidentes y Enfermedades del Trabajo", convocadas por la Asociación de Abogados Laboralistas, llevadas a cabo en el Centro Cultural General San Martín, Buenos Aires, los días 29 y 30 de marzo de 1996, con una concurrencia superior a los 600 abogados acreditados, donde se ratificó la posición de denuncia por inconstitucionalidad del régimen creado por la L.R.T. También se sostuvo el rechazo del mismo y la suspensión de la entrada en vigencia del sistema.

Se destacó en la oportunidad la ponencia oficial del Doctor Isidoro H. Goldenberg de la que mencionaremos las conclusiones:

a) Como lo declara la Comisión nro.: 9 ("El derecho Frente a la Discriminación" de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (26, 27, 28 de octubre de 1995): "Es discriminatorio el art. 39 de la Ley 24.557 (L.R.T.) en cuanto priva a las víctimas de infortunios laborales de

USO OFICIAL

acceder a la tutela civil para la reparación de que gozan todos los habitantes, conforme al derecho común" (Conclusión nro.: 23).

b) La Ley sobre Riesgos del Trabajo contradice abiertamente el enunciado de "promover el bienestar general" contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional y vulnera sus artículos 14 Bis, 17, 18, 43, 75 inc. 22 y 23 y 121.

c) Resultan especialmente lesivas las disposiciones de los artículos 4°, inc. 3°; 6°, inc. 2° "in fine", y 39, normativa que quebranta el valor solidaridad social e importa un agravio a la dignidad del trabajador.

d) Se vacía en general de contenido al artículo 75 de la L.C.T., progresivamente mutilado a partir de la ley 24.557, artículo 49, eliminándose de este modo la operatividad de la acción autónoma de reparación basada en dicho precepto.

e) Los objetivos proclamados en la L.R.T.: prevención, reparación y rehabilitación (art. 1°) se tornan evanescentes a través del articulado de la ley.

f) Se afectan, en consecuencia, los pilares básicos que sustentan la disciplina laboral: el principio protectorio, el garantismo legal, el principio de indemnidad y el acceso a la jurisdicción.

g) Los verdaderos beneficiarios de esta ley son los titulares financieros de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.), entidades de derecho privado (art.26), que recaudarán anualmente una suma millonaria, en su calidad de agentes del seguro privado obligatorio, teniendo en cuenta que actualmente cotizan por el régimen de la seguridad social más de tres millones y medio de trabajadores.

h) Las consecuencias dañosas que sufre el operario a raíz de la infracción a la obligación de seguridad pueden ser atribuidas al empleador a título de dolo eventual pues se reúnen sus notas configurativas: 1) indiferencia del incumplidor respecto a los efectos perniciosos de su falta de cuidado y diligencia; 2) previsibilidad del resultado; 3) antijuridicidad de la omisión.

i) No existe ahora impedimento legal que impida el cúmulo de las pretensiones de la L.R.T. y de las originadas en el Código Civil.

j) Queda siempre a salvo la acción por incumplimiento de las normas que regulan la higiene y seguridad del trabajo, así como la aplicación de lo dispuesto en los artículos 510 y 1201 del Código Civil.

La jurisprudencia reaccionó rápidamente, a partir del caso: "Quintans, Mario Héctor C/ Multisheep S.A." en el cual el Tribunal del Trabajo nro.: 2 de Lanús (Provincia de Buenos Aires), en Sentencia de fecha 19/11/96 decretó la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 6°, 8°, 14, 15, 21, 22, 39, 40, 46, 49, cláusulas adicionales 1ª., 3ª. Y 5ª, como una cuestión previa y asumiendo la

USO OFICIAL

competencia. Cantidades de fallos se sucedieron en diversas jurisdicciones en el mismo sentido, hasta que finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se definió ampliamente en el caso: "Aquino C/ Cargo Servicios Industriales" (A.2652 XXXVIII) del 21/09/2004 que hace hincapié en el art. 19 C.N. al referirse a la cuestión suscitada con el art. 39 inc. 1° L.R.T., vinculado ello con los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil y que, con amplio criterio, sostuvo entre otras cosas, que la veda a las víctimas de infortunios laborales de percibir la reparación integral constituye una inconstitucionalidad absoluta de dicho artículo.

Cabe señalar asimismo que en la Sala VII, que integro como titular, ya antes del mencionado fallo del Tribunal Supremo, se había expedido en casos como "Falcón Restituto C/ Armada Argentina", S.D. N° 33.734 (23/06/2.000) donde dijo "…la discriminación que emana del art. 39 de la L.R.T. no es coherente con el principio de igualdad ante la ley instituído por la C.N. en su art. 16 ni tampoco con otros principios adoptados y recogidos por nuestra C.N. por la vía de la incorporación –a esta norma fundamental- de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), por lo que debe considerarse inadmisible el régimen de la Ley 24.557, que lleva a una persona dañada por la culpa de otra a que no pueda ser indemnizada en plenitud por el sólo hecho de ser "trabajador"; criterio que se mantuvo luego en numerosos precedentes (v. en similar sentido esta Sala in re "Vazquez Camacho, Angel C/Coniper S.A. y o.", sent. Nro.: 38.083 del 25/11/04; "Krause C/ Cooperativa", sent. Nro.: 37.833 del 30/08/2004, "Torres C/ Godoy", sent. del 25/02/05, "Agustinas, Néstor C/ Estampados Rotativos S.A. y o.", sent. nro.: 38.420 del 19/04/2005; "Correa C/ Niro", sent. N° 40.869 del 30/04/2008, entre muchos otros).

Además, veo necesario agregar que la doctrina tradicional que fundaba la obligación de resarcir el infortunio laboral en la culpa a demostrar en que habría incurrido el empleador (culpa aquiliana), fue superada hace décadas en nuestro derecho, a partir de la reforma de Borda al Código Civil, reemplazándola por la "responsabilidad objetiva", al compás de toda la doctrina y legislación comparada, vg. En la República Hermana del Brasil: "A principio, a doutrina recorreu a explicaçÕes da natureza metajurídica, como se verifica nas concepçÕes de Wenger e Duguit, mas logo encontrou razÕes jurídicamente mais consistentes para fundamentar a obrigação de resarcir o dano proveniente do acidente do trabalho, independentemente da culpa de quem se apontava como o responsável pego pagamento. Voltou-se aos cuadros de responsabilidade extracontractual, desenvolvendose até as suas últimas consequências a idéia de que o dever de indenizar, como excepcionalmente admitiu o direito comum, podía resultar do fato da coisa, no qual não se podía ver rigorosamente a culpabilidade de seu dono. Embora se procurasse fundar a responsabilidade, nesses casos, numa presunção de culpa, na chamada culpa indireta, a verdade é que, como essa construção teórica, lançavam-se as bases da teoría objetiva da responsabilidade que viría a

USO OFICIAL

explicar, em várias situações,a atribuição do dever de indenizar a que, não pode sel culpado a rigor, do dano verificado. Desse movimento para a objetivação da responsabilidade surgiu a teoría do risco profissional. A construção doutrinária conhecida por essa expreção ambigua assenta, conforme o ensinamento de Unsain, em tres principios fundamentais: 1°) o da inerência do risco a indústria: 2°) o da responsabilidade do patrão, como representante da indústria, independentemente de culpa: 3°) o da equivalência da indenização ao dano." (Orlando Gomes-Elson Gottschalk Curso de Direito do Trabaho, Livraria Forense, Río-São Paulo, 6°. Edicto, 1975, Vol.I.pág. 422).

(Traduzco: "Al principio, la doctrina recurrió a explicaciones de naturaleza metajurídica, como se verifica en las concepciones de Wenger y Duguit, pero luego encontró razones jurídicamente más consistentes para fundamentar la obligación de resarcir el daño proveniente del accidente de trabajo, independientemente de la culpa de quien se señalaba como el responsable por el pago. Se regresó a los encuadramientos de la responsabilidad extracontractual, desenvolviéndose hasta las últimas consecuencias la idea de que el deber de indemnizar, como excepcionalmente admitió el derecho común, podía resultar del hecho de la cosa, en el cual no se podía ver rigurosamente la culpabilidad de su dueño. Aunque se procurara fundamentar la responsabilidad, en esos casos, en una presunción de culpa, en la llamada culpa indirecta, la verdad es que, con esa construcción teórica, se lanzaban las bases de la teoría objetiva de la responsabilidad, que vendría a explicar, en varias situaciones, la atribución del deber de indemnizar a quien, no puede ser culpado en rigor, del daño verificado. Desde ese movimiento para la objetivación de la responsabilidad surgió, para un fin específico, la teoría del riesgo profesional. La construcción doctrinaria conocida por esa expresión ambigua reposa, conforme la enseñanza de Unsain, en tres principios fundamentales: 1°) El de la pertenencia del riesgo a la industria; 2°)El de la responsabilidad del patrón, como representante de la industria, independientemente de culpa; 3°) El de la equivalencia de la indemnización al daño." Orlando Gomes-Elson Gottschalk: "Curso de Derecho del Trabajo, Libería Forense, Río-San Pablo, 6ta. Edición, 1975, Vol. I, pág. 422).

En cuanto a la procedencia del daño moral debo sañalar que el fallo plenario n° 243 "Vieites, Eliseo c/ Ford Motor Arg. S.A." estableció la procedencia del reclamo de dicho concepto en las acciones de derecho común por accidente del trabajo, fundadas exclusivamente en el vicio o riesgo de la cosa según el art. 1113 del C. Civil.

Asimismo cabe señalar que Carlos A. Ghersi destaca la reformulación del daño moral en la Reforma de 1968 y que el concepto "daño" debe analizarse en todos los aspectos que comprenden a la persona y personalidad y sin sujeción a fórmulas matemáticas y a partir de institutos tales como el riesgo creado (Art. 1.113 , segunda parte, párrafo segundo), la equidad (Art. 907, párrafo segundo), la

USO OFICIAL

buena fe (Art. 1.1908, párrafo primero), y el ejercicio abusivo de los derechos (Art. 1.071), entre otras disposiciones, enfatizando que "esta corriente renovadora del derecho, con hondo contenido social, se acerca más al hombre en sí mismo y se aleja del economicismo como meta central de protección, que imperaba en Alberdi Vélez".

Jorge Mosset Iturraspe propone, por ejemplo, la reformulación del concepto de "daño moral" por el de "daño a la persona", de mucha mayor amplitud y mayor compatibilidad con las orientaciones modernas del derecho (conf.: su trabajo: "Daño Moral. Noción Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona", en loc. Cit. pág. 7 y ss).

Ello no debe sorprender, pues la propia Corte Suprema expresó aún antes de la Reforma Consitutcional con relación al daño moral, en este caso, que "…no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un accesorio de éste" (Autos: "Forni c/ Ferrocarriles Argentinos, 7/IX/89. ID: "Bonadero Alberdi de Inaudi c/ Ferrocarriles Argentinos" 16/VI/88); y mas recientemente ha dicho que en aquellos juicios en los que se solicita la reparación en el marco del derecho común debe procederse a reparar todos los aspectos de la persona, transcendiendo ello de la mera capacidad laborativa (v. fallo: "Arostegui Pablo M c/ Omega ART SA", S.C. A, n° 436, L. XL).

Respecto a la responsabilidad de la ART debo indicar que liberar a la aseguradora de las consecuencias desfavorables para la salud del dependiente por haber prestado servicios, implicaría necesariamente que el titular del contrato de trabajo abonase un seguro por accidentes y enfermedades, y –por una cuestión de forma (relativa a la elección del tipo de acción que el actor escogió para demandar)- quedase desprotegido con relación al reclamo de sus dependientes.

Así, se provocaría un beneficio económico injustificado por parte de la tomadora del seguro (y en consecuente daño al empleador) al cobrar una prima y luego no responder en carácter de aseguradora de la contingencia, mientras que en el marco que la ley le impone, la legislación le garantiza estar cubierto por cualquier infortunio que pudieran sufrir sus dependientes (en igual sentido; v. de la Sala: "Aguirre, Miguel Angel c/ Piero S.A.I.C. y otro s/ Accidente- Acción civil"; S.D. 41.309 24.10.08).

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que "…el hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la L.R.T. origine la eximición de la responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1) no se sigue que las A.R.T. queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley, por lo que no existe razón alguna para ponerlas al margen del régimen de responsabilidad civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de una accidente o enfermedad laboral (…) tampoco la hay para que la aludida

USO OFICIAL

exención, satisfechos los mentados presupuestos, encuentre motivo en el solo hecho que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. Esta postura (…) conduciría a una exención general y permanente (…) no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son ajenos, puedan evitarse. Por el otro, olvida que no es propio de las ART permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la ya citada obligación de denunciar resulta una de sus funciones preventivas…" (v. "Torrillo, Atilio Amadeo y o. C/ Gulf oil Argentina SA y otro", T. 205, XLIV, del 31/03/2009, en similar sentido, esta Sala in re "Verón, Roberto Omar C/ Q.B. Andina SA y Otro s/ Accidente-Acción Especial", S.D. nro.: 41.903 del 22/06/2009; y mas recientemente en: "Rivero, Carlos C/ Pequeña Marina S.R.L. y Otro s/ Accidente-Acción Civil"; S.D. 42034 del 31.08.09).

De esta forma, sin entrar en el deba técnico de cuál hubiera sido el medio más idóneo de prevención del caso, tampoco es atendible la defensa argumental relativa a haber cumplido, supuestamente, con las previsiones estatuidas en materia de seguridad para atenuar accidentes.

De hecho, la mejor muestra de que no fueron efectivas es la producción del daño mismo, y por ende, la decisiva influencia que tuvo el éste en la actual incapacidad de la dependiente, lo que implica la falta de cumplimiento al deber impuesto legalmente de conformidad con lo normado en el art. 1.074 del Código Civil.

Así, es válido colegir que –a juzgar por el resultado- la aseguradora no cumplió eficazmente con su deber legal de prevención y contralor que le impone la normativa aplicable; lo que constituye una omisión culposa para el acaecimiento del infortunio y que conlleva la aplicación del art. 1.074 citado (en igual sentido, v. de esta Sala, en "Alcorta Olguin, Cristian José C/ Molinos San Martín S.A. Y Otro S/ Accidente"; S.D. 42.029 del 31.08.09).

Ello sin olvidar también que el art. 902 del Código Civil complementa, en cierto modo el art. 1074 del mismo cuerpo legal, e impone el deber de mayor diligencia cuando las circunstancias lo impongan (en igual sentido, esta Sala en Pérez, Elsa Edit c/ Sanatorio Güemes S.A. s/ despido", SD: 30.030 del 5.11.97).

No puede soslayarse que el Estado, aunque inconstitucionalmente, ha delegado en las aseguradoras de riesgos de trabajo todo lo relativo al control y sujeción de los empleadores a las normas de higiene y seguridad, inponiéndoles a estos gestores privados del sistema diversidad obligaciones de control y supervisión (art. 18 decreto 170/96). Se genera así, una ampliación de

USO OFICIAL

los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto obligado en materia de prevención de riesgos laborales, por lo cual la omisión o cumplimiento deficiente de aquella función "cuasi-estatal" genera la responsabilidad de la A.R.T., cuando- como en el caso- se comprueba un nexo de casualidad adecuada con el daño sufrido por el trabajador (art. 901, 902 y 904 Cód. Civil).

En cambio, discrepo parcialmente con lo determinado en la condena en cuanto allí se ordena indexar el crédito que le asiste a la parte actora.

En efecto, tengo dicho que la pérdida de valor adquisitivo del crédito y las consecuencias dañosas originadas en el desfasaje producido por la situación económica de conocimiento público y notorio ha sido suficientemente morigerada por la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, dispuesta en el fallo de grado, que a su vez se ajusta a lo señalado en el Acta N° 2.357 y la Resolución de Cámara Nro.8 del 30.5.02 (en sentido similar, v. Sala VII en autos: "Mignemi, Juan Carlos c/ Seguridad Grupo Maipú SA s/ Despido"; S.D. 37.951 del 13.10.04).

USO OFICIAL

En consecuencia, voto por que al capital de condena se le apliquen los intereses que se indican en el compartido primer voto, pero sin la actualización de los créditos allí dispuesta.

El Doctor Pesino dijo:

En lo que es motivo de disidencia, adhiero al voto del Doctor Rodriguez Brunengo, por análogos fundamentos.

Por lo tanto, **el Tribunal resuelve:** I.- Modificar el fallo de primera instancia, y en consecuencia condenar a Refrigeración Pizarro S.A. y a Aseguradora de Riesgos de Trabajo Interacción S.A. a pagar la suma de $ 550.000 (PESOS QUINIENTOS CINCUENTA MIL PESOS), con más sus intereses. II.- Dejar sin efecto el régimen de costas y las regulaciones de honorarios de la instancia previa. III.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas; IV.- Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, las empleadoras, aseguradora, y para el perito médico, en los respectivos porcentajes de 17% (diecisiete por ciento), 12% (doce por ciento), 12% (doce por ciento), y 8% (ocho por ciento), a calcular sobre el monto de condena más sus intereses; V.- A fin de preservar la doble instancia, la regulación de honorarios de la perito ingeniera química, deberá ser determinado por el juzgado de primera instancia. VI.- Regular los honorarios de los letrados del actor y Refrigeración Pizarro S.A., por su labor ante este tribunal, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa. En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en

concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. VII.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Notifíquese, regístrese y oportunamente devuélvase.

Víctor A. Pesino Néstor M. Rodríguez Brunengo Diana R. Cañal
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ante mí: Stella Maris Nieva
19 Prosecretaria Letrada

USO OFICIAL