

**PODER JUDICIAL DE LA NACION
CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO- SALA VI
"LAROCCA MARIA CRISTINA C/ COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE
GAS S.R.L. Y OTRO S/ ACCIDENTE-ACCION CIVIL" Expediente Nro.
37.691/2010- SENTENCIA DEFINITIVA N° 65582**

Buenos Aires, 28 de agosto de 2013

VISTO Y CONSIDERANDO:

En la Ciudad de Buenos Aires reunidos los integrantes de la Sala VI a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicando el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

EL DOCTOR LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO:

I. La sentencia de fs. 366/369 rechazó la demanda promovida por la actora contra la demandada COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE GAS SRL y LIBERTY ART S.A. con costas por su orden.

II. Interpone recurso de apelación la parte actora a tenor del memorial obrante a fs. 374/378, con réplica de LIBERTY ART S.A., que a su vez a fs. 380/381 recurre la imposición de costas por su orden.

III. Se agravia la actora por cuanto señala que la sentencia de grado viola el principio de congruencia y rechazó la demanda basada en la no acreditación de la relación de causalidad entre el daño del actor y los presupuestos de atribución de responsabilidad, que fundamento en los arts. 1109, 1113 y 1074 del Código Civil.

La queja cuestiona la sentencia en tanto sostiene que solo examinó las condiciones de medio ambiente que la accionante denunciara como causante del daño de su cónyuge, concluyendo en la falta de acreditación de tal extremo. Afirma que la demandada quebrantó normas de salud y seguridad laboral ya que no se le efectuó a su dependiente el Sr. Julio Prota, esposo de la actora, el examen pre ocupacional respectivo, y por ende se omitió constatar que no se encontraba apto para trabajar.

Y señala luego, que la sentenciante también omitió considerar los incumplimientos en la normativa de higiene y seguridad, que su parte denunciara y que estima probados, respecto a la carencia de auxilio médico en el lugar de trabajo, que motivara la salida desesperada de Prota ante una grave indisposición conduciendo su propio vehículo.

Continúa su argumento, manifestando su opinión contraria a la conclusión del juzgador respecto a que no lograra demostrar los presupuestos en que fincó su pretensión. Señala que el esposo de la actora se desempeñó como vigilador con portación de armas, para Compañía Sudamericana de Gas S.R.L. y que dicha tarea era de carácter estresante, además de efectuarla a la intemperie, expuesto a los factores climáticos, produciéndole como

concausa el ataque cardíaco que culminó con su fallecimiento.

Que no se tomaron medidas de seguridad elementales y que las condiciones del medio ambiente laboral eran adversas (fs. 376 vta. y ss.).

Concluye que todo ello, genera responsabilidad de las codemandadas por el fallecimiento del causante. La sentenciante analizó la prueba testimonial como netamente insuficiente para acreditar los extremos denunciados por la parte actora y que se han citado supra (Dalmau: fs. 193/194; Martinero: fs. 208/210 y BAO: fs. 195/197).

Asimismo evaluó la pericia médica rendida en autos, sosteniendo que no ayuda a la tesitura de la parte actora, ya que sujeta la concausalidad del porcentaje de incapacidad a la prueba de los factores medio ambientales específicos del lugar de trabajo que habrían incidido, pero que considera no probados.

Adelanto que disiento con la valoración que la magistrada de grado efectúa de las probanzas de autos, y que por ende el recurso incoado tendrá piso de marcha.

De las constancias de autos entiendo que surgen omisiones en el cumplimiento de obligaciones legales con consecuencias jurídicas para ambas codemandadas.

El suceso que determinó la muerte del cónyuge de la actora, se da en circunstancias que de haberse cumplido las normas de seguridad y salud en el trabajo podrían haber cabido otra suerte para aquel. Está lesionado en consecuencia el deber de seguridad previsto en el art. 75 de la LCT y consiguientemente el de no dañar previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Considero probado del sub-examine dos circunstancias que acarrearán responsabilidad de las codemandadas: la falta elemental de servicios de primeros auxilios en el lugar de trabajo y la no realización de examen pre ocupacional al actor, sobre lo que discurriré infra.

El Juez se encuentra facultado a subsumir los hechos de la causa en las normas jurídicas, apartándose de lo postulado por las partes sin mengua del principio de congruencia, como lo que propiciaré en sub examine, facultad que deriva de la regla *iura curia novit* y cuyo ejercicio no comporta agravio constitucional en tanto no se alteren las bases tácticas del litigio, ni la causa petendi, ni se admitan hechos o defensas no esgrimidas por los contendientes (Fallos 322:2525 entre otros).

El hecho que el trabajador sufriera una grave indisposición y que no hubiera ninguna posibilidad de atención médica o de auxilio, ambulancia para su traslado y que fuera el mismo quien intentara trasladarse para la emergencia es un hecho grave.

Ello surge con claridad de los dichos del testigo ofrecido por ambas partes Jorge Bao y que trabajó con Julio Prota, esposo de la actora (fs. 195/197), respecto a las carencias del lugar de trabajo, falta de teléfono, la emergencia sufrida por Prota y que en el lugar de trabajo no había ayuda de

ningún tipo ante situaciones como las vividas por éste. Asimismo que éste trabajaba como "vigilador" armado, en el Bajo Flores, en tareas de seguridad en la Empresa Cosugas, y relata las condiciones en que se prestaban las tareas, por lo general a la intemperie, y con una extensión horaria de doce horas. También ilustra la indisposición sufrida por Prota en ocasión del trabajo y en el lugar del mismo, tal como su desesperación para hacer algo. El infortunio se produjo el día 29 de agosto de 2008, en pleno invierno.

Como surge del informe pericial médico el esposo de la actora tenía una incapacidad importante al ingresar a la empresa, por dolencias cardíacas, que había sido sometido a intervenciones quirúrgicas y que por ende su incorporación a la empresa, requería un cuidado y previsión especial, máxime su condición de jubilado de edad avanzada (68 años).

La pericia médica a fs. 150 vta. luego de examinar los antecedentes médicos de Julio Prota establece un nexo concausal en la incidencia de los factores patogénicos laborales y medioambientales en el episodio de muerte súbita que le determinó la vida. Resulta obvio decir que el lugar de trabajo está bajo directa responsabilidad del empleador (art.3 inc.c Convenio 155 OIT).

En tal sentido advierto que no se cumplía con lo prescripto por el artículo 18 del convenio 155 OIT, ratificado por Ley 26.693 sobre "Seguridad y salud de los trabajadores" que manda al respecto "...Los empleadores deberán prever, cuando sea necesario, medidas para hacer frente a situaciones de urgencia y a accidentes, incluidos medios adecuados para la administración de primeros auxilios".

En su artículo 7 señala que "...La situación en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo deberá ser objeto, a intervalos adecuados, de exámenes globales o relativos a determinados sectores, a fin de identificar los problemas principales, elaborar medios eficaces de resolverlos, definir el orden de prelación de las medidas que haya que tomar, y evaluar los resultados".

El Convenio 187 (2006) de la OIT ratificado por Ley 26.694 sobre "el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo" en su artículo 5 apdo. 2 b) establece que se debe "...contribuir a la protección de los trabajadores mediante la eliminación de los peligros y riesgos del trabajo o su reducción al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, con miras a prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo y a promover la seguridad y salud en el lugar de trabajo".

Ambos convenios son plenamente operativos en nuestro orden jurídico y tienen raigambre constitucional (art.75 inc.22 CN).

Respecto del carácter obligatorio de los exámenes médicos la Resolución 37/2010 de la SRT establece que quedarán incluidos en el sistema de riesgos del trabajo, los exámenes médicos en salud:

1. Preocupacionales o de ingreso.
2. Periódicos.

3. Previos a una transferencia de actividad.
4. Posteriores a una ausencia prolongada.
5. Previos a la terminación de la relación laboral o de egreso.

Los exámenes pre ocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán y poseen carácter obligatorios, debiendo efectuarse de manera previa al inicio de la relación laboral. Es responsabilidad del empleador, sin perjuicio de que el empleador pueda convenir con su ART la realización del mismo. (art.2 Res.37/10).

El lugar de trabajo donde se desempeñaba el esposo de la actora no cumplía con la normativo sobre higiene y seguridad en el trabajo (RE 19587/72) que tienen por objeto protección de la vida y el mantenimiento de la integridad sicofísica de los trabajadores (art.4 inc. a); realización de exámenes médicos pre ocupacionales (art. 5 inc. o y 9 inc. a) no disponía de medios adecuados para la inmediata prestación de primeros auxilios.

El art. 75 de la LCT establece que el empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo que he citado cuyo incumplimiento genera responsabilidad indemnizatoria.

En el inciso segundo se restringe la reparación de los daños por dichos incumplimientos a las normas de la Ley 24557.

Sin embargo el actor cuestionó la constitucionalidad del sistema previsto en la ley citada, que ya fuera resuelto por la Corte Federal, en la causa "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688" 21/09/2004 señalando en uno de sus párrafos:

"...En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales".

Y señala "... Que desde antiguo, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad." (Fallos: 299: 428, 430, considerando 5º y sus numerosas citas).

El art. 39, inc. 1, de la LRT, a juicio de la CSJN es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, de aquélla (considerando 14).

En mi criterio la referida norma fue declarada como portadora de una inconstitucionalidad directa absoluta conforme el criterio mayoritario expresado en el precedente citado, por violación del principio de no discriminación e igualdad ante la ley, lo que no justifica efectuar test comparativo con la tarifa de las prestaciones que incluye el sistema de la LRT.

La inconstitucionalidad de una norma se configura no sólo por lo que la norma en si misma establece sino también por la interpretación que le da el juez al aplicar la norma en la sentencia, tal como lo señala Bidart Campos (Tratado Elemental de Derechos Constitucional Argentino. El control de constitucionalidad pag.589 y ss. vol.II-B - Ediar).

De lo que hasta aquí llevo dicho formo convicción acerca de que la sentencia de grado debe ser revocada y por ende se hará lugar a la demanda, para lo cual debo considerar los términos en que fue planteada (art. 126 LO).

Ello no me exime sin embargo del señalado deber de examinar autónomamente la realidad fáctica subsumiéndolos en las normas jurídicas que las rigen. Atribución que por ser propia y privativa de la función jurisdiccional lleva a prescindir de los fundamentos y calificaciones normativas que postulen las partes, aun cuando concordaren en ellos; y que encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia como se ha dicho supra (Fallos 329:4372,3517 citado en la causa CS, 2013/04/16 "Cómoli Daniel Alberto y otros c/ Banco de la Nación Argentina s/despido").

Encuentro en consecuencia configurada la responsabilidad civil de la empleadora demandada con fundamento en los incumplimientos legales citados que conduce a reparar en forma integral el daño, conforme el art. 1078 y 1109 del Código Civil.

El art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se "prohíbe los hombres perjudicar los derechos de un tercero" se encuentra entrañablemente vinculado la idea de reparación (CSJN Fa11os: 308:1118, 327:3753).

Considero que se dan en autos también los presupuestos de responsabilidad para condenar a la codemandada LIBERTY ART S.A. por las omisiones legales que se han señalado en los términos del art. 1074 del Código Civil ya que no hay constancias de que hubiera visitado el lugar de trabajo en que se desempeñaba en precarias condiciones el esposo de la actora, ni que hubiera controlado la realización o no del examen pre ocupacional que determinaría la falta de aptitud laboral del mismo para ese puesto de trabajo.

Equivale a decir que se encuentra lesionado el deber genérico de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4 LRT) y específicamente denunciar los incumplimientos a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4 inc.4 LRT) de su afiliada, fundamentalmente de una obligación esencial como son los exámenes médicos previstos en normas de distintos niveles como se han citado supra, como la de prestar asesoramientos y asistencia técnica a los empleadores

afiliados en la determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores del establecimiento objeto del contrato de afiliación (art.18 inc.a Dto.170/96) y en el lugar de trabajo (art.19 inc.a, b y c).

Consecuentemente considerando las pautas para el establecimiento del monto reparatorio, tengo en cuenta la edad del esposo de la actora, su salario mensual a la fecha del fallecimiento, aplicando los criterios de la CSJN in re Arostegui Pablo M. c. Omega ART S.A. y Pametal Peluso y Cia. 29/4/2008 respecto a que no sólo cabe justipreciar en el quantum indemnizatorio el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, en éste caso su derecho habiente tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio.

Sabido es que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización por pérdidas e intereses la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima (art. 1078 – 1er. Párr. Código Civil).

La Corte Federal en la causa "Migoya Carlos A. c/ Provincia de Bs. As. s/ Daños y Perjuicios (CSJN 2011/12/20 - cita on line AR/JUR/84373/2011), estableció un piso cuantitativo para el daño moral, valorando los padecimientos anímicos y espirituales de una víctima de un ilícito. En el caso de la citada causa se cuantificó tratándose de un hecho brutal determinando su resarcimiento en un monto similar al salario que percibe un ministro del Tribunal Superior.

El daño moral comprende:

- a) el "pretium doloris" que involucra el dolor físico de la víctima y el puro daño moral, que se refleja en la pena, la tristeza y el sufrimiento –no físico- que puede sufrir la víctima;
- b) el daño a la vida de relación (privación de satisfacciones, pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio, como las artísticas y deportivas pero de cualquiera que afecte las satisfacciones sociales o interpersonales de la vida);

Es que el reconocimiento de una suma de dinero no puede reemplazar el daño a los afectos y los sentimientos. Se procura la mitigación o remedio del dolor por medio de bienes deleitables que mitigan la tristeza, desazón, penurias (ED 112-280; "De los daños a la persona" y Revista de Derecho de Daños N°. 6 "Daño Moral" p. 197).

Propongo en consecuencia fijar en concepto de daño patrimonial una indemnización que asciende a la suma de pesos noventa mil (\$ 110.000) y en concepto de daño extra-patrimonial la de pesos veinticinco mil (\$ 25.000), con más intereses desde el 29.8.2009 conforme las pautas del Acta 2357/2002 de ésta Cámara.

V. Costas y honorarios. Conforme las conclusiones de la decisión y de acuerdo al art. 279 CPCN corresponde adecuar la imposición de costas y los honorarios al nuevo resultado del pleito.

En consecuencia, propongo imponer las costas de ambas instancias a cargo de las demandadas vencidas (cf. art. 68, CPCCN).

Teniendo en cuenta el valor del litigio, el mérito y la importancia de los trabajos efectuados así como el monto del pleito, propongo regular los honorarios de los letrados de la parte actora, demandada, aseguradora y perito médico en el 17%, 12%, 12% y 7% del capital de condena respectivamente por su actuación profesional en grado (cf. Ley 21.839 según texto ley 24.432 y normas concordantes).

En cuanto a los honorarios a favor de los letrados intervinientes en la alzada, propongo que se fijen en el 25% de lo que les corresponde percibir por su labor en la etapa anterior (cf. art. 14, Ley 21.839 según texto ley 24.432).

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiero al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1.- Revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda, y condenando solidariamente a COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE GAS S.R.L. y LIBERTY ART S.A. a abonar a la actora la suma de \$135.000 con más los intereses dispuestos precedentemente; 2.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las demandadas; 3.- Regular los honorarios de los letrados de la parte actora, demandada, aseguradora y perito médico en el 17%, 12%, 12% y 7% del capital de condena respectivamente por su actuación profesional en grado (cf. Ley 21.839 según texto ley 24.432); 4.- Fijar los honorarios a favor de los letrados intervinientes en la alzada en el 25% de lo que les corresponde percibir por su labor en la etapa anterior (cf. art. 14, Ley 21.839 según texto ley 24.432)

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.