

TS07D45147

SENTENCIA DEFINITIVA N° 45147

CAUSA N° 5.613/11 - SALA VII - JUZGADO N° 47

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de marzo de 2013, para dictar sentencia en estos autos: "A., L. D. c/ SMG A.R.T. S.A. y otros s/ Accidente Acción Civil" se procede a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO:

I-En estos autos se presenta el actor y entabla demanda contra S.M.G. Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y contra INC S.A.

Señala que ingresó a trabajar el 13 de octubre de 2001, desarrollando tareas de supervisor de caja Denuncia que debido a su orientación sexual, ha sufrido malos tratos en su seno laboral, lo que le provocó un daño psicofísico.

Hace responsable a los demandados de su estado de salud, y viene a reclamar una reparación por ello.

A fs. 66/88 S.M.G. ART S.A. contesta demanda niega todos y cada uno de los hechos salvo los expresamente reconocidos.

La demandada INC S.A. hace lo suyo a fs. 102/114, realiza una pormenorizada negativa de los extremos invocados en el escrito de inicio y da su versión de los hechos.

En la sentencia de primera instancia que obra a fs. 410/411, tras el análisis de los elementos de juicio aportados a la causa, el "a quo" decide en sentido favorable a las pretensiones de la actora incoadas.

Hay apelación de la parte demandadas S.M.G. ART S.A. (fs. 442/447), Inc S.A. (fs. 448/455), de la actora (fs. 429/440) y el perito contador (fs. 415) quien cuestiona la regulación de sus honorarios.

II- **Apelación INC S.A.**

Primeramente me referiré al tema de la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo, que es un punto que cuestionan ambas demandadas.

En relación al art. 39 de la Ley 24.557 ya en el año 1998 he tenido ocasión de expresarme en favor de su inconstitucionalidad, juntamente con otras normas que integran el citado cuerpo normativo.

En esa ocasión y en otras posteriores, tanto en el ejercicio de la magistratura como en la actividad académica, destaqué que dicha disposición crea un territorio de exclusión de los trabajadores por su condición de tales, a la vez que se alza contra la igualdad garantizada en la Constitución Nacional, olvidando además que el derecho del trabajo es una disciplina estructuradora de la sociedad y que la igualdad civil consiste en evitar discriminaciones arbitrarias debiendo importar razonabilidad y justicia.

Resulta importante tener en cuenta que la Constitución Nacional posee el principio del "alterum non laedere", en su artículo 19 (segunda regla de Ulpiano), cuya concreción se encuentra en los artículos 1109 y 1113 y conc. del Código Civil.

Estas normas aparecen vedadas dejando sólo abierto el camino que brinda el art. 1072 de dicho cuerpo, permitiendo al legislador imponer a los trabajadores lo que ha prohibido a los particulares: tal es; la dispensa de culpa, estando en juego la integridad psicofísica o la vida de personas.

Así, lo prohibido contractualmente a los ciudadanos pretendió ser legal por obra del legislador (ver,

Ferreirós Estela M. en "Es inconstitucional la ley sobre riesgos del Trabajo?"; Ediciones La Rocca, 1998).

Lo expuesto no significa en modo alguno negar la legalidad de la tarifa, sino señalar la irrazonabilidad y consecuente inconstitucionalidad del art. 39 de la L.R.T., que impide al trabajador acceder a una reparación integral.

A lo expuesto debe sumarse el dictado de recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, en "Castillo c/ Cerámica Alberdi", el Tribunal destaca que ya en 1917 dijo que la responsabilidad de los accidentes de trabajo es de derecho común y agrega que, la L.R.T. no dispone la federalización del régimen reparatorio en estas relaciones entre particulares.

Señala también que la competencia no es una cuestión librada al mero arbitrio del legislador.

En el fallo del Supremo Tribunal "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales" (A. 2652 XXXVIII) al tratar la cuestión del art. 39 inc. 1º se hace hincapié en el art. 19 de la Constitución Nacional, entrañablemente vinculado a los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

Se añade a ello, la necesidad de valorar la vida humana sin atender a una concepción materialista y recordando, en ese andarivel, que el hombre no es esclavo sino señor de todas las cosas. La pluma de los Ministros ha recordado principios señeros que habían quedado en el desván de las cosas olvidadas.

Refiere así la posibilidad que debe tener el trabajador de obtener no sólo una reparación menguada que contenga una parte de la integridad, tal como le brinda la L.R.T., sino una que contemple el daño material, lucro cesante, daño moral y daño al proyecto de vida.

Así alude el Tribunal a la moderna doctrina del Derecho de Daños que habla del daño biológico y el daño a la salud, al bienestar de la persona.

Después de todo hay que tener en cuenta el derecho a la chance, dado que como se suele señalar, "la vida es una autobiografía que se escribe todos los días".

El fallo, recuerda, cuando reivindica los principios humanísticos, la dignificación de la persona humana y tal vez haya rememorado a Séneca, en su concepto de que "la persona es sagrada" lo demás es instrumental.

En relación al fallo "Aquino..." , he tenido oportunidad de señalar que el mismo, constituye una aproximación amplia y clara a la comprensión del hombre que trabaja y a la interrelación de todas las personas de manera tal que, resulta claro, que se pretende llegar a una regeneración del tejido social.

La pluma del Tribunal Supremo deja sentados principios de antigua data que habían sido absolutamente dejados de lado, como consecuencia de la aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo y otras normas que consideraron jurídicamente en menos al hombre que trabaja.

Así, quedó dicho que el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos ya que sostener lo contrario, implica anclar en una concepción materialista que no es propia de una concepción integral de los bienes materiales y espirituales con el peligro de considerar al hombre esclavo de las cosas o de los sistemas económicos, de la producción y de sus propios productos.

Esta y otras citas de encíclicas se encuentran en el fallo y tengo la impresión de que fueron rescatadas por los juristas, en atención a la importancia que ha tenido la doctrina

social de la Iglesia Católica en el nacimiento, desarrollo y perfeccionamiento del derecho del trabajo, brindando al mismo el sustrato humanístico del que no puede carecer. Así, cuando de esta concepción de respeto especial por el hombre el legislador se ha alejado, ha quedado como consecuencia la elaboración de normas que, como en este caso, tienen que terminar en el territorio de la invalidez jurídica.

La Corte ha señalado, acertadamente según mi entender, la justicia de reparar al trabajador accidentado como a cualquier otro en los aspectos referidos a la extensión de la indemnización y a los items que la misma debe comprender. Debe contener el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y la pérdida de chance cuando la misma corresponde. Ha edificado sus consideraciones sobre la base de tres principios que exceden lo económico y así acude a los principios de cooperación, solidaridad y justicia, así como también el principio que enseña que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, con una naturaleza inviolable. (ver trabajo completo: Estela M. Ferreirós; "LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO 1) DEL ARTÍCULO 39 DE LA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO Y EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES DE ACUDIR PARA SUS RECLAMOS AL CÓDIGO CIVIL"; Errepar - DEL - n° 231; noviembre de 2004; ver también Estela M. Ferreirós; "LA REPARACION INTEGRAL EN MATERIA DE INFORTUNIOS LABORALES. LA OBLIGACIÓN DE REPARAR Y DE PREVENIR, AMBAS COMO DERIVACIONES DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "ALTERUM NON LAEDERE"; Errepar - DEL - n° 234; febrero de 2005).

En consecuencia considero que el art. 39 inc.1° resulta inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil y así lo declaro (en igual sentido he votado en "Vázquez Camacho, Angel c/ Coniper SA y otros s/ accidente - acción civil", sent. 38.083 del 25.11.04, "Figueredo, Alberto c/ COTO C.I.C.S.A. s/ accidente-acción civil", sent. 40.137 del 24.05.07; "Araneda, Adrián Franco A. c/ Esamar S.A. y Otro S/ accidente - acción civil", sent. 40.731 del 29.02.08, entre muchos otros).

III- Corresponde, entonces, analizar las cuestiones planteadas por la parte quien sostiene que el "aquo" ha incurrido en error al valorar las probanzas arrojadas a la causa.

En primer término cabe destacar que el perito médico a fs. 340/347, concluye que el actor padece una incapacidad total obrera de un 40%, y detalla "... el cuadro de stress guarda relación causal y lineal con la experiencia laboral de sometimiento, discriminación, exigencia y maltrato que lo coloca frente a la posibilidad concreta de ser agredido, sin ningún tipo de defensa y protección. Se estima que en el presente caso puede hablarse de las denominadas situaciones de mobbing...".

A mi juicio el perito médico realiza un informe fundado, siendo además el estudio más reciente y por lo tanto el que mejor testimonia el estado de salud del trabajador al momento de dictar sentencia. Amén de ello, sus conclusiones no logran ser desvirtuadas por las impugnaciones de la parte, en la que sólo se limitan a manifestar disconformidad, de modo que constituye prueba pericial idónea (fs. 386 del Código Procesal).

De este modo, si bien las conclusiones periciales no son vinculantes para el Juez, lo cierto es que por importar las mismas la necesidad de una apreciación científica específica de la ciencia médica (campo de actuación del experto y ajena a los conocimientos del judicante), para apartarse de su dictamen es indispensable acercar a la causa elementos de juicio suficientes que permitan concluir de una manera fehaciente, que

el profesional ha incurrido en error; cuestión que no se da en el presente pleito.

Acreditado el daño, resta analizar si éste guarda relación con el accidente sufrido por el actor.

En este punto resultan relevantes los dichos de los testigos quienes dan cuenta de la perversidad con que fue tratado el actor en su trabajo, es decir los testimonios coinciden en cuanto a que había una predisposición maliciosa en su contra, pues se le asignaban tareas de todo tipo aumentando sus responsabilidades, cuestiones que excedían su verdadera función. Detallan también que al referirse al trabajador lo hacían como "la" por su condición sexual (ver Larramendi (fs. 268), Donadini (fs. 269), Pollarolo (fs. 350), Balbuena (fs. 351)).

Resulta alarmante, la descripción que realiza el testigo Calvo (fs. 268), de un episodio ocurrido en ocasión de trabajo: "...hubo una discusión importantísima que fue con Vanesa Quiroga que fue griterío puro que ella diciéndole que no era hombre delante de todas las cajeras de todo el mundo en caja central donde estaban todos le dijo que se iba a ir al infierno por su condición sexual, que no era hombre, que no era persona que tenía el mismo pecado de un asesino o un violador ante los ojos de Dios, que no tenía perdón de Dios...".

En efecto, no tengo duda que el factor laboral así descripto, pinta un escenario agresivo, constante en esa agresividad expuesta; que aparece como hilo conductor a la desestabilización de cualquier persona.

He tenido ocasión de señalar, no solo la diferencia entre la cosa riesgosa y la viciosa, y la primera, casi exige un vinculación hermenéutica con el art. 512 del C.C..

Es que la misma cosa puede resultar riesgosa o no, según las circunstancias de lugar, tiempo y persona. Resulta fundamental, apreciar el concepto en ese contexto (conf. Ferreirós Estela Accidentes de Trabajo, Ed. Hamurabi).

Así, generó el "daño" como causa eficiente y desencadenante del perjuicio sufrido por el trabajador, ya que prestó servicio sin las medidas de seguridad que corresponden para la prestación de una actividad que no debe implicar peligro a la salud de los trabajadores (art. 386 C.P.C.C.N. y 90 L.O.).

Es decir la calificación de cosa riesgosa no deviene de forma exclusiva de un objeto concreto susceptible de ocasionar daño. Puede serlo de las condiciones en que se encuentra el establecimiento donde se presta tarea, o bien incluso la actividad desarrollada.

En el presente caso, resulta claro que las condiciones en que el actor desarrollaba las tareas, resultarían determinante para el hecho que ocasionó la incapacidad de el actor, pues al hecho que las tareas del trabajador eran de gran exposición y ello se veía agravado por la cantidad excesiva de funciones.

En efecto las labores cumplidas en la forma y modalidad como se llevaron a cabo, sin los medios apropiados para paliar el riesgo a la salud, sin dudas es susceptible de ser calificada como "cosa riesgosa", es decir, como generadora de peligro.

Y bien, sentadas las premisas precedentemente expuestas y probado que fue: a) que la actividad del trabajador tal como se desarrollaba resultaba riesgosa; b) que la incapacidad detectada en el actor tuvo origen en las malas condiciones del lugar de trabajo; c) que la empleadora incumplió con el deber de seguridad que le impone el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo; d) que no se probó la culpa de la víctima

o de un tercero por quien no debe responder; sin dudarlo entiendo que han quedado configurados todos los presupuestos para la responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código Civil.

Empero no está de más aclarar que el concepto de cosa que otrora fuera absolutamente rígido, se ha flexibilizado en el derecho moderno aún después de la reforma ampliatoria de la ley 17711 y que ya nadie duda de que el ambiente de trabajo, como generador de riesgos, incluye dicho concepto.

IV- Apelación parte actora y demandada S.M.G. ART S.A..

Cuestionan la responsabilidad de la ART en este pleito, la demandada aduce que no resulta responsable por los posibles daños sufridos por el actor, y la contraparte sostiene que la responsabilidad de la ART no debe limitarse tal como lo resolvió el juez.

En este tema, deseo recordar lo señalado por los Dres. Cecilia B. Reybet y Daniel A. Muro, en su trabajo *"El régimen de la ley 24.557 y la responsabilidad de las A.R.T. por las contingencias no contempladas en los listados y sus consecuencias para los empleadores"* (publicado en ERREPAR - D.L.E. - N° 202 -JUNIO/02 - T.XVI - 511) es de advertir que las A.R.T. han argumentado reiteradamente que el mero hecho de la suscripción del contrato por la empleadora automáticamente limita su responsabilidad (por consecuencias en la salud psicofísica del trabajador) cuando a su criterio las mismas resulten excluidas de la cobertura.

La interpretación que realizan los autores -que comparto- es que en tanto se le impone al empleador una contratación (afiliación compulsiva a una aseguradora) no puede luego decirse que la co-contratante de dicho sistema no responderá por los daños sufridos por el trabajador en determinadas situaciones.

Ahora bien, entiendo que el fundamento legal de la responsabilidad de la A.R.T. yace en el territorio del art. 1074 del Código Civil, donde la responsabilidad contemplada es la que nace de la omisión que ocasiona un daño a otro, cuando una disposición de la ley imponga una obligación.

Más allá de la diversidad de teorías elaboradas en torno al tema, es doctrina mayoritaria en nuestro derecho la que admite la responsabilidad siempre que hubiera una obligación jurídica de obrar y sin que exista por tanto, una disposición expresa que imponga la obligación de cumplir el hecho.

Claro está que no puede soslayarse la forma de apreciación de la culpa en uno y otro caso. Esto es así porque si existe la disposición basta con la omisión para que nazca la responsabilidad, y si no, será necesario un análisis de las circunstancias de lugar, tiempo y persona.

Luego, ambos caminos pueden recorrerse en autos habida cuenta la vigencia de los arts. 7, 8, y 9 de la ley 19.587 y la obligación legal de la empleadora de haber promovido la capacitación del trabajador en materia de seguridad en el trabajo, particularmente en lo relativo a la prevención de los riesgos específicos de las tareas asignadas (art.9 ° inc. K). Lo dicho es, sin entrar en el debate técnico de cuál hubiera sido el medio más idóneo de prevención del caso.

Es de recordar que las A.R.T. desempeñan un papel fundamental en materia de seguridad y es esta función la que genera responsabilidad. Están obligadas a asesorar a los empleadores para prevenir y proteger (actividades permanentes de prevención y vigilancia) y la conducta omisiva observada implica

una negligencia en su obrar que trajo como consecuencia los daños en la salud del actor. Así el empleador directo es responsable por el daño causado y la ART ha incurrido en una omisión culposa que conlleva la aplicación del mencionado art. 1074 por lo que debe responder no acotado al valor de la póliza sino plena e integralmente, por el crédito reconocido al trabajador.

Así entonces, resulta que el empleador es responsable directo por el daño causado y la A.R.T. ha incurrido en una omisión culposa que conlleva a la aplicación del mencionado art. 1074 del C. Civil por lo que debe responder y no sólo en los términos de la póliza.

En este andarivel la C.S.J.N. tiene dicho que es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la L.R.T. origine la eximición de 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.

De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento (ver también fallo C.S.J.N. "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro", del 31-03-2009; T.205.XLIV).

Por los argumentos expuestos propicio modificar el fallo hacer extensiva la condena, dispuesta en los considerandos anteriores, a la demandada S.M.G. ART S.A..

Por lo tanto ambas resultan solidariamente responsables de lo acontecido con el trabajador.

Lo antes resuelto torna de tratamiento abstracto el resto de los cuestionamientos incoados por los apelantes.

V- Se agravia el apelante por la "tarifación del daño" y por la base salarial que se ha tenido en cuenta para la calcular la indemnización correspondiente.

Advierto que en la vía del derecho común, el Juez se encuentra facultado para determinar de acuerdo con las pautas de la sana crítica y la prudencia, pero no está de modo alguno obligado a utilizar fórmulas o cálculos matemáticos.

En base a tal criterio , se deben valorar el tipo de tareas que realizaba en el supermercado, el grado de incapacidad (40% de la T.O.), antigüedad en el empleo, (nueve años), salario (\$3.043,95) y tiempo de vida útil laboral (más de treinta años) que le resta etc.

En este punto cabe señalar que el salario que se ha fijado en la sentencia es el que el perito contador informa a fs. 298v., y más allá de las argumentaciones vertidas por el apelante, entiendo que el mismo resulta adecuado teniendo en cuenta los gurismos que constan en la causa, la tarea desarrollada por el actor el horario cumplido; por lo tanto no encuentro argumento que permita apartarme de lo resuelto en grado en este punto (arts. 55 y 56 L.C.T.).

Sentado ello y teniendo presente lo antes analizado, propongo confirmar el fallo en este segmento, pues considero que la condena dispuesta en este punto resulta equitativa.

VI- En ese andarivel no tengo dudas del daño moral sufrido por el actor, debido a su incapacidad laboral provocada por las tareas por el desplegadas.

El legislador del Derecho Común, ha establecido en el Código Civil, un doble régimen según se trate de daño moral nacido como consecuencia de un incumplimiento contractual (regido en el art. 522) o de daño moral emergente de un hecho

delictual, correspondiente al ámbito extracontractual (art. 1078).

En las arenas extracontractuales, como los accidentes de trabajos, tramitados con la declaración de inconstitucionalidad de Aquino, por la vía común, no cabe duda, de que, de prosperar el reclamo por el evento dañoso, en estas condiciones, el daño moral no requiere prueba ni de su existencia, ni de su cuantía, porque la ley lo presume iuris et de iure (ver trabajo completo antes citado, ver también "El daño Moral en el Derecho del Trabajo", Estela Milagros Ferreirós, D.L.E -N° 263- julio de 2007- T. XXI-pags.615/618).

Por lo expuestos estimo la cuantía de éste rubro en la suma de \$100.000, lo que eleva la condena a la suma de \$490.000, suma que devengara intereses desde el momento en que la cuantificación del monto se efectiviza, es decir en el momento mismo de dictar sentencia asumiendo la diversidad de datos y parámetros del caso. Por lo tanto, es a partir de ese momento en que deben liquidarse los intereses, al ser un reclamo que prospera por la vía del derecho civil.

Agrego finalmente, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que -tal como la Corte Suprema de justicia de la Nación ha sentado criterio- el juzgador no está obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que -a su juicio- no sean decisivos (conf. CSJN, 29.4.70, La ley 139-617; 27.8.71, La Ley 144-611 y citas jurisprudenciales en "Código Procesal..." Morello, T° II-C, Pág. 68 punto 2, Editorial Abeledo - Perrot; art. 386, última parte, del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: "Bazaras, Noemí c/ Kolyos"; S.D. 32.313 del 29.6.99)

VII- En atención a la modificación del fallo que dejo propuesta y lo normado por el art. 279 del C.P.C.C.N., sugiero efectuar una imposición de costas y una regulación de honorarios en forma originaria, que torna de tratamiento abstracto los recursos incoados al respecto.

En consecuencia, propongo que las costas de ambas instancias sean soportadas por las demandas vencidas (art. 68 C.P.C.C.N.).

Los honorarios correspondientes a primera instancia para la representación letrada de la actora, de las demandadas - para cada una de ellas-, para el perito médico y contador, los estimo en un 16%, 13%, 8% y 8%, respectivamente, del monto de condena.

Los honorarios para los letrados intervinientes en la alzada los estimo en un 35% para la actora y en un 25% para las demandadas, de lo que le corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior.

LA DOCTORA BEATRIZ INES FONTANA DIJO:

Atendiendo a los planteos de las partes en sus recursos de apelación y las constancias probatorias de autos, adelanto que he de adherir a la propuesta de voto de mi colega Dra. Estela M. Ferreirós.

En lo que hace a la extensión de responsabilidad atribuible a la ART co demandada, advierto que según informe del Correo de fs. 244/245, quedó acreditada la notificación que oportunamente le cursara el actor a dicha empresa, notificando su situación de salud pero también las causas en las que basaba su reclamo.

Sin embargo, no surge ni alegado ni probado en autos que ante dicha denuncia la ART hubiera al menos efectuado alguna visita al establecimiento a fin de constatar el ambiente laboral,

o que hubiera tomado contacto con la empleadora a fin de analizar posibles acciones incluso de capacitación del personal con miras a acotar los daños ya producidos.

Es por ello que en mi opinión en el presente caso la ART debe responder por el total de la condena basada en el art. 1113 y concs. C.Civil, ello atento lo establecido en el art. 1074 de dicho cuerpo normativo.

En todo lo demás que fuera materia de recurso, adhiero por sus fundamentos al voto de la Dra. Ferrerirós.

EL DOCTOR NÉSTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENGO: No vota (art. 125 ley 18.345).

Por lo que resulta del precedente acuerdo, **el Tribunal RESUELVE:** 1) Modificar el fallo y elevar la condena a la suma de **\$ 490.000 (cuatrocientos noventa mil pesos)**, más los intereses según se han fijado en el respectivo considerando. 2) Modificar el fallo y extender en forma solidaria la condena a la demandada S.M.G. ART S.A. 2) Declarar las costas de ambas instancias a cargo de las demandadas vencidas. 3) Establecer los honorarios correspondientes a primera instancia para la representación letrada de la actora, de las demandadas -para cada una de ellas-, para el perito médico y contador en un 16% (dieciseis por ciento), 13% (trece por ciento), 8% (ocho por ciento) y 8% (ocho por ciento), respectivamente, del monto de condena. 4) Regular los honorarios para los letrados intervinientes en la alzada en un 35% (treinta y cinco por ciento) para la actora y en un 25% (veinticinco por ciento) para las demandadas, de lo que le corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.