

Accidente De Trabajo Trabajos En Altura Higiene Y Seguridad Del Trabajador Responsabilidad De La Empleadora Y De La Art

JURISPRUDENCIA

trabajador. Responsabilidad de la empleadora y de la ART

Se condena solidariamente a la empleadora y a la ART por el accidente sufrido por el actor mientras realizaba trabajos de altura, pues la primera para eximirse de responsabilidad debió instar a su aseguradora de riesgos de trabajo a que presentara las capacitaciones efectuadas al personal, las actividades permanentes en la prevención de riesgos, el control asiduo sobre las condiciones de trabajo de los empleados, porque por más que existan elementos de trabajo es necesaria la capacitación para utilizarlos.

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 23 días del mes de agosto de 2017, reunidos los señores jueces y la actuario de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones provincial con asiento en esta ciudad, para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos N° 3665/10 provenientes del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo Distrito Judicial Norte, en los autos caratulados: ?ARRIETA, Marcos Cristian c/ CÓCCARO HNOS CONSTRUCCIONES S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO?, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 8158/16, se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art.47.2 del CPCC):

1.- El juez Ernesto Adrián Löffler dijo: I.- Llegan a estudio las presentes actuaciones, pretendiendo la revisión de la sentencia de primera instancia luce por fojas 1173/1192, que hizo lugar a la demanda promovida por el actor contra la demandada y la aseguradora de Riesgos de Trabajo y en su mérito condenó a estos últimos -a la aseguradora hasta el límite de la cobertura- a pagar al accionante la suma que resulte de la liquidación a practicarse, con más la tasa de interés desde la fecha de que la suma es debida y hasta el efectivo pago, que surge de promediar la máxima activa y la mínima pasiva de las utilizadas por el Banco Provincia de Tierra del Fuego, según lo expuesto por el STJ en el precedente ?Escobar?. La a quo impuso las costas a la vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes por la parte actora en forma conjunta en el 17%, los de la parte demandada y tercero citado en el 7% en forma conjunta; los de los perito médico en el 5%, psicólogo en el 3%, Licenciado en Seguridad e Higiene en el 3%, y los inherentes al perito contable en el 5%, todos ellos del monto de condena. Para resolver cómo lo hizo, en síntesis la a quo entendió que no se encontraba controvertido el accidente sufrido por el actor en su ámbito de trabajo, sino que que la controversia radicaba en si éste incurrió en negligencias a la hora de realizar sus labores al no utilizar los elementos de seguridad correspondientes o bien la culpa recayó en las demandadas. En este sentido, y apoyándose en las constancias de la causa, la sentenciante entendió que las accionadas no pudieron eximirse de responsabilidad, siendo responsables objetivas del siniestro acontecido. Para ello, se basó en el informe brindado por el experto en seguridad e higiene y en testimoniales de compañeros de trabajo del actor que dieron cuenta que los elementos de seguridad eran insuficientes para la cantidad de trabajadores que había en la obra. Para construir los montos indemnizatorios en lo que respecta al daño físico la a quo partió de la ecuación prevista en el artículo 15.2 de la ley 24557 y otorgó en tal concepto la suma de \$ 148.536. El daño psicológico lo calculó en el 30% de tal suma lo que arrojó el monto de \$ 54.000. El daño moral lo calculó en igual sentido. Finalmente calculó el monto indemnizatorio referente al lucro cesante teniendo en cuenta el salario que percibía el actor -\$ 1.600- por trece sueldos, y, a tal monto, a su vez, lo multiplicó por los años que le restaban al accionante para jubilarse, lo que determinó la cantidad de \$ 728.000. Finalmente rechazó el rubro vida en relación por entender que no existían fundamentos concretos para solventar tal extremo.

II.- Contra el resolutorio de la colega de la anterior instancia acuden la parte demandada, aseguradora de Riesgos de Trabajo y actora y expresan agravios según los argumentos que vierten a fojas 1202/1208vta, 1210/1217 y 1218/1223 a cuyos expresos fundamentos me remito en honor a la brevedad (conf. art. 16 LOPJ). En síntesis, la demandada hilvana su queja de la siguiente manera: Se afrenta en primer orden de que por tratarse los presentes actuados de una acción civil no procede la interpretación de la norma más favorable para el trabajador en cuanto a la prueba volcada en el proceso como se desprende de la sentencia de grado al soslayar la existencia de prueba en favor de la demandada. En este sentido se queja de que la juez de grado se valiera de una prueba pericial en seguridad e higiene sin rigor científico atento al tiempo transcurrido entre el siniestro y la producción de la pericia. Se afrenta que la sentenciante no tuviera en cuenta que no es obligación de la accionada conservar los libros y su respaldo documental por el plazo de 10 años. El apelante arguye este argumento para atacar el pronunciamiento pericial en cuanto afirmó que la ausencia de documentación por parte de la demandada demostró que no se trabajó en la prevención del accidente. Sin embargo, el recurrente expresa que no existe ningún elemento de convicción para afirmar tal extremo. Expresa que hay numerosos testigos que dan cuenta que la empresa contaba con elementos de seguridad para sus empleados. Menciona a los testigos Benítez y Varela quienes también fueron soslayados. En este sentido manifiesta que era la actora quien debía probar que la existencia de cuatro o cinco

arneses era pocos para la cantidad de trabajadores que había en la obra. Señala que los testigos antes referenciados dan cuenta que los trabajos de altura nunca se deben realizar en solitario, cuestión que hizo el actor. Afirma que quedó demostrado en autos que la culpa en el accidente acontecido fue del actor dado que no utilizó el arnés para el trabajo en altura y, por otro lado, lo hizo de forma solitaria. Se queja de la orfandad argumentativa de la jueza de grado para otorgar el rubro daño moral y psicológico. Finalmente se agravia de que la colega de grado impusiera un límite para la cobertura del siniestro a la aseguradora de riesgos del trabajo. Cita el precedente Torriolo de la CSJN en cuanto establece la solidaridad en la condena de un siniestro ante el incumplimiento por parte de la aseguradora de conductas tendientes a prevenir y evitar accidentes de trabajo. II.1.- En segundo término se agravia la aseguradora de riesgos de trabajo. Acompaña sentencia homologatoria que da cuenta que el actor ya percibió por parte de Galeno ART S.A. la suma de \$ 377.000. Se agravia en el sentido de sentencias contradictorias, dado que la aseguradora de riesgos del trabajo ya le pagó al actor las sumas debidas y, en la presente sentencia, lo condenan nuevamente hasta el límite de la cobertura, cuestión, vuelve a reiterar, ya resuelta con la sentencia homologatoria acompañada. En consecuencia afirma que existe cosa juzgada en cuanto a los hechos denunciados por el actor y el acuerdo suscripto. Hace referencia al excesivo rigor formal por parte del a quo en cuanto a que si bien su parte no puso en conocimiento al juzgado de tal extremo, ello no amerita a que el tribunal lo debió tener en cuenta. Afirma que, de lo contrario, existiría un enriquecimiento sin causa por parte del actor que ya percibió la suma de \$ 377.000- Hace alusión a la lealtad procesal y al principio de buena fe. II.2.- En tercer lugar se queja la parte actora. Al igual que la parte demandada cita el fallo Torriolo de la CSJN con el fin de demostrar que no procede la limitación hasta el límite de la cobertura cuando existe un daño al trabajo por incumplimiento de la parte empleadora y aseguradora en la prevención del daño. Se queja de que la a quo se valiera de la ley de Riesgos de Trabajo para construir los rubros indemnizatorios, o al menos alguno de ellos. Cita el fallo Arostegui de la CSJN en este sentido. Se agravia que ello no se tuvo en cuenta para indemnizar el daño físico -incapacidad sobreviniente-. Se queja del valor construido por la colega de grado en lo que respecta al daño psicológico, teniendo en cuenta que el profesional Camargo determinó una incapacidad del 30%. Cita jurisprudencia. Se agravia que no se hiciera lugar al rubro ?vida en relación?. Expresa que comprobado el daño se debió aplicar el principio iura novit curia para que proceda tal rubro. Se afronta del monto establecido en relación al rubro daño moral. Cita jurisprudencia, solicita se eleve tal indemnización. Se queja de que la a quo al momento de determinar el lucro cesante lo hiciera hasta la edad de 65 años, cuando en la actualidad la edad activa se encuentra prevista hasta los 75 años, según lo establecido en el fallo Méndez. III.- Corrido oportunamente los traslado de ley, la parte actora contesta los agravios de la demandada y aseguradora a fojas 1225/1226. La citada en garantía hace lo propio a fojas 1232/1235 respecto del recurso del actor, a todos ellos me remito en honor a la brevedad (conf. art. 16 LOPJ). En síntesis solicitan el rechazo del recurso de apelación de la contraria con expresa imposición de costas IV.- Adelanto, en orden a la cuestión traída a conocimiento de esta instancia revisora que admitiré parcialmente el remedio recursivo articulado por la actora y demandada y rechazaré el recurso de apelación de la aseguradora de Riesgos del Trabajo Galeno ART S.A. con los alcances que infra refiero. Recordemos pues, que en la labor de resolver la cuestión controvertida la competencia de esta Sala, se vincula con decidir si los agravios esgrimidos por el apelante tienen entidad para derrumbar los argumentos que motivan el dictado del decisorio que luce por fojas 1173/1192vta. V.- En primer lugar abordaré los agravios de la parte demandada que básicamente residen en que la empresa le otorgó al actor elementos de trabajo, que el accionante fue negligente al realizar en soledad un trabajo de altura y que la empresa no tiene obligación de resguardar por 10 años los libros y documentación respaldatoria en relación a la obra otrora realizada; esto último con el objeto de atacar el poco rigor científico de la experticia en seguridad e higiene. También se queja del rubro daño moral y psicológico. Finalmente hace mención al fallo Torriolo en lo que respecta al límite de cobertura por parte de la aseguradora de riesgos del trabajo. Para analizar los agravios de la demandada partiré del fallo Torriolo, pero previo a ello es preciso recordar, como así también lo expone el precedente referenciado, que el primer artículo de la ley de riesgos del trabajo (LRT) tiene como objetivo primordial ?reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo (art. 1.2.a)?. Éste fue el espíritu explícito de la ley(1). La índole sustancial dada a la faz preventiva se impone por su indudable connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14bis de la Constitución Nacional, ?El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes?, el cual dispone, además, que estas últimas deberán asegurar al trabajador ?condiciones dignas y equitativas de labor?. Este sentido cobra particular relieve entre los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75. 22 segundo párrafo CN). Numerosos de estos instrumentos refuerzan el derecho de toda persona a que se adopten, dentro de su ámbito de trabajo, medidas preventivas en lo que respecta a accidentes laborales, enfermedades profesionales y seguridad e higiene. Entre ellos podemos encontrar el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC-, Convenio n° 155 de la OIT, Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia, -E/C. 12/Add. 26, 16-6-1998, párr. 18-, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Introducción a las Conclusiones adoptadas en la

Conferencia Internacional del Trabajo en su 91° reunión, 2003, Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, entre muchos otros. Para cumplir con tales objetivos, la LRT creó un sistema en el cual las ART tienen una activa participación, según el mensaje del Poder Ejecutivo en los antecedentes parlamentarios anteriormente citados. Esta participación consiste en el rol fiscalizador que potencia los controles sobre las empresas. Se agrega un control que sin duda será mucho más cercano a través de las aseguradoras de riesgos de trabajo. En este orden la LRT impuso a las ART la obligación de adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4.1.?). Incorporar un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad, que indicará las medidas y modificaciones que deban adoptar en cada uno de sus establecimientos para adecuarlos a la normativa vigente (art. 4.2.?), así como controlar la ejecución de tal plan y denunciar todo incumplimiento de éste -y de las normas de higiene y seguridad (art. 31.1.a)- a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo- (art. 4.4.). Así también deben brindar a los empleadores consejos en materia de prevención de riesgos? (art. 31.2.a). La reglamentación de la LRT (decreto 170/96) precisó que las ART debían brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados en las siguientes materias: a) determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito de contrato b) normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo. c) selección de elementos de protección personal y d) suministro de información relacionada a la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos (art. 18). El art. 19, después de disponer que las ART deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, destacó entre aquéllas, brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c)?; informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la LRT (inc. e)?. Por lo tanto, surge patente que la LRT, para alcanzar el objetivo que entendió prioritario -prevención de riesgos laborales-, introdujo, e impuso, un nuevo sujeto: las ART. En este sentido la CSJN expuso: De ahí, que las ART hayan sido destinadas a guardar y mantener un nexo cercano? y permanente? con el particular ámbito laboral al que quedarán vinculadas con motivo del contrato oneroso que celebrasen [...]. Que en suma no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a las personas de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso de que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto al nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales?(2). Teniendo a la vista los presentes actuados, en especial, el escrito de contestación de demanda de la aseguradora de riesgos de trabajo como así también el escrito de contestación de la demandada, no se acredita que esta ART haya cumplido con los métodos de prevención previstos por la LRT así como también en los preceptos fundamentales previstos en la CN y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Tampoco la parte demandada acreditó tal extremo en el momento oportuno o bien instó a que la ART lo hiciera. En este sentido, entiendo que si la aseguradora y demandada pretendían eximirse de responsabilidades, debieron acreditar en autos el cumplimiento de la reglamentación de la LRT (decreto 170/96) anteriormente transcrito. Esto es: brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados en las siguientes materias: a) determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito de contrato b) normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo. c) selección de elementos de protección personal y d) suministro de información relacionada a la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos (art. 18). El art. 19, después de disponer que las ART deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, destacó entre aquéllas, brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c)?; informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la LRT (inc. e) -el subrayado es propio-. Obsérvese que del escrito de contestación de demanda de la aseguradora se requirió como prueba informativa a la ART Consolidar -luego fusionada y denominada Galeno- a fin de que informe los diversos controles a la firma demandada en cumplimiento de la normativa vigente. Sin embargo, ello no fue acreditado en las actuaciones. Tal extremo era de vital importancia para la demandada -cuestión que ella también debió instar si no tenía la documentación pertinente-, puesto que resulta fundamental, además de brindar los elementos de seguridad en procura de la protección del empleado, otorgar la capacitación suficiente para saber cómo se usan tales elementos de seguridad y, por sobre todas las cosas, la imperiosa necesidad de utilizarlos. Por lo tanto, no resulta trascendente debatir si algunos testigos se manifestaron acerca de la existencia de elementos de seguridad y otros en la carencia de los mismos, puesto que ello se derrumba ante la orfandad probatoria en derredor del cumplimiento de la normativa vigente para prevenir los siniestros por parte de la ART, o en su defecto, la demandada. Tampoco resulta trascendente el argumento de la accionada en relación a que los testigos afirmaron que nunca se debe trabajar solo en las alturas, puesto que ello debió hacerse valer a través de la capacitación brindada a los empleados por parte de la ART y no de lo que pudiera haber manifestado un testigo. En este sentido resulta también improcedente el agravio de la accionada en cuanto era la actora quien debía probar que la existencia de 4 o 5 arneses eran pocos para la cantidad de personas que trabajaban en la obra. El informe del experto en seguridad e higiene no hace

más que confirmar tal negligencia antes expuesta. Vuelve a reiterarse que, la demandada para eximirse de responsabilidad, debió instar a su aseguradora de riesgos de trabajo a que presentara las capacitaciones efectuadas al personal, las actividades permanentes en la prevención de riesgos, el control asiduo sobre las condiciones de trabajo de los empleados, etcétera. Ello porque por más que existan elementos de trabajo, pero sin la capacitación para utilizarlos, no hace más que ratificar las negligencias de la aseguradora en su actividad preventiva. En virtud de lo apuntado con anterioridad todo ello debió ser acreditado por la demandada y la ART a los efectos de eximirse de responsabilidad. Sin embargo, dado que nada ello fue acreditado en estos actuados, tanto empleadora y aseguradora de riesgos de trabajo deberán ser solidariamente responsables en el resarcimiento íntegro del daño ocasionado. En consecuencia, se deberá rechazar los agravios de la demandada en cuanto a la culpa del trabajador en el siniestro acaecido, pero se deberá admitir el agravio concerniente a la procedencia del límite de la cobertura que tenía la ART. En lo que respecta a los rubros daños moral y psicológico, se analizarán al momento de evacuar los agravios de la actora para procurar una sentencia clara, sin ambivalencias.

V.2.- Paso ahora a resolver los agravios de la citada en garantía en cuanto acompaña sentencia homologatoria que da cuenta que ya se le abonó al actor el resarcimiento por el daño sufrido en virtud de la conciliación arribada en la instancia de grado que asciende a la suma de \$ 377.000. Tal agravio deberá ser rechazado y el monto abonado deberá ser tenido como pago a cuenta del resarcimiento íntegro que le corresponde al accionante por el daño sufrido. Resarcimiento que, como se expuso en el acápite anterior, deberá ser soportado solidariamente por la ART y demandada. Ello, además, fue lo acordado entre el actor y la ART al momento de celebrar la homologación referenciada. Obsérvese que, luego de acordar los montos de resarcimiento, se expresó: ?Asimismo, la parte actora manifiesta que percibido que sea el importe acordado, nada más tendrá que reclamar en el futuro por ningún concepto, ni en concepto de prestaciones dinerarias derivadas de la ley 24.557, ni de la ley 26773, ni por reparación integral en los términos del C.C. Sin perjuicio de las acciones en trámite con anterioridad al presente acuerdo? -la negrita y el subrayado me pertenecen-. Por lo tanto, ambas partes acordaron que la homologación suscripta no perjudicaría las acciones en curso y, dado que estos actuados fueron presentados con anterioridad a la homologación, tal instrumento no puede perjudicar lo que aquí se resuelva, ello, claro está, sin perjuicio de tener el pago a cuenta de lo que le corresponda al actor por el resarcimiento íntegro que se le deba. En virtud de lo expuesto, se deberá rechazar el recurso de apelación de la citada en garantía.

V.3.- Es el turno de resolver los agravios de la parte actora. En lo que respecta al agravio en lo concerniente al límite de la cobertura me remito a lo expuesto al momento de evacuar los agravios de la demandada en este aspecto. Las demás quejas hacen referencia a los montos indemnizatorios. En principio, en lo que respecta a los agravios tanto de la demandada como los aquí plasmados por la actora en relación al exiguo o excesivo monto otorgado por la colega de grado en concepto de daño psicológico y moral deberán ser declarados desiertos, pues los argumentos desarrollados por ambos litigantes no logran enervar la decisión de grado. Ninguno realiza una crítica razonada sobre este extremo, no argumentan concretamente por qué los montos son exiguos o excesivos, no realizan una comparación con otras jurisdicciones para avalar sus dichos y, por sobre todas las cosas, determinar una suma que consideren ajustada a derecho. Las críticas de ambos sólo se limitan a expresar que el monto es mucho o bien poco, pero en definitiva, ello debe ser respaldado, al menos, con precedentes similares o con algunos elementos que exista en la causa, de lo contrario, los magistrados se encuentran facultados a aplicar el artículo 177, último párrafo del CPCC. Tampoco ninguna de las partes atacó el informe psicológico, por ejemplo podrían haber formulado objeciones o bien aclaraciones respecto de cuántas consultas mensuales debía realizar el actor, de cuántas horas, cuánto es el valor de la consulta, durante cuántos años, entre otros aspectos para poder cuantificar el daño ocasionado. Sin embargo, nada de ello aconteció. En razón de lo expuesto, se deberán confirmar los montos otorgados en la anterior instancia en concepto de daño moral y psicológico.

El actor, por otra parte, ataca que no se haya concedido el rubro daño a la vida en relación. A mi entender tanto el sentenciante como la parte actora confunden algunos rubros, por ejemplo, lo referente a la incapacidad sobreviniente. Fíjese, por ejemplo que al momento de interponer demandada, más precisamente en lo que respecta a la liquidación, ni siquiera se menciona algún rubro como incapacidad sobreviniente. Sin embargo, al momento de interponer el recurso de apelación y atacar lo que respecta al daño físico sí, agrega, como complemento de este rubro el término incapacidad sobreviniente. Tal incapacidad, aunque erróneamente en su nome iuris, fue estimada por la a quo al momento de establecer el lucro cesante, pero este último rubro es diferente a la incapacidad sobreviniente. El daño a la vida en relación se encuentra incluído dentro de la incapacidad sobreviniente. ?La trascendencia de la incapacidad sobreviniente que, evidentemente, tiene proyección sobre el futuro, asentándose en la permanencia de la ineptitud, debe proyectarse a la aptitud genérica y no a la requerida para una actividad determinada, porque a raíz de aquélla de una vez y para siempre, no se puede, en alguna medida, aprovechar en su integridad las energías físicas y psíquicas. El resarcimiento, entonces, tiene por fin considerar el futuro empleo de dichas energías, genéricamente estimadas. La pretensión se sustenta en la disminución del potencial humano, de allí que la indemnización por incapacidad sobreviniente debe ser fijada no sólo en función del aspecto laborativo, sino de todas las actividades del sujeto; dicho de otro modo deben resarcirse todas las disminuciones que se sufren a consecuencia del evento y que impiden desarrollar normalmente todas las

potencialidades, así como paliar, también de algún modo, las expectativas frustradas de progreso?(3). El lucro cesante se encuentra en otro carril de marcha, dado que la incapacidad sobreviniente ya contempla el resarcimiento en el aspecto laborativo. Obsérvese que, por lo general, para otorgar tal rubro se realiza la ecuación sobre el salario del actor multiplicado por los años que le restan para jubilarse. ¿Para determinar la procedencia del `lucro cesante` es necesario que la imposibilidad de realizar una actividad laboral o eventualmente su disminución, sea de carácter transitorio. Ello es así, porque de lo contrario, la imposibilidad de trabajar o la disminución de la actividad que desarrollaba la víctima fuera de tipo permanente o irreversible, estaríamos en una situación contemplada por el concepto de `incapacidad sobreviniente` y no de `lucro cesante`, que se relaciona únicamente con las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad transitoria?(4). En virtud de lo expuesto y, al encontrarse el rubro reclamado como daño a la vida en relación dentro de la incapacidad sobreviniente -otorgada como lucro cesante-, será rechazado el agravio del recurrente. Respecto estrictamente al daño físico y al agravio sobre este extremo por parte de la actora, entendiéndola, que deben contemplarse todos los aspectos que rondan alrededor de tal daño, debo aclarar que todos esos aspectos que rondan al daño y que hacen a una reparación íntegra se encuentran previstos dentro de la incapacidad que sobreviene al daño, es decir, la incapacidad sobreviniente. Por ello, para estimar de manera paralela el daño físico, la a quo tomó valores indicativos previstos en la LRT como así mismo lo expone la actora. En materia de daños derivados de infortunios laborales, los operadores jurídicos se encuentran frente a la dificultad de estimar y cuantificar adecuadamente el daño, pues con excepción de las prestaciones de la ley 24.557, el ordenamiento no provee expresamente los parámetros necesarios para fijar el resarcimiento, por lo que la cuantificación del daño depende en última instancia de la apreciación judicial. Así, el último párrafo del artículo 177 del código de rito dispone: ¿La sentencia fijará razonablemente el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, cuando falten elementos para determinar con precisión su monto?. Entiendo, al igual que el camarista Guibour, ponente del fallo Méndez citado por la actora al cual volveré en breve, como así también del renombrado fallo Vuoto, que sea cual sea el método utilizado por el magistrado a los fines de resarcir, se efectúa siempre un cálculo matemático. Para ello, algunos jueces tomarán en cuenta variables más cercanas a las ciencias aunadas con las circunstancias del caso y, otros, considerarán necesario establecer una indemnización subjetiva teniendo en cuenta solamente las particularidades del hecho. No obstante, para llegar a un número final que intente impartir justicia, se realiza consciente o subconscientemente un cálculo matemático como punto de partida. Luego, como dijo la CSJN en el fallo precitado, se deben tener en cuenta la edad, condición económica y social, profesión de la víctima, entre otras circunstancias. Sin embargo, ello, como ya se aclaró, debe englobarse dentro del concepto incapacidad sobreviniente ya analizado. Ahora, estamos ante el reclamo de un daño físico y para llegar a tal número, la a quo tomó como valor indicativo el que estableció el legislador en la LRT. En este sentido, se advierte que la colega de grado otorgó un monto que asciende a la suma de \$ 148.536 y la accionante había solicitado \$180.000, por lo tanto los valores no se encuentran muy alejados unos de otros. Para reforzar su agravio, el actor debió especificar cómo hizo para llegar a la suma de \$ 180.000 y por qué la sentenciante de grado no alcanzó ese número según sus propios parámetros. En virtud de lo expuesto, el agravio será rechazado. Resta analizar ahora el límite etario que debe tenerse en cuenta para realizar la ecuación -salarios multiplicados por los años restantes a jubilarse-. Es decir si se tiene que tener como límite la edad de 65 establecida por el legislador o bien la edad de 75 años establecida por un fallo de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, es decir ni siquiera la CSJN se expresó sobre este extremo. Me inclino por la decisión de grado. Explico por qué: A los fines de elucidar el límite que debe tenerse en cuenta para resarcir, se puede observar que la renombrada fórmula Vuoto acercaba un primer parámetro orientador en tanto y en cuanto preveía un límite etario jubilatorio de 65 años. La propia CSJN en el precedente ¿Mosca? expuso que si bien la fórmula Vuoto no resultaba procedente a los fines de indemnizar la reparación integral de la víctima, sí resulta útil para tener como pauta de referencia. La corte federal en el precedente ¿Coco?, expuso: ¿Para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas o psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación. (Del voto de los ministros Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni)? -el subrayado es propio-. Otro parámetro orientador se encuentra previsto en la LRT. La LRT utiliza para el cálculo de la prestación dineraria por incapacidad permanente el coeficiente de edad, tomando como referencia la edad jubilatoria (65 años), restringiendo el quantum indemnizatorio a lo que el trabajador percibirá en su vida estrictamente laboral, dejando afuera su expectativa de vida, que para estos tiempos asciende por lo menos a 75 años. Finalmente, otra pauta orientadora es el sistema integral de jubilaciones y pensiones que también prevé la edad jubilatoria a los 65 años. Por otro lado no pierdo de vista que la ley 26.494 en lo referente a los obreros de la construcción prevé una edad jubilatoria de 55 años como una posibilidad que ostenta estos trabajadores, teniendo como plazo general la edad de 65 años. La normativa literalmente dispone en su art. 1: ¿Establécese que los trabajadores de la industria de la construcción encuadrados en el marco de lo dispuesto en el inciso c) del

artículo 1° de la Ley 22.250, gozarán de un régimen previsional diferencial, pudiendo acceder a la jubilación cuando alcancen la edad de CINCUENTA Y CINCO (55) años, sin distinción de sexo, en tanto acrediten TRESCIENTOS (300) meses de servicios con aportes computables a uno o más regímenes del sistema de reciprocidad previsional, de los cuales -al menos- el OCHENTA POR CIENTO (80%) de los últimos CIENTO OCHENTA (180) meses deben haber sido prestados en la precitada industria?. Por lo tanto para casos concretos como éste en lo que respecta a obreros de la construcción, no comparto el criterio arribado en el precedente ?Méndez? de la sala III de la Cámara Nacional del Trabajo de elevar el concepto de vida útil del trabajador a los 75 años. Ello en virtud de que atenta con parámetros certeros establecidos por el legislador acerca de la edad jubilatoria en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones que asciende a los 65 años. Así también soslaya otro parámetro legislativo dispuesto en la LRT que prevé el pago de prestaciones hasta la edad de 65 años, época en que el trabajador, siempre y cuando cumpla los requisitos requeridos por la ley, se encuentra apto para acceder a la jubilación ni tampoco la ley 26494 en lo que respecta a la edad jubilatoria tenida en cuenta para los obreros de la construcción. En este sentido, y sólo como pauta orientadora a los fines de establecer el límite etario de indemnización, considero ajustado a derecho el parámetro establecido en la vieja fórmula Vuoto puesto que ello guardaba concordancia con el espíritu del legislador. Por otro lado, elevar la vida útil laborativa a los 75 años como se ha hecho en el fallo Méndez de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo a los efectos de evitar la merma del salario del trabajador, resulta continuar aplicando sólo cálculos matemáticos a los efectos de resarcir. Esta nueva ecuación, articulada por el magistrado Guibourg creador de la vieja fórmula Vuoto, continúa teniendo como base la ecuación matemática, sólo que fue reajustada atento a lo expuesto por la CSJN en el fallo ?Arostegui?. El magistrado referenciado en el voto que se citara afirma: ?Ante todo es preciso dejar en claro que, si se pretende llevar a cabo un razonamiento cuyo resultado sea un número (por ejemplo, una cantidad de dinero en concepto de resarcimiento monetario), no hay modo alguno de llegar a ese resultado si no es por medio de un cálculo matemático. Este cálculo puede ser explícito, fundado en datos verificados y ordenado mediante un algoritmo previamente establecido y justificado, o bien implícito y subconsciente, a partir de datos vagos y cambiantes y regido por un criterio puramente subjetivo, de contenido total o parcialmente emotivo?. Como ya hemos dicho, la CSJN, se apartó de los cálculos matemáticos a la hora de arribar a la cuantificación del daño. Por lo tanto, reproducir el mismo método aritmético, pero con un leve reajuste que escapa a la edad prevista por el legislador para ingresar al beneficio jubilatorio, no parece estar en armonía con el reconocido principio de división de poderes ni tampoco con el estudio del caso en concreto. En este sentido creo que aplicar automáticamente el límite de 75 años de edad, sin penetrar en el estudio del caso concreto significa alejarse de todas las aristas con que puede valerse el juez a los fines de arribar a una resolución justa en lo que respecta al daño. Incluso, en el fallo Méndez, se ha dicho: ?Ciertamente es que, cuanto menor es la edad de la víctima, son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. Es posible estimar que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro? -el subrayado es de mi autoría-. Como ya he dicho, a mi entender, debe tomarse, con el objeto de resarcir las pretensiones articuladas, el límite de 65 años puesto que ello guarda relación con el espíritu del legislador previsto en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones como así también en la LRT, ley 26494 y con el caso concreto presentado a esta vocalía. Por lo tanto, se deberá confirmar la sentencia de grado en lo que respecta a este extremo. En razón de lo expuesto a lo largo de la sentencia, se deberá admitir parcialmente los recursos de apelación introducidos por actora y demandada y, en consecuencia, se deberá revocar la sentencia de grado sólo en lo que respecta al límite de cobertura de la ART, siendo la citada en garantía y la demandada solidariamente responsables del daño ocasionado todo ello con los alcances previstos en la presente sentencia. Asimismo, se deberá rechazar el recurso de apelación introducido por la citada en garantía Galeno ART S.A, sin perjuicio de tener como pago a cuenta de la liquidación a practicarse de lo que ya fuera abonado en las sentencia homologatoria. Las costas en esta instancia deberán ser impuestas como se desarrollará en la parte resolutive. Regulo los honorarios de los letrados de la parte actora y demandada por su actuación en esta Alzada en un 30% de lo que se le reguló en la anterior instancia, mientras que los honorarios de la letra los estimo en un 25% de la regulación de grado, todo ello conforme artículo 14 ley 21839. VI.- Como siempre sostengo en mis pronunciamientos, resueltas entonces las presentes actuaciones, quiero advertir que he abordado aquellas cuestiones que resultan necesarias para poder llegar a la decisión que en definitiva se propicia, es decir aquellos puntos de cuya determinación depende directamente el sentido y alcance del resolutorio. Es así que en sus decisiones el sentenciante se encuentra obligado a articular opinión sobre los tópicos acercados por los litigantes, que en aras de resolver el entuerto traído a su conocimiento, resulten idóneos para dirimirlo o dicho en palabras sencillas sean CUESTIONES ESENCIALES. Recuerdo en esta línea argumentativa cuanto dijera el más alto Tribunal local al sostener que ?[...] es sabido que los jueces no se encuentran obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios esgrimidos por las partes, sino sólo respecto de las cuestiones que resulten conducentes para la solución del caso (CS Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.)?(5). En punto a ello se ha resuelto que ?Hay omisión de cuestión esencial cuando la Cámara -o el tribunal colegiado de instancia única- incurre en una verdadera inadvertencia de

la propuesta de la parte, pero no cuando la falta de tratamiento expreso de la temática aparece naturalmente desplazada por la atención brindada a otra que lógicamente supone no haber olvidado la problemática. Para arribar a esta solución se busca por un lado evitar el excesivo formalismo, y por otro, seguir la tesis de que las nulidades -y mas aun cuando se trata de sentencias- deben acogerse con criterio restrictivo, partiendo de la idea que -en principio- debe estarse por la conservación del acto procesal y no por su decaimiento (Fundamento del voto del doctor Hitters, por la mayoría)?(6). De este modo expreso mi voto. 2.- La juez Josefa Haydé Martín dijo: Adherimos a la solución propuesta por el vocal ponente votando en los mismos términos. En virtud del Acuerdo que antecede el Tribunal por mayoría, SENTENCIA 1°.- ADMITIR parcialmente el recurso de apelación introducido por la demandada y, en consecuencia REVOCAR la sentencia de grado sólo en lo que respecta a la procedencia del límite de la cobertura otorgado a la ART Galeno S.A. y con los alcances previstos en la presente. Sin costas en esta instancia al no haber existido oposición de los demás litigantes en este aspecto (conf. art. 78.2 del CPCC) 2°.- ADMITIR parcialmente el recurso de apelación introducido por la actora y, en consecuencia REVOCAR la sentencia de grado sólo en lo que respecta a la procedencia del límite de la cobertura otorgado a la ART Galeno S.A y con los alcances previstos en la presente. Las costas en esta instancia deberán ser impuestas a la citada en garantía dado que se opuso al recurso de la actora (conf. art. 78.1 CPCC). 3°.- RECHAZAR el recurso de apelación esgrimido por la aseguradora de Riesgos del Trabajo Galeno ART S.A. con los alcances establecidos en la presente e imponiéndole las costas en esta instancia por el principio objetivo de la derrota (conf. art. 78.1 CPCC). 4°.- ESTABLECER los honorarios de los letrados de la parte actora y demandada por su actuación en esta Alzada en un 30% de lo que se le reguló en la anterior instancia, mientras que los honorarios de la letrada de la ART los estimo en un 25% de la regulación de grado, todo ello conforme artículo 14 ley 21839. 5°.- MANDAR se copie, registre, notifique y oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen. Se deja constancia que el juez Francisco Justo de la Torre no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia. Fdo. Jueces de Cámara: Ernesto Adrián LÖFFLER y Josefa Haydé MARTIN. Ante mi: Marcela Cianferoni - secretaria de Cámara. Notas: (1) Véase antecedentes parlamentarios en el tratamiento legislativo de LRT, LA LEY, 1996-A, ps. 408, 409 y 411). (2) CSJN fecha 31 de marzo de 2009 caratulado ?Torrillo c/ Gula oil Argentina S.A. y otro?. (3) CNCiv, Sala B, 18/6/96, ?Carrizo, Alejandro h. y otros c/ Calua, Arnoldo R. y otro s/ daños y perjuicios? (4) CnCiv, Sala A, 8/07/05, ?Castaño, Enrique H. c/ Villagra Oscar A. y otros s/ daños y perjuicios? (5) S.T.J. Tierra del Fuego, ?Gatti, Gustavo Justo c/ Raffo Magnasco, Cecilia, Pace, María Teresa y Provincia de Tierra del Fuego s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja?, 658/03, 05 de Noviembre de 2003 SR. (6) S.C. Buenos Aires, abril 15-997.- Yelpo Edelberto R. y otros DJBA, 1534436.

022400E