

Contrato De Trabajo Despido Computo De La Prescripcion En La Incapacidad Laboral Solidaridad

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Despido. Cómputo de la prescripción en la

incapacidad laboral. Solidaridad Se rechaza la defensa de prescripción deducida y se revoca la condena solidaria impuesta a la concesionaria demandada en relación con los rubros indemnizatorios por el despido y los rubros remuneratorios devengados, pues no podrían serle extensibles por cuanto no corresponde hacerla responsable por un hecho ocurrido con posterioridad a la finalización del contrato de concesión. Se destaca que el cómputo del plazo de la prescripción se inicia a partir de tener la certeza del daño o la razonable posibilidad de su conocimiento.

En la ciudad de Posadas, provincia de Misiones, a los dieciséis días del mes de febrero de 2017, se reúnen los señores Jueces de esta Cámara, Dres. Mario Osvaldo BOLDÚ, Mirta Delia TYDEN de SKANATA y Ana Lía CÁCERES de MENGONI, a fin de dictar sentencia en autos: "Expte. N° FPO 23000072/2006CA1.- CORREA FRANCISCO JUAN c/ CORREO ARGENTINO S.A. Y OTROS s/RECLAMOS VARIOS" en presencia de la Sra. Secretaria autorizante. Examinados los mismos y planteada la cuestión respecto a si es conforme a derecho el fallo recurrido, previo al intercambio de ideas que hacen a la esencia del Acuerdo, el Dr. Mario Osvaldo Boldú dijo: I) Que, la sentencia obrante a fs. 797/814 en lo que aquí interesa: 1) Declaró la procedencia de la acción respecto de las pretensiones comprendidas en la demanda. 2) Rechaza la excepción de prescripción opuesta por Correo Oficial de la República Argentina S.A., Correo Argentino S.A. y Consolidar ART S.A. 3) Hizo lugar a las indemnizaciones derivadas del despido incausado, condenando solidariamente a Correo Oficial de la República Argentina S.A. y a Correo Argentino S.A. a pagar al actor la suma de \$80.703,17.- desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago. 4) Hace lugar a la demanda por la indemnización de daños y perjuicios, y condena solidariamente a Correo Oficial de la República Argentina S.A., Correo Argentino S.A. y Consolidar ART S.A. a abonar al actor la suma de \$1.004.757,54.- con más los intereses establecidos -tasa activa B.N.- hasta su efectivo pago. 5) Impuso las costas conforme al detalle del considerando "9" y 6) difirió la regulación hasta tanto el decisorio quedara firme y obren las bases para la misma. II) Contra dicho pronunciamiento se alza la parte demandada CORREO ARGENTINO S.A. (en adelante C.A.S.A.) y expresa agravios a fs.819/841 vta.; hace lo propio la codemandada CONSOLIDAR ART S.A. a fs. 843/852 vta. y, asimismo, la codemandada CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA S.A. (en adelante C.O.R.A.S.A.) a fs. 853/895 vta. En estrecha síntesis, la demandada C.A.S.A. se agravia por: 1) El rechazo de la prescripción dispuesta en resolución interlocutoria de fs. 327, interpuesta a fs. 334, conferida en efecto diferido a fs. 357. 2) Sostiene, en otro orden de ideas, que el aquo no trata el tema de la inconstitucionalidad del art. 39 L.R.T. 3) Por otro lado, se agravia por que el aquo tenga por indubitada la incapacidad del 98% conforme lo resuelto en autos Expte. 852/02, sin tener en cuenta o ignorando otros estudios. 4) Además, que haga lugar a la demanda y condene solidariamente a C.A.S.A. y a C.O.R.A.S.A. al pago de una indemnización por despido sin causa. 5) Se agravia también respecto de los rubros indemnizatorios referidos al daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance y daño moral. 6) Finalmente, se agravia, respecto a las costas En cuando a la codemandada CONSOLIDAR A.R.T. se agravia por: 1) Considerar que existió una errónea interpretación del derecho respecto a las obligaciones a cargo de las A.R.T. 2) Sostiene que existe arbitrariedad en la condena civil respecto a su representada. 3) Finalmente, por la condena solidaria En cuanto a la codemandada C.O.R.A.S.A. se agravia por: 1) El rechazo de la prescripción dispuesto en la resolución interlocutoria de fs. 327, cuya apelación fue interpuesta a fs. 335/353 y concedido con efecto diferido a fs. 358. 2) Sostiene, por otro lado, que el actor no realizó el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 LRT y por lo tanto, se colige su validez. 3) En otro orden de ideas, alega que no existió dolo por parte de C.O.R.A.S.A. ya que no ha existido solidaridad ni continuidad entre C.A.S.A. y C.O.R.A.S.A.: luego, sostiene que su representada actuó siempre con buena fe y que el actor recibió todas las prestaciones establecidas por la ley. 4) Se agravia, también, por cuanto la sentencia tiene por indubitada la incapacidad establecida en autos "Expte. N° 851/02?". 5) En cuanto a la indemnización establecida en sentencia se agravia por la condena respecto al daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance por incapacidad sobreviniente y daño moral. 6) Finalmente, se agravia por las costas. III) Sentado ello, resulta conveniente advertir, con carácter previo, que para definir la controversia de autos no se seguirá todos y cada uno de los planteamientos de las partes, ni se ha de ceñir las razones a considerar lo que ha sido articulado en aspectos jurídicos -ciertamente con el límite de no alterar los extremos de hecho-. Se examinará sólo lo que se considera "conducente" para la justa composición del diferendo. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, en reiteradas oportunidades ha sostenido que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos formulados por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan sólo aquellos elementos que sean conducentes para la correcta decisión planteada (conf. Fallos:

276:132; 280:329; 303:2088; 304:819; 305:537; 307:1121; entre muchos otros). Efectuada dicha aclaración, se unificarán los agravios expresados en los recursos en cuanto tratan similares temáticas y se analizarán en ellos los argumentos particulares de cada parte. IV) En primer lugar, en cuanto al agravio de las demandadas C.A.S.A. y C.O.R.A.S.A. respecto al rechazo de la excepción de prescripción por el accidente de trabajo ocurrido con fecha 19/01/2002, señalan que conforme al art. 258 LCT y los arts. 4037 del anterior Código Civil, la acción intentada prescribía a los dos años, manifestando que el plazo debía empezar a contarse desde que la víctima conoció su disminución funcional, o bien que ésta asumió carácter cierto y susceptible de apreciación, pero no desde la determinación de la incapacidad ocurrida en la causa ?Nº851/02 Correa Juan Francisco c/ Comisión Médica Nº3? como lo establece la sentencia. También, la demandada C.A.S.A. manifiesta que la parte actora tuvo conocimiento de su disminución funcional al haber acompañado el diagnóstico del Dr. Boratti fechado el 15/02/02 que estimara una incapacidad laboral del 40%, por lo que -según su posición- desde esa fecha se encontraba en condiciones de promover las acciones que considerara le correspondían. Cita jurisprudencia y doctrina que avalarían su criterio. Por su parte, la demandada C.O.R.A.S.A. a través de su libelo agrega que el plazo para interponer la acción de daños y perjuicios feneció a los dos años desde la fecha que aconteció el daño o que el actor tomó conocimiento de padecer una incapacidad -que estima habría ocurrido con el alta de la Comisión Médica Nº3 de fecha 14/02/02-, con lo cual se encontraría vencido el tiempo de interponer esta acción. Manifiesta también que, al resolver como lo hizo el a quo respecto de la prescripción, significaría depender prácticamente de la voluntad del actor, quien podría continuar el trámite del expediente mencionado hasta la Corte, tornando prácticamente imprescriptible el derecho. V) Sentado ello, cabe apuntar que se ha definido a la prescripción liberatoria como la extinción de las acciones derivadas de un derecho por su abandono por el titular durante el término fijado por la ley. La prescripción requiere por lo tanto, estos dos elementos a) la inacción del titular y, b) el transcurso del tiempo. Ahora bien, en el caso concreto entiendo que no existió prescripción, ya que el reclamo de marras se funda en un accidente ocurrido ?por el hecho o en ocasión del trabajo? (conf. Art. 6 de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo), para el cual existen normas específicas y vigentes sobre la materia, me refiero al art. 44 de la ley 24.557 LRT, que prevé expresamente: ?Las acciones derivadas de esta ley prescriben a los dos años a contar de la fecha en que la prestación debió ser abonada o prestada...?. Lo expuesto nos lleva a concluir que corresponde la aplicación del plazo de prescripción de dos años (en el mismo sentido Art. 258 LCT, Art. 4037 C.C. y Art. 2562 inc. ?b? C.C. y C.), debiéndose determinar únicamente desde cuándo comienza a contarse el plazo previsto de la prescripción. Recurriendo nuevamente a la normativa aplicable en materia de accidentes del trabajo, allí se establece que la prescripción se inicia a partir de que la prestación debió ser abonada o prestada (Art. 44 LRT, en similar sentido el art. 2554 C.C. y C.), esto ocurre normalmente desde la denuncia del hecho generador del daño (conf. Art. 43 LRT) que es cuando la acción -en casos en que el daño está consolidado-, se encuentra expedita y es exigible, y agrega el Art. 44 de la LRT, que en todo caso, las acciones fenecen a los dos años desde el cese de la relación laboral. VI) Conforme a ello, la cuestión consiste en determinar cuándo debió ser abonada la prestación, para lo cual se debe tener en cuenta que las consecuencias derivadas del accidente por las cuales reclama la parte actora, fueron primeramente rechazadas por la ART y, en el mismo sentido, la Comisión Médica Nº 3 en su dictamen de fecha 16/04/2002 dictado en el Expte. 003L-00079/02, confirmó dicho rechazo, resolviendo que las dolencias del actor eran de carácter inculpable (conf. fs. 84/86). Dicha situación motivó el recurso interpuesto por la parte actora ante el Juzgado Federal, cuyo expediente tramitó con la carátula ?Nº851/02 - CORREA FRANCISCO JUAN S/ RECURSO? y que recién obtuviera sentencia definitiva con fecha 23/05/2013, revocando el carácter inculpable y otorgando una incapacidad del 98% de la total obrera, con naturaleza laboral (conf. fs. 194/202 del expediente mencionado, que corre por cuerda). Teniendo en cuenta lo expuesto, si el cómputo del plazo de la prescripción se inicia a partir de tener la certeza del daño o la razonable posibilidad de su conocimiento, en el presente caso, a raíz de lo dictaminado por la comisión médica el 16/04/2002, se generó en el reclamante una incertidumbre que bien puede prolongar la definición sobre un eventual derecho a reclamar el pago de las prestaciones contra los demandados, por lo tanto, afectó el inicio del cómputo de la prescripción. En efecto, dicha situación modificó el curso de la prescripción pues es razonable que el trabajador aguarde una respuesta cabal de los organismos encargados por ley de determinar lo concerniente a la viabilidad del reclamo. La situación no difiere si se analiza el caso a la luz del Art. 258 de la LCT, en cuanto dispone que el plazo de prescripción comienza a contarse ?desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima?. En concordancia con lo expuesto, ha dicho la jurisprudencia que: ?De acuerdo con lo previsto en el art. 44 de la ley 24.557, la fecha a partir de la cual debe iniciarse el cómputo del lapso bienal de prescripción es el momento en el que la Comisión Médica Central determina el carácter definitivo de la incapacidad permanente parcial. (CNAT Sala VII Expte. Nº 28.367/10 Sent. Def. Nº 43.575 del 12/05/2011 ?Stepañczak, Julio Carlos c/Provincia ART SA s/acción de amparo?). No se debe obviar tampoco que en el presente, se encuentra en entredicho no solo la incapacidad física del actor como consecuencia del hecho dañoso, sino también los trastornos psíquicos producidos por ese hecho y las actitudes posteriores asumidas por las demandadas; y, en cuestiones vinculadas con enfermedades evolutivas -como lo son los padecimientos sufridos en la psiquis del actor-, el plazo de prescripción

comienza a correr recién cuando el damnificado está objetivamente en condiciones de percibir los alcances de la enfermedad, con elementos relevantes para evidenciarle que padece un daño resarcible con probable relación con el ambiente laboral. En ese mismo sentido ha decidido nuestro Máximo Tribunal diciendo que el curso del plazo de prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro (CSJN Fallos 322:148). Entonces, el recurso interpuesto contra el dictamen de Comisiones Médicas ante el Juzgado Federal tiene un efecto asimilable a la demanda que preveía el art. 3986 del C.C. y que también legislan los arts. 2546 y 2547 del C.C. y C., permaneciendo en este caso los efectos interruptivos del curso de la prescripción hasta el dictado de una resolución que pone fin a la cuestión, situación que ocurrió en autos recién en el año 2013, ya que, en materia laboral, los actos interruptivos o suspensivos de la prescripción deben interpretarse con criterio amplio, decidiéndose en caso de duda por la solución más favorable a la subsistencia del derecho del trabajador. Por otro lado, en nada modifica que la demanda -o recurso en este caso- no haya sido interpuesta contra todos los deudores, puesto que la interrupción hecha contra uno solo de los codeudores puede oponerse a los otros codeudores, si se trata de una obligación solidaria o indivisible (conf. art. 3996 del C.C. y 2549 del C.C.yC.). Ello no significa que el actor pueda prolongar sine die la acción en forma voluntaria -situación que en autos no se verifica, ya que el actor inició demanda mucho antes de la finalización del trámite de su recurso-, debido a que los tiempos judiciales no dependen de él exclusivamente, así como tampoco el desconocimiento de su derecho a percibir indemnización. Por otra parte, conforme lo dispuesto por el Art. 44 de la LRT, la fecha del cese laboral también impone un tope temporal a los efectos de la prescripción liberatoria, ya que en las enfermedades evolutivas se presume que en esa fecha, el trabajador, toma conocimiento de la importancia de su incapacidad, en tanto ello implica la culminación de toda influencia lesiva de factores laborales. No obstante, en autos no hay controversia ya que el actor fue despedido el 08/03/2004 y la presente demanda fue interpuesta el 08/03/2006, por lo que tampoco habría transcurrido el plazo bianual de prescripción. A mayor abundamiento, debe ser tenido en cuenta que no se aprecia negligencia o abandono de derechos por parte del reclamante, dado que éste, además de interponer el mencionado recurso contra el dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional ante el Juzgado Federal, también realizó reclamos fehacientes para que se le reconozca el carácter laboral de su dolencia, a través de los telegramas de fecha 11/03/2003, 22/04/2003, 19/02/2004 (ver fs. 13, 16 y 23 del Expte. 171/2004 agregado por cuerda) y mediante acta notarial de fecha 16/02/2004 (fs. 510/515). También inició un reclamo ante la Secretaría de Trabajo y Empleo (Expte. N°807/04 que corre por cuerda). Asimismo, en mayo de 2003 inició una medida autosatisfactiva y una medida cautelar de no innovar para que el demandado C.A.S.A. se abstenga de modificar la situación laboral y se le abonaran los salarios por enfermedad, hasta tanto se resolviera el Recurso de Apelación del dictamen de Comisiones Médicas (Expte. 84/2003 - ?CORREA FRANCISCO JUAN C/ CORREO ARGENTINO S.A. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA? y el incidente 84/03 bis1/2003; ambos expedientes corren por cuerda al presente). Por lo expuesto y siendo que en relación con la prescripción liberatoria, los jueces deben inclinarse por aquel que mantenga subsistente la acción, dado que es de interpretación restrictiva y que en caso de duda debe preferirse la solución que mantenga vivo el derecho (CSJN Fallos: 318:879), de prosperar mi voto, corresponderá rechazar el recurso y confirmar la resolución apelada en este sentido. VII) Siguiendo un orden lógico, corresponde ahora analizar los agravios respecto de la falta de legitimación pasiva fundada en la prohibición de accionar contra el empleador, y la consecuente declaración de inconstitucionalidad del Art. 39 de la LRT. Señalo que, sobre el particular, las quejas intentadas no aparecen debidamente fundadas, no resultan una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo de grado, ni se indican con precisión los errores de hecho ni de derecho en que habría incurrido el a quo al resolver como lo hizo. Sin embargo, a fin de no afectar el derecho de defensa en juicio, entraré a considerar los argumentos de la apelación interpuesta. Ha dicho nuestro Máximo Tribunal que "... la Ley de Riesgos del Trabajo, al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente a poder demostrar la real existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador y disponer, además, la exención de responsabilidad para el empleador, cercena de manera inconciliable, con los principios constitucionales, el derecho a obtener una reparación íntegra. Esa restricción conceptual importa la frustración de la finalidad esencial del resarcimiento por los daños sufridos a la integridad psicofísica del trabajador, pues la ley cuestionada no admite indemnización por otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta mensurada de manera restringida..." (CSJN S.2652.XXXVIII, "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidente ley 9688, sent. Del 21/9/2004, del voto de Highton de Nolasco). Resta precisar que, en el caso concreto, ese desajuste constitucional se traduciría en una insuficiente reparación de los daños sufridos por el reclamante, no solo porque se le ha negado en su totalidad la cobertura del siniestro -debiendo recurrir a la instancia jurisdiccional para que el mismo le sea reconocido- sino también debido a que la indemnización tarifada, resulta manifiestamente desproporcionada en relación a reparación integral a la que tendría acceso el actor. En efecto, conforme a la edad del actor al momento del siniestro (37 años), a la incapacidad laborativa total fijada en autos y el ingreso base mensual que percibía el actor (\$ 1.340,50.- mensuales), la reparación ofrecida en el sistema consagrado en la Ley de Riesgos del Trabajo, en el caso de autos, ascendería a la suma total de \$124.811,42, los que además serían abonados en forma de renta vitalicia

(que también fuera descalificado en su constitucionalidad por el fallo ?Milone? -Fallos: 327:4607 C.S.J.N.-), todo lo cual hace ver que, en comparación con la otorgada por el derecho común conforme el cálculo de la sentencia de primera instancia, resulta insuficiente y confiscatoria ya que reduce considerablemente el monto de indemnización que le correspondería y que, por lo tanto, vulnera las garantías y principios constitucionales básicos que merecen especial protección. Que además, la prohibición de reclamar contra el empleador, causante de los daños, resulta violatorio de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y la garantía genérica de ?no dañar?, contrariando los principios que la legislación busca proteger, en especial a la realización de la justicia social (conf. fallo CSJN ?Aquino? -C.S.J.N. Fallos: 327:3753-). En tales circunstancias, estimo que la invalidez constitucional declarada en origen debería ser confirmada y por ello, propongo desestimar las quejas intentadas por las partes sobre este punto y confirmar la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la ley 24557, en tanto vulnera las garantías constitucionales reconocidas en los arts. 14 bis, 16, 17, 19, 28, 75 inc. 22 CN y asimismo, el pago que se efectúe en autos de la indemnización deberá hacerse en un solo pago conforme a la doctrina emanada de nuestro Máximo Tribunal en el citado fallo ?Milone?. VIII) Conforme a ello, siendo que en autos ha quedado demostrado que el accidente se produjo cuando el actor se encontraba subido a una escalera de dos cuerpos de más de dos metros, cambiando un foco fluorescente en el salón principal de la sede del Correo, cuando cedieron los sunchos que ligan la escalera, rompiéndose las bisagras del vértice, produciéndose la caída del trabajador. Si bien la escalera no constituye en sí misma una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 C.C., considerada la misma según las circunstancias, teniendo en cuenta el peso del actor al momento del siniestro (69 kg) y el hecho de no haberse invocado ni mucho menos acreditado culpa alguna por parte del damnificado, habiéndose establecido relación de causalidad entre la cosa y el daño, hace presumir que la caída se produjo por la rotura de los elementos de sujeción de la escalera, por lo que la misma era defectuosa o viciosa y por dicho motivo representaba un peligro para el operario. Asimismo, la accionada tampoco demostró haber adoptado medidas de seguridad que permitieran al Sr. Correa realizar su tarea en altura de forma segura, no se le asignó un compañero para colaborar con la tarea sujetando la escalera por ejemplo, no se le otorgaron elementos de seguridad personal, como arnés o casco, no se le brindó capacitación, entre otros incumplimientos (conf. Decreto. 351/79, y ley 19.587). En definitiva y por todos los motivos expuestos, considero que corresponde desestimar sin más las quejas intentadas y, en su mérito, mantener la responsabilidad de la empleadora demandada, atento a su carácter de propietaria y guardiana de la cosa causante del daño descripto y en virtud del incumplimiento del deber de seguridad (arts. 1113 y 1109 del C.C. y 75 de la LCT). IX) Ingresando ahora en el tratamiento de los agravios vinculados con la condena por las dolencias reclamadas y derivadas del accidente de trabajo, señalo que en autos no se encuentra discutida la ocurrencia del siniestro y la existencia de un daño, no obstante que sí se encuentra controvertido su origen y alcance. En efecto, sostienen las recurrentes que las dolencias detectadas en la región lumbar son derivadas de procesos degenerativos, osteoartrosicos o de origen congénito, por lo que no guardarían relación con el accidente de marras. Asimismo, mencionan que los daños psíquicos se habrían producido con posterioridad y no estarían vinculados al accidente. Por otra parte, señalan que ha sido incorrecta la valoración del grado de incapacidad del actor, que la Pericia médica de fs. 648/660 y 710/716, estableció un porcentaje de 23,52%, que en el expediente N°003-P-00238/05 la Comisión Médica estableció un 70% de porcentaje de invalidez y, no obstante ello, en la sentencia se establece un grado de incapacidad de 98% de la total obrera. Al respecto se verifica que el a quo tuvo en cuenta la totalidad de los dictámenes médicos obrantes en el expediente y mencionados por las partes optando por dar preeminencia al dictamen del expediente N°851/02 que tramitó ante ese mismo juzgado, en honor al principio de cosa juzgada. En este supuesto, entiendo que la cosa juzgada no puede ser aplicada de manera automática y sin la debida evaluación de las demás pruebas obrantes en autos, ya que se reclama por un presupuesto normativo distinto al pretendido en el expediente N°851/02. En efecto mientras en autos se reclama por una responsabilidad integral fundada en el Derecho Civil, el expediente citado se basa en la Ley de Riesgos del Trabajo. Por otra parte, en las mencionadas actuaciones, las codemandadas en autos C.A.S.A. y C.O.R.A.S.A. no han tenido oportunidad de controlar la prueba pericial y por lo tanto, no corresponde aplicar las conclusiones que de las mismas se derivan, sin antes realizar un debido cotejo de sus conclusiones, dado que se produciría una lesión al derecho de defensa y debido proceso de las partes (Arts. 16, 17, 18 y 19 de la CN), lo que es incompatible con un adecuado servicio de justicia (Fallos 330:4216, 331:1906, 333:2251). Así las cosas, observo que el carácter laboral de las dolencias ha quedado indudablemente acreditado, conforme lo expuesto por la Perito Dra. Sosa (ver fs. 650 1er. Párr.; fs. 652, 6° y 9° Párr. y fs. 657, Parr. 5° y 8°) y lo que surge de la Pericia de la Dra. Piriz en el Expte. 851/02 (fs. 199 3°, 5° y 6° Párr.). Las conclusiones a las que arriban ambos peritos son contundentes en vincular las secuelas presentadas por el actor con el accidente laboral y no logran ser conmovidas por las simples disidencias, sin fundamentos científico-médicos, efectuadas por las demandadas. Por lo demás, no existe en autos examen preocupacional donde pudiera haberse detectado alguna dolencia preexistente a la relación laboral. Ahora bien, existe discordancia entre los dictámenes vinculado con el grado de incapacidad otorgado por la perito Dra. Sosa, quien otorga un 25,1% que luego reduce a 23,52% -modificando el factor de ponderación edad-, cuando por otra

parte la Dra. Piriz otorgó un 98% de incapacidad. Esta discordancia se funda, en primer lugar, en que la Dra. Piriz no utiliza el criterio de la capacidad restante, por lo que suma en forma errónea los grados de incapacidad de manera directa, cuando debía hacerlo conforme a la capacidad residual o restante. En efecto el Baremo de la Ley 24.557 (Dto. 659/96) en su capítulo: ?CRITERIOS DE UTILIZACIÓN DE LAS TABLAS DE INCAPACIDAD LABORAL? claramente dice que: ?En cuanto a la evaluación de la incapacidad de un gran siniestrado, producto de un único accidente se empleará también el criterio de capacidad restante, utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar con la evaluación y continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades medibles?. Al respecto, se ha indicado que: ?..ha de tenerse presente el concepto de capacidad restante, que resulta operativo en tres situaciones: a) cuando al trabajador se le constaten en el examen preocupacional limitaciones anátomo-funcionales; b) en el caso de siniestros sucesivos, y c) ante un ?gran siniestrado? que es aquel damnificado que en accidente único viera afectado más de un órgano o sistema. En todos estos casos, los porcentajes del baremo se aplicarán sobre la capacidad residual...? (Siniestralidad laboral, ley 24.557, Corte- Machado, p. 302 y 304; en igual sentido Ley de riesgos del trabajo, Ackerman, p. 145; Código de tablas de incapacidades laborativas, Rubinstein, p.331 y 334). No obstante ello, el grado de incapacidad no se modifica en forma trascendental, debido a que de todas maneras el mismo asciende a un 70,48%, superando el 66% previsto por el Art. 8 inc. 2º de la LRT, debiendo ser considerado igualmente como una incapacidad total. Por otra parte, también existe discrepancia en los informes debido a que la Dra. Sosa no ha tenido en cuenta la incapacidad detectada en el nervio tibial anterior y posterior que detalla la Dra. Piriz y que también vincula con el accidente sufrido por el actor. Al no existir argumentos válidos que hagan ver que dicha conclusión pueda ser errónea o incorrecta, corresponde tenerla por válida, ya que no se puede dejar de merituar que la pericia médica realizada por la Dra. Piriz fue puesta a consideración de la citada CONSOLIDAR ART S.A. (conf. fs. 208 del Expte. N°851/02) y la misma -que es el organismo especializado al efecto y quien estaba en mejores condiciones para expedirse al respecto-, guardó silencio, sin objetar. Por otra parte, los grados de incapacidad dispuestos por la Dra. Piriz, en relación con las dolencias detectadas, se encuentran dentro de los rangos previstos por el Baremo (conf. ?Título 3. Traumatismos raquimedulares? Dto. 659/96) y en virtud de lo dispuesto en el Art. 9 LCT, no se vislumbran fundamentos que puedan enervar el grado de incapacidad determinado. El dictamen del Expte. 003-P-00238/05 del retiro por invalidez, también detecta limitaciones funcionales de la columna, pero no los pondera en virtud de que el grado de incapacidad psíquica detectada superaba el mínimo requerido. Ahora bien, el grado de incapacidad psíquica si bien ha sido reclamado en autos, no fue acreditado en debida forma a través de la pericia psicológica y/o pericia psiquiátrica correspondientes, no pudiendo colegirse del Expte. 003-P-00238/05 que la dolencia detectada ?esquizofrenia procesal por brotes?, pueda ser relacionada con el accidente de marras o la conducta asumida por las demandadas. Conforme a lo cual y en virtud de no haber sido recurrida la sentencia por la parte actora en este punto, no corresponde merituarla. Conforme a lo expuesto, sin perjuicio de una diferencia con el grado de incapacidad resultante, que en nada modifica el hecho de que la incapacidad del actor supera el 66% y por lo tanto debe ser considerado como absoluta, se observa que el magistrado de grado ha efectuado una correcta evaluación de las pruebas e informes obrantes en la causa (art. 386 CPCC y art. 9 LCT); sobre todo teniendo en cuenta el reconocimiento, por las demandadas, del accidente laboral y la causalidad existente entre el infortunio y la incapacidad posterior detectada en el actor. Por lo tanto, con las salvedades expuestas en el presente considerando, corresponderá confirmar la sentencia en cuanto otorga al actor una incapacidad total y permanente de la total obrera, vinculado al accidente de trabajo objeto de marras. X) En este punto, se agravia CONSOLIDAR ART S.A. debido a que se la condena en forma solidaria por responsabilidad extracontractual en exceso de la cobertura asegurativa prevista por la Ley 24.557. Cabe observar que de las constancias de autos no surge acreditado que la misma haya instado a la empleadora para que tomara medidas para prevenir la ocurrencia de este tipo de afectaciones en la salud de sus dependientes. No demostró haber realizado visitas con anterioridad al siniestro denunciado. No controló que la empleadora del actor cumpliera con otorgar los elementos de seguridad personal ni capacitó a su personal en tareas de altura. Constituye una obligación de la A.R.T. adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (arts. 4º y 1º ley 24.557), y realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo (decreto 170/96, art. 19), controlar las medidas sugeridas y denunciar los incumplimientos en que incurra el empleador por ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Se trata de un hecho que pudo haberse previsto y evitado de haberse adoptado elementales medidas de seguridad, y tales conductas omisivas implicaron negligencia en su obrar y contribuyeron a causar el daño sufrido por el trabajador. Lo expuesto me lleva a concluir que la ART ha incumplido con las obligaciones que el sistema pone a su cargo en orden a la eficaz prevención de los riesgos del trabajo, fundamentalmente, el control que debe ejercer en la empresa respecto del cumplimiento de las pautas de seguridad e higiene en el trabajo. Por consiguiente, en los términos de lo dispuesto por los arts. 4 y 31 ley 24557, 902, 1074 C.C. y 1717, 1724 y 1749 CCYC, corresponde confirmar la condena solidaria impuesta a la ART, lo que así propongo. XI) Asimismo, ingresando en el análisis de los agravios de las partes, en virtud de los montos y rubros pasados a condena en razón de las dolencias

reclamadas. En cuanto al daño emergente, los gastos médicos y de farmacia constituyen una consecuencia normal y esperable producto de haber sufrido un accidente, de tal modo que el criterio de valoración debe ser flexible, no requiriéndose, por ende, prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal. En autos el a quo estimó que las deudas acreditadas por la parte actora se corresponden con el tratamiento clínico y farmacológico indicado por la prueba pericial, por coincidir con las conclusiones arribadas, considero que corresponde confirmar lo resuelto. En cuanto al lucro cesante, el a quo, fundado en la planilla del actor de fs. 43, calculó la indemnización correspondiente conforme a los ingresos dejados de percibir, desde el inicio del plazo de conservación del puesto hasta la edad jubilatoria, reduciéndola en un 2%, en virtud del grado de incapacidad determinado por el sentenciante en autos del 98%. Más allá de no haber tenido en cuenta el sentenciante que a partir de una incapacidad del 66% o superior, corresponde caracterizar la misma como absoluta (100%), situación que en virtud del principio non reformatio in peius no podría ser revisada en esta Alzada, considero que el monto reconocido en la sentencia resulta adecuado, incluso menor que la fórmula "Moore" utilizada comúnmente en el fuero laboral -y solicitada por las demandadas en su recurso- actualizada por el fallo "Mendez c/ Mylba" (CNAT, Sala III, sent. 89654 del 28/4/08). Conforme a lo expuesto corresponderá confirmar el monto de condena por el presente rubro, tal y como fueran dispuestos en la instancia antecedente. En cuanto a la pérdida de chance, conforme ha dicho nuestro Tribunal Címero, este rubro, aunque es indemnizable, debe reparar un interés actual del interesado, que no existe cuando quien se pretende damnificado no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida?. (CS, marzo 8-1994, Rodríguez Santorum, Claudio c. Tap Air Portugal). Si bien el actor se encontraba en situación de acceder efectivamente a una categoría superior en algún momento dado, debido a que de su legajo se desprende que estaba realizando una carrera administrativa que así lo hace presumir, esto era una mera expectativa, pendiente de un sinnúmero de condiciones que podrían haber impedido que ello ocurra. Por lo tanto, disponer sin más que el actor debe percibir un salario superior durante el tiempo que le quedara de vida útil laboral como si efectivamente hubiera alcanzado dicha mayor categoría, resultaría similar al lucro cesante, lo cual resulta ilógico. Lo que se debe indemnizar es la chance o probabilidad suficiente de que ello ocurra, como daño actual y cierto que podría ocurrir en el futuro y se ha visto frustrado. En ese sentido se observa que el monto pasado a condena por este rubro en \$242.858,88.- resulta elevado y sin un fundamento adecuado, traduciéndose en un enriquecimiento incausado. Por lo tanto, de prosperar mi voto, debería reducirse el presente rubro a la mitad, es decir a la suma de \$ 121.429,44.-, lo que así propongo. Por el contrario, en relación a los agravios relacionados con el daño moral, entiendo que los mismos lucen infundados y carentes de todo basamento. En autos se corrobora en el actor un alto grado de afectación psicológica, detectado en la pericia realizada en el expediente N° 003-P-00238/05 que tramitó su pensión por invalidez, que si bien no puede relacionarse en forma total con el accidente sufrido, lo cierto es que, de su legajo y demás constancias obrantes en autos, no surgen antecedentes de afecciones psicológicas o psiquiátricas del actor con anterioridad al accidente de marras. El accidente traumático, el alto grado de incapacidad provocado por el mismo, la posterior situación derivada del desconocimiento del carácter laboral, que culminara en su despido sin percibir indemnización, pueden hacer presumir la existencia de perturbaciones psicológicas, intranquilidad espiritual y afecciones a su vida en relación. Sumado a ello, la necesidad de realizar tratamientos médicos y el hecho de tener que solventar los mismos en virtud de la pérdida de cobertura de su obra social relacionada con el despido, bien pudieron haber colocado al actor en un contexto de desamparo y angustia, anormalmente grave, circunstancias que fueran tenidas en cuenta por el a quo. Conforme a ello, el monto determinado en la instancia anterior por daño moral resulta adecuado y corresponderá confirmarlo en su totalidad. XII) En relación a los agravios vinculados con la demanda por despido, mencionan las codemandadas C.A.S.A. y C.O.R.A.S.A. que actuaron conforme a derecho, en virtud de la calificación de inculpable de la dolencia que aquejaba al actor, conservando el contrato por el plazo de un año y disponiendo el cese en virtud de la finalización del período de conservación (conf. Arts. 211, 212 de la LCT). A la luz de lo resuelto en los considerandos precedentes, en cuanto al carácter laboral que tenían las dolencias que aquejaban al actor y que le impedían retomar sus tareas, debe ser descalificada la forma dispuesta del cese laboral efectuado por su empleadora. Si la empleadora hubiera actuado en forma acorde con el principio de conservación del contrato de trabajo debería haber citado al actor para la realización de una junta médica o de un examen por un tercer médico, que dirima y dilucide con la certeza y seriedad que requería la situación, si el actor estaba aquejado por una enfermedad inculpable o bien derivada de su accidente de trabajo o si estaba en condiciones de retomar su trabajo con tareas acordes. Asimismo, debió haber demostrado que según el grado de incapacidad que presentaba el actor, carecía de un puesto de trabajo adecuado a su estado de salud, tal y como fue requerido por el actor según surge del intercambio postal tenido en cuenta por el a quo (fs. 102/106), nota y certificado médico del 01/03/2004 (fs. 26 y 27 del Expte. 171/2004) y el acta notarial ya mencionada. Ello no luce acreditado en autos, por lo que el distracto dispuesto el 08 de marzo de 2004 fue intempestivo y contrario al principio

de conservación del contrato de trabajo, debiéndose por lo tanto indemnizar conforme a lo previsto por los párr 3º o 4º. del Art. 212 LCT que prevén una indemnización idéntica a la prevista para el despido sin causa del Art. 245 de la LCT. Por lo expuesto, corresponde confirmar al respecto la indemnización por despido dispuesta en primera instancia. XIII) Por otro lado, en cuanto al agravio de las demandadas C.O.R.A.S.A. y C.A.S.A. en virtud de la responsabilidad solidaria impuesta en la sentencia. Se observa que la primera de ellas se queja por cuanto estima que al haber ingresado a la explotación del servicio cuando el accidente ya había tenido lugar, por ello no debe responder por las consecuencias de un hecho ocurrido con anterioridad. La segunda se agravia en virtud de haber finalizado la concesión del servicio postal del correo con fecha 19/11/2003 y por lo tanto no ser responsable de lo acontecido con posterioridad, solicitando se deje sin efecto la solidaridad de la indemnización por despido. Al respecto, la norma general prevé que el transmitente y el adquirente de un establecimiento son solidariamente responsables de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, conforme a las situaciones existentes al momento de la transmisión y que afectaren a aquél (art. 228 LCT). Ahora bien, el art. 230 LCT establece que dicha norma no es aplicable cuando la cesión o transferencia se opere a favor del Estado, situación que se verifica en este caso. Sin perjuicio de ello, el hecho de que haya sido el Estado quien reciba o recupere la explotación del servicio concedido, no podría significar sin más que los trabajadores pierden la totalidad de sus derechos y garantías, dado que ello violentaría el mandato constitucional que emana del art. 14 bis de nuestra Carta Magna y el principio de progresividad reconocido en su texto. La correcta interpretación indica que, en el supuesto de marras, deberá estarse a lo que disponga la normativa que se dicte en virtud de la transferencia, la cual deberá tener en cuenta los derechos de los trabajadores y fundamentar en debida forma cuando los mismos son restringidos o limitados (conf. Art. 28 CN). Ingresando entonces al análisis de la normativa específica, se observa que el Decreto 1075/03 dispuso rescindir el contrato de concesión por culpa de C.A.S.A., concesionario del servicio, resolviendo que transitoriamente la operación sea continuada por una Unidad Administrativa creada en la órbita de la cartera de Planificación Federal. Asimismo, ordenó que todo el personal pase a depender del Estado Nacional concedente (Art. 3º) y que, consecuentemente, estaría a cargo de la Unidad Administrativa creada, el pago de las obligaciones derivadas de los vínculos laborales del personal perteneciente al servicio (Art. 8 inc. ?c?). Además, conforme surge de la Resol. 440/2004, transcripta por la propia codemandada C.A.S.A. (a fs. 871 vta. 1er. Párr. in fine), resulta ser ?continuadora? del Servicio Oficial de Correos - Unidad Administrativa creada por Decreto N°1075/2003 y ?tomó a su cargo todas las obligaciones y los derechos de los que fuera titular aquel ente? (sic). En el mismo sentido, el Art. 9 del Decreto 721/2004 establece que la totalidad del personal afectado a la ex concesionaria C.A.S.A. continuará prestando servicios para C.O.R.A.S.A. y el Art 10 del mismo, dispone que las relaciones se regirán por la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo y los Convenios Colectivos de Trabajo que hubieren sido celebrados con las asociaciones gremiales representativas de su personal. De la lectura integral de la normativa dictada al efecto, se desprende que en todo el proceso que conllevó la finalización de la concesión a cargo de la demandada C.A.S.A. hasta la formación de la sociedad codemandada C.O.R.A.S.A. que tomó a cargo el servicio de correo, se pretendió brindar a los trabajadores que venían desempeñándose, un reconocimiento total de sus derechos, entre los que se destaca la protección estatuida en la L.C.T. y la solidaridad dispuesta por el Artículo 225 L.C.T., poniéndolas en cabeza de las subsecuentes continuadoras del servicio. La adquirente podía, si lo deseaba, realizar una auditoría previa a hacerse cargo de la explotación empresarial, a fin de evitar asumir obligaciones que no deseaba o establecer salvaguardas que estimara procedentes, si no lo hizo la responsabilidad solidaria se impone. La codemandada tendrá o no la posibilidad de accionar para recuperar contra quien entienda es el responsable último de la obligación asumida en forma solidaria, conforme a las normativas y contrataciones dispuestas para su creación y puesta en operaciones, no obstante ello, es inoponible como defensa contra el crédito reclamado por el actor en la presente acción. En el mismo sentido, nuestra Corte ha dicho en el fallo ?Di Tullio c/ Entel? (CSJN Fallos 319:3071, sent. del 17/12/96) que en los procesos de privatización, las obligaciones a cargo de la empleadora devengadas antes de la fecha de la "transferencia del establecimiento", resultan comprendidas en los términos de los arts. 225 y concordantes de la LCT. En este caso, como en ?Di Tullio? estamos ante una sociedad anónima de derecho privado, que no obstante poseer la totalidad de su capital social en manos del Estado Nacional, es únicamente hasta tanto se disponga su posterior privatización (conf. arts. 1, 2, 13 del Dto. 721/2004). Con mayor razón si se tiene en cuenta que en autos el actor aún continuaba en situación de revista, cuando ésta toma a su cargo el servicio postal. En virtud de lo expuesto, considero que le asistió razón al a quo en cuanto hizo extensible la responsabilidad a la codemandada C.O.R.A.S.A., por lo que corresponderá confirmar la misma. XIV) Ahora bien, en cuanto a la demandada C.A.S.A. y de conformidad a lo expuesto precedentemente, no obstante que la situación que culminó con el despido, se inició bajo su égida y continuó su curso normal sin variantes hasta el distracto, tal y como lo ponderara el a quo, lo cierto es que la finalización de la concesión ocurrió por Decreto N°1075/03 a partir del 19/11/2003 y el despido tuvo lugar con fecha 08/03/2004, casi cuatro meses después de haber culminado su vínculo con el actor. Incluso desde la perspectiva del art. 228 LCT y concordantes, la accionada sólo podría ser responsabilizada por las deudas existentes a la época de la transferencia y las que se

generaron con motivo de ella, pero no por las posteriores a la transmisión, en tanto éstas - en su caso- sólo recaerían sobre el adquirente. Conforme a ello, las indemnizaciones derivadas del despido no podrían ser extensibles a C.A.S.A., por cuanto no corresponde hacerla responsable por un hecho ocurrido con posterioridad a la finalización de la concesión, más aun teniendo en cuenta que la conducta reprochada en el despido tuvo que ver con la no dación de tareas acordes a la parte actora, situación imputable únicamente a C.O.R.A.S.A., continuadora de la relación laboral, no pudiendo derivarse responsabilidad de una mera presunción -como lo hace la sentencia recurrida- de que C.A.S.A. pudo haber asumido una conducta similar. Por el contrario, en relación a los rubros remuneratorios reconocidos en la sentencia, sí entendiéndose se debe confirmar la condena solidaria a C.A.S.A., ya que son deudas existentes a la época de la transferencia y el hecho de que haya finalizado la concesión por su culpa no puede liberarlo de las obligaciones generadas durante su gestión (conf. art. 814 CC y en el mismo sentido el art. 1632, 835 inc. ?b? y ccdtes. del CCYC). Por ello, corresponde entonces revocar la solución de primera instancia en cuanto a la extensión de la responsabilidad solidaria a la demandada C.A.S.A. en relación a los rubros indemnizatorios derivados del despido, debiéndose mantener la condena en relación a los conceptos remuneratorios devengados con anterioridad a la fecha de finalización de la concesión. XV) En relación al agravio dirigido a cuestionar la imposición de las costas a las demandadas vencidas, en el presente caso no se encuentran razones excepcionales que puedan dar lugar a apartarse del principio objetivo de la derrota, establecido en el artículo 68 del Código Procesal, por lo que corresponderá también confirmar la sentencia en este punto. XVI) Que en virtud de lo expuesto, propongo revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, reduciéndose la indemnización por el concepto ?pérdida de chance?, conforme lo dispuesto en el considerando XI) a la suma de \$ 121.429,44. Asimismo, propongo revocar la condena solidaria impuesta a la demandada C.A.S.A. en relación a los rubros indemnizatorios por el despido y los remuneratorios devengados con posterioridad a la finalización del contrato de concesión, conforme lo expuesto en XIV). Confirmar la sentencia de primera instancia en todo lo demás que fuera materia de agravios, costas en esta Alzada a las apelantes, en virtud de resultar mayormente vencidas (Art. 68 del CPCC). ASÍ VOTO. Los Dres. Ana Lía Cáceres de Mengoni y Mirta Delia Tyden de Skanata adhieren al voto anterior. Con lo que finalizó el Acuerdo, firmando los Sres. Vocales ante mí, doy fe.- Posadas, 16 de febrero de 2017.- Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, revócase parcialmente lo resuelto a fs. 797/814, reduciéndose la indemnización prevista por el concepto de ?pérdida de chance) conforme lo dispuesto en el considerando XI) a la suma de \$ 121.429,44. Revócase la condena solidaria impuesta a la demandada C.A.S.A. en relación a los rubros indemnizatorios por el despido y los remuneratorios devengados con posterioridad a la finalización del contrato de concesión, conforme lo expuesto en XIV). Costas en esta Alzada a las apelantes (Art. 68 del CPCC). Notifíquese. Publíquese en la forma dispuesta en la Acordada 15/2013 de la CSJN. Devuélvase. Fdo. Dres. Mario Osvaldo Boldú. Mirta Delia Tyden de Skanata. Ana Lía Cáceres de Mengoni. Jueces. Dra. Verónica S. Zapata Icart. Secretaria.- Correlaciones Riesgos del trabajo. Ficha temática 015249E