



NEUQUEN, 7 de marzo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**OSORIO ARIEL GASTON C/ CONSOLIDAR ART S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"**, (JNQLA4 EXP N° 472592/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Las demandadas Galeno ART S.A. y Provincia del Neuquén interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 466/485, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

a) La demandada Galeno ART S.A. se agravia por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT.

Dice que la declaración de inconstitucionalidad le causa agravio, teniendo en cuenta la fecha en que el accionante invoca haber sufrido el accidente.

Dice que el reclamo debió ser resuelto por las disposiciones de la ley 24.557.

Sigue diciendo que el actor no ha demostrado cuál es el agravio concreto que se derivaría de la aplicación de las normas cuestionadas, ni se ha demostrado la existencia de un caso que sustente la existencia de un interés que sea susceptible de protección jurídica, por medio de la declaración de inconstitucionalidad.

Afirma que se encuentra acreditado en autos que al actor se le brindaron atención médica y tratamientos, como así también una prestación dineraria de \$ 23.400,00; no surgiendo de la causa elementos objetivos que habiliten a concluir que, en el caso concreto, se produzca una vulneración



de los derechos del demandante que amerite la declaración de inconstitucionalidad.

Cita jurisprudencia.

Como segundo agravio, critica que el juez de grado no realiza ningún análisis respecto de la imposibilidad de responsabilizar a la ART en exceso de las prestaciones previstas en la ley 24.557.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se queja de la condena solidaria establecida en la sentencia de primera instancia, ya que la solidaridad es un instituto regulado por el Código Civil, que se proyecta subsidiariamente sobre el derecho del trabajo.

Explica lo que es la obligación solidaria, y señala que el carácter solidario de la obligación es excepcional, y requiere de una convención expresa, o de la letra de la ley.

Sostiene que en autos la solidaridad impuesta no surge de la voluntad de las partes, sino todo lo contrario, ya que la copia del contrato de afiliación pone de manifiesto que los contratantes han limitado las prestaciones a otorgar por la ART únicamente a las previstas en la ley 24.557.

Se agravia por la aplicación de intereses a su respecto, cuando nunca estuvo en mora. Cita la Resolución n° 104/1998 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Solicita que una vez sea dejada sin efecto la sentencia recurrida, se impongan las costas a la actora.

Hace reserva del caso federal.

b) La demandada Provincia del Neuquén también se agravia por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557.



Cita párrafos del fallo "Aquino" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y advierte que no es la misma situación.

c) La parte actora contesta el traslado de los memoriales de sus contrarias a fs. 504/506, respecto de Galeno ART S.A.; y a fs. 507/509, respecto de la Provincia del Neuquén, dejando planteado en ambos escritos el caso federal.

En similares términos defiende la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT resuelta por el juez de grado.

II.- La sentencia apelada, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, condena a las demandadas a pagar al actor la suma de \$ 1.050.368,63 en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la enfermedad profesional contraída en su desempeño como enfermero, en el sector oncología del Hospital Provincial Castro Rendón.

Las dos apelantes critican la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 apartado 1 de la ley 24.557.

El art. 39, apartado 1 de la ley 24.557, en su redacción vigente a la fecha de la primera manifestación invalidante de la enfermedad, disponía que *"las prestaciones de esta ley exime a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil"*.

En realidad, la invalidación de esta norma tiene consecuencias para la demandada Provincia del Neuquén, en cuanto empleadora del actor, ya que era ella quién se encontró amparada por la norma declarada inconstitucional, que la eximía de responsabilidad civil.



Frente a la ART demandada la inconstitucionalidad de la norma no influye, ya que el fundamento de la responsabilidad civil de la aseguradora de riesgos del trabajo se basa en otra norma legal, y nunca se encontró amparada por la eximición de responsabilidad del art. 39 de la LRT. No siendo necesario, tampoco, para condenar por la vía del derecho civil a la ART, la declaración de inconstitucionalidad de norma alguna de la ley 24.557, conforme se desarrollará más adelante.

La cláusula legal que limitó la posibilidad de que el trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional reclamara la reparación integral del derecho civil, con excepción del caso de dolo contemplado en el art. 1.072 del Código Civil de Vélez Sarsfield, fue una de las normas más criticadas de la ley 24.557 y también una de las primera que mereció la tacha de inconstitucional de parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien en el primero de los fallos en que la Corte abordó este tema ("Gorosito c/ Riva S.A.", JA 2002-I, pág. 64), se estableció para el magistrado laboral la obligación de efectuar una comparación entre la reparación económica que debía percibir el trabajador de acuerdo con el régimen sistémico, y la que le correspondía por el régimen del derecho común, y sólo si la segunda era sensiblemente mejor que la primera podía procederse a invalidar la manda del art. 39 apartado 1 de la LRT; a partir del fallo "Aquino c/ Cargo Servicios Industriales" (21/9/2004, Fallos 327: 3753), la Corte Suprema -en nueva composición- invalidó la manda del art. 39 apartado 1 de la ley 24.557, pero con fundamento en la discriminación que la misma importaba para el trabajador; y este es el fundamento principal en el que el juez de grado basa la declaración de inconstitucionalidad.



Insisto en que ya no se trata de comparar un régimen u otro, ni de exigir al trabajador que demuestre la existencia de un menoscabo concreto como consecuencia de la aplicación de la ley 24.557, sino que lo que se quiere es no excluir a una persona de lo que se da a otras en igualdad de condiciones, circunstancia que vulnera la garantía de igualdad ante la ley. No se puede vedar al trabajador, por el solo hecho de que los daños que sufre han sido ocasionados por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la posibilidad de acceder a justicia para reclamar su reparación integral invocando norma del derecho civil.

Horacio Schick destaca el giro trascendental que da la Corte con el fallo "Aquino": *"La Corte, en su actual integración, produjo un viraje jurisprudencial copernicano, otorgando fuerza normativa a todas las garantías incluidas en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, reparando las injusticias de los años '90, cuyo arquetípico exponente fue la LRT.*

"Uno de los núcleos centrales de estos fallos fue el de imponer un límite al ímpetu del legislador de aquella década, que se había permitido sancionar leyes suprimiendo garantías constitucionales bajo el escudo coyuntural de conveniencias económicas y políticas...La nueva filosofía de la Corte ha sido expuesta de forma categórica en el caso "Vizzoti", donde se señaló que "No debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones la medidas del hombre ni los contenidos y alcance de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representa la Constitución Nacional bajo pena de caer en la ilegalidad" (cfr. aut. cit., "Los fallos de la Corte, los temas en debate y la proyectada reforma", LL 0003/400939).



Los argumentos de ambos recurrentes, en orden a criticar la declaración de inconstitucionalidad resuelta en la instancia de grado, pueden ser adecuados al criterio que expusiera la Corte en el precedente "Gorosito", pero no son acordes a los dados por el a quo para fundar su decisión y que se vinculan, fundamentalmente, con la garantía de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional.

Consecuentemente, se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 39 apartado 1 de la ley 24.557.

III.- En cuanto a la ART, entiendo que más allá del rechazo de sus argumentos contrarios a la declaración de inconstitucionalidad del ya citado art. 39, en realidad, es dudoso el agravio que esta parte de la sentencia apelada le ocasiona.

En efecto, aunque no se hubiera invalidado el art. 39 de la LRT, de todos modos el trabajador estaba habilitado para demandar por la vía del derecho civil a la aseguradora de riesgos del trabajo; porque la responsabilidad civil de la ART se funda en el incumplimiento de deberes impuestos por la ley 24.557, y no en el otorgamiento o no de las prestaciones de la LRT.

Como ya lo dije en autos "Castro c/ Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A." (expte. n° 467.534/2012, fallo de fecha 28/6/2017): *"En materia de responsabilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo, éstas responden, en primer lugar, en los términos de la ley 24.557, ya que se han vinculado con la empleadora en virtud de un contrato de seguro que responde exclusivamente a las características del régimen sistémico de cobertura de riesgos del trabajo."*



"Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha habilitado la demandabilidad y condena de las aseguradoras de riesgos del trabajo por la vía del derecho común, en tanto y en cuanto se demuestre que existió un nexo causal adecuado (excluyente o no) entre los daños y la omisión o cumplimiento deficiente por parte de la ART de sus deberes legales (autos "Torrillo c/ Gulf Oil Argentina", 5/3/2008, Fallos 332:709; "Pacheco c/ La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A.", 26/3/2013, ED 254, pág. 213).

"Este criterio ha sido también sostenido por esta Sala II en diversos precedentes: "Filipponi c/ YPF S.A.", expte. n° 312.896/2004, P.S. 2011-V, n° 190; "Pineda c/ M.A.M. S.A.", expte. n° 376.403/2008, P.S. 2011-V, n° 191; "Cárcamo c/ T.M.P. Neuquén S.R.L.", expte. n° 252.193/2000, P.S. 2016-I, n° 10, entre otros".

IV.- Sentado lo anterior y abordando los restantes agravios de la ART, el juez de grado ha condenado a la aseguradora de riesgos del trabajo con fundamento en el art. 1.074 del Código Civil de Vélez Sarsfield, por entender que se ha probado que la aseguradora no denunció el hecho dañoso ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, no intimó a la empleadora para que reparara adecuadamente la campana de flujo liminar, ni pidió su sustitución; como así también que no ha acreditó haber hecho controles en el lugar de trabajo del actor, ni capacitó sobre el manejo de citostáticos y sobre el funcionamiento de la campana de flujo liminar -todos estos incumplimientos se encuentran firmes en esta instancia-.

Ello determina que se da en autos el supuesto contemplado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado precedente "Torrijo", por lo que la ART debe



responder exclusivamente en el marco del derecho civil, con prescindencia de la ley 24.557.

No es el de autos el caso en que se condena a la ART, en el marco de una acción de derecho civil, por el daño ocasionado por el vicio o riesgo de la cosa, conjuntamente con el empleador; supuesto en el que sí limita su responsabilidad a las prestaciones de la ley 24.557, sino que en el sub lite, reitero, la ART responde por el incumplimiento de sus deberes legales y el daño que esta conducta ha causado.

Por ende, no resulta procedente la pretensión de la ART apelante de limitar su responsabilidad a las prestaciones de la ley 24.557.

V.- En lo que refiere a los intereses, encontrándonos en el marco de una acción del derecho civil, ellos corren desde la fecha del hecho dañoso, siendo inaplicables las disposiciones administrativas que cita la recurrente, las que refieren al régimen sistémico.

En relación a la crítica sobre la solidaridad, no surge de la sentencia de primera instancia que la condena determinada respecto de la Provincia del Neuquén y Galeno ART S.A. sea solidaria, por lo que el agravio carece de sustento en las constancias de la causa.

VI.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo, rechazar los recursos de apelación de autos, y confirmar el resolutorio recurrido en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a las demandadas perdidosas (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ..., en el 30%



de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 466/485, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas perdidosas (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ..., en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. José I. Noacco
Dra. Micaela S. Rosales - Secretaria