**STJSL-S.J. – S.D. Nº 038/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a dicinueve días del mes de marzo de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“PAYERO AGUILERA JOSÉ OMAR c/ GALENO ART S.A. s/ ACCIDENTE ó ENFERMEDAD LABORAL -RECURSO DE CASACIÓN-”* –** IURIX EXP Nº 245225/12.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del Código Procesal Civil?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse, la interpretación que debe hacerse del caso en estudio, o la jurisprudencia contradictoria a unificarse?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) Llega la causa a este Superior Tribunal por el recurso de casación que interpone la parte actora (ESC.EXT. Nº 7030906 de fecha 07/04/2017) en contra de la Sentencia Definitiva Nº 11 de fecha 28 de marzo de 2017, dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Que en ESCEXT. Nº 7078218, de fecha 19/04/2017, el recurrente fundamenta el recurso.

Que en esta primera cuestión corresponde examinar, de modo preliminar, el cumplimiento de los recaudos formales impuestos por los artículos 286 y siguientes del C.P.C. y C. para la admisibilidad de la casación.

En orden a ello, advierto que el recurso fue interpuesto y fundado en término, en tanto que la Sentencia apelada fue notificada el 4/04/2017 y la impugnación presentada el 7/4/2017 y fundada el 19/04/2017; se dirige a cuestionar una sentencia definitiva (art. 286 C.P.C. y C.), y el recurrente, por el carácter que inviste, se encuentra exento del depósito exigido por el art. 290 del C.P.C. y C.

Conforme a ello, en mérito a lo dispuesto por el art. 301 inc. “a” del C.P.C. y C., el recurso articulado deviene formalmente admisible, por lo que VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA Y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) El recurrente fundamenta el recurso en lo dispuesto en el art. 287 inc. “a” y “b” del C.P.C. y C.

Señala que tanto la juez de primera instancia, como la Cámara de Apelaciones realiza una interpretación errónea del art. 1068 del CC y no hacen aplicación de la Ley 24.557.

Sostiene que el error en la interpretación del art. 1068 del CC recae en considerar que no existe “daño resarcible” frente a un menoscabo en la integridad física de un trabajador accidentado.

Explica que en la demanda reclama un accidente laboral mediante acumulación de acciones - reparación sistémica en base a la LRT y reparación integral con base en las normas del código civil- y que la sentencias no han tratado ninguno de los dos sistemas de reparación, rechazando la demanda mediante una interpretación restrictiva y sui generis del art. 1068 del CC, con fundamento en que el actor no posee daño resarcible, pese a estar probado en la junta médica que el Sr. Payero Aguilera presenta un 19% de incapacidad permanente de la T.O.

Señala que la juez de primera instancia llega a esta conclusión –que luego hace suya la sentencia de Cámara-, porque el actor manifestó en la junta médica, que seguía trabajando para su empleadora y por lo tanto considera que no ha sufrido un daño que deba ser indemnizado, como así tampoco, daño moral que pueda hacer prosperar la acción entablada.

Afirma que esta interpretación errónea es parte de una concepción materialista del ser humano, como objeto de producción, por lo cual si trabaja, aunque presente una incapacidad permanente, no hay un “daño” a resarcir.

Sostiene que con este criterio, la Cámara de apelación agrega un requisito extra para la procedencia de la indemnización por accidente trabajo y es que el trabajador haya sido desvinculado de su trabajo.

Cita jurisprudencia y señala que el nuevo Código Civil y Comercial en sus arts. 1737 y 1738 hace suya la postura amplia que hace años viene pregonando la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de nuestro país.

En relación a la segunda causal de casación invocada -falta de aplicación de la Ley 24.557- sostiene que la Cámara se abstuvo de tratar la aplicación de la L.R.T.

Argumenta que para la procedencia de este sistema de reparación no se necesita demostrar que existe lucro cesante, perdida de la chance, ni ningún otro tipo de daño patrimonial, simplemente se debe probar los dos requisitos que establece el art. 6 de la ley 24.557: 1) Un acontecimiento súbito y violento; 2) Que ocurra por el hecho o en ocasión del trabajo.

Indica que en el caso está demostrado que el actor sufrió un accidente de trabajo y que existe una importante diferencia porcentual entre la incapacidad otorgada en la Comisión Médica y la Junta Médica llevada a cabo en autos, y por ello el reclamo era procedente.

Concretamente, solicita se haga lugar al recurso de casación, y se deje sin efecto las sentencia de Primera Instancia y de Cámara, condenando a la A.R.T. abonar al actor una indemnización en relación al 19% de incapacidad que padece, en virtud de los arts. 1113, 1109, 1074. 1068,1069, 1071 bis, 1072, 1078, 1083 y S.S. del Cód. Civil.

2) Que en ESCEXT Nº 7157779, de fecha 04/05/2017, la contraria contesta el recurso.

En primer término, señala que los fundamentos expuestos por el actor no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia atacada sino una mera disconformidad con la solución alcanzada.

A la par, sostiene que el actor perseguía una indemnización por reparación sistémica que no le correspondía, atento a que sigue trabajando para Crafmsa, por lo que no existe daño material ni moral que indemnizar, y que las secuelas que menciona el actor no guardan relación de causalidad con el siniestro ocurrido.

3) El Sr. Procurador General contesta vista en fecha 15/12/2017 (actuación Nº 8269657) propiciando la procedencia del recurso de casación toda vez que *“se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por el art. 287 del CPCC, considerando que el Juez de primera instancia y la Excma. Cámara han aplicado erróneamente el art. 1068 del C.C. Velezano, hoy arts. 1737 y siguientes del nuevo C.C. y C. y la falta de aplicación de la ley 24.557, esencialmente porque ha quedado demostrado el siniestro sufrido por el actor de la prueba producida (informativa y testimonial) y la incapacidad por Junta médica. Que el hecho de que el trabajador, con posterioridad a la minusvalía padecida que lo incapacitara, continuara realizando tareas para la empresa, no impide que aquélla deba ser indemnizada; ello así, en el entendimiento que dicha continuidad, aun en desmedro de su salud, obedeció a su necesidad de seguir obteniendo su sustento, sin que ello implique que su incapacidad no existiera.*

*La Sentencia de Cámara tampoco se basa en el derecho vigente, no hace aplicación del art 1113 2º párrafo, (teoría del riesgo creado) tampoco por el art 1009 y el 1074 del CC, encontrándose los presupuestos demostrados en autos. Tampoco hace aplicación de la LRT cuando parte del reclamo se basa en las prestaciones dinerarias y ha quedado demostrado que existe una diferencia porcentual de incapacidad entre lo que determinó la comisión médica y lo que dictaminó la Junta médica de autos.”*

4) Considero que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la Excma. Cámara ha incurrido en una errónea interpretación legal habida cuenta que, al hacer suyo los fundamentos de la sentencia de primera instancia, en idéntico sentido, habría considerado que como el actor seguía trabajando para CRAMFSA, no obstante la incapacidad residual que el accidente le dejó, no habría daño cierto y actual como lucro cesante futuro ni obligación resarcitoria en este aspecto, por lo que no habría interés jurídico de orden material vulnerado en el sentido y con el alcance pretendido.

Que ya en el precedente “Maldonado” la Corte Suprema, con voto de la mayoría, dijo: “*Que la indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica debe reparar la disminución permanente de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Este daño específico se debe indemnizar aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Ello es así pues dicha disminución indudablemente influye sobre las posibilidades que tendría la víctima para reinsertarse en el mercado laboral en el caso de que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando (cfr. Fallos: 316:1949, considerando citado). (consid. 5º) ... Que el Tribunal también ha dicho en diversos pronunciamientos vinculados —al igual que los citados anteriormente— con infortunios laborales que dieron lugar a la aplicación del sistema indemnizatorio del código civil, que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera; y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable…(consid. 7).*”

Asimismo, en el referido fallo el Dr. Lorenzetti -en voto concurrente- señaló: “*…esta Corte también ha resuelto reiteradamente que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847 y 334:376, entre muchos otros). Ello, por cuanto en el universo de perjuicios que integran la incapacidad sobreviviente, la faz laboral es una de las parcelas a indemnizar, la que no conforma el todo, ni la única a resarcir, sino que constituye un componente más de aquella”* (doctrina de fallos: 320:451). (CSJN, Ontiveros, Stella Maris vs. Prevención A.R.T. S.A. y otros s. Accidente - Recurso de inconstitucionalidad y casación; 10/08/2017; Rubinzal Online; 85/2014; RC J 5700/17).-

Así, en el leading case "Ontiveros" (Fallos 340:1038) se reconoció el derecho a una indemnización pese a que se continúe desarrollando una tarea productiva, por ello, si del dictamen de la Junta Médica Judicial -ponderado en la sentencia- surge que el actor padecía de una incapacidad parcial y permanente del orden del 19%, aun cuando continúe prestando tareas, hay daño indemnizable, por lo que deberá ponderarse la concurrencia de los demás presupuestos previstos en el ordenamiento Civil para imponer responsabilidad y dictarse sentencia conforme a las pautas establecidas.

Tal como tiene resuelto el Tribunal -en su anterior integración-, las A.R.T. deben responder civilmente si han omitido cumplir las obligaciones de prevención que le imponen los arts. 4 y 31 de la ley 24.557 y normas reglamentarias. Para ello no sólo debe constatarse o probarse la omisión, sino también y especialmente el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre los daños reclamados y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la ART de sus deberes legales. (confr. STJSL-S.J.N° 72/09.- “SUELDO, JOSÉ OMAR c/ ABRAFIC S.A. - D. Y P. -RECURSO DE CASACIÓN”; Expte. N° 20-S-08, del 6/08/2009).

El examen de tales circunstancias y su comprobación en la causa, por ser ajenas a la acotada materia que es propia del recurso de casación, corresponderán al Tribunal de grado.

Es que si bien en la instancia casatoria debe resolverse sobre el fondo de la cuestión, sin recurrir al reenvío, el presente caso, admite un tratamiento distinto.

Así, “*determinar si la aseguradora de riesgos del trabajo ha cumplido o no con las obligaciones que el sistema de la ley 24.557 pone a su cargo en materia de seguridad, prevención y control de los riesgos del trabajo, como así también el nexo causal entre su eventual inobservancia y el infortunio laboral, es una cuestión privativa de los jueces de grado…*”, (SCBA, causa L. 117.356, S 23/05/2017, "Garriga, Enzo E. c. Oeste Pat SRL y otros. Despido y accidente de trabajo").

Sentado lo expuesto, y continuando con el análisis del recurso, se impone señalar que la segunda causal de casación invocada -falta de aplicación de la Ley 24.557-, también se encuentra presente, por lo que entiendo que la impugnación debe prosperar en este punto.

En efecto, del texto de demanda surge que además del resarcimiento integral el actor trazó su pretensión conforme a las disposiciones de la Ley 24.557, por lo que el Tribunal no debió prescindir de la aplicación subsidiaria del régimen legal tarifado.

Nuevamente cabe traer aquí doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y señalar que en el caso “Milano Horacio Rafael c. Liberty ART S.A. s/ Accidente. Acción Civil” (sent. del 20/08/2015) sostuvo que los jueces tienen no solo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos con ajuste al derecho aplicable, valorando autónomamente la realidad fáctica y, encuadrándola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (Fallos: 324:2946, entre otros); pues la facultad que deriva del ejercicio de la regla *iura novit curia* no comporta agravio constitucional (doctrina de Fallos 323:2456; 324:2946; 326:3050). Ello es así en tanto no alteren las bases fácticas del litigio (Fallos 256:147; 261:191, 300:1015, 313:915) o la causa *petendi* (Fallos 327:5837), todo lo cual no ocurre al enmarcar el caso en la Ley 24.557, que fue soporte de la pretensión de la actora, no obstante su planteo de inconstitucionalidad y la invocación de la normativa civil en procura de una reparación mayor (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).

Que en idéntico sentido: **“***si el trabajador en el escrito inicial planteó en forma subsidiaria al reclamo fundado en la Ley Civil, que se la condene por su responsabilidad de acuerdo al sistema tarifado conforme lo prescripto por la LRT para el supuesto de incapacidad permanente definitiva, la sentencia que rechazó la demanda debe ser dejada sin efecto, puesto que el juzgador soslayó por completo el análisis de esa cuestión, omisión que aparece expresamente admitida en el auto de concesión de la apelación extraordinaria.*” (Corte Suprema de Justicia de la Nación. Eiris, Juan Carlos c. Transporte Larrazábal CISA y otro s/ despido, 23/11/2017. LA LEY 18/12/2017, 11. Sup. Const. 2018 (marzo), 12 AR/JUR/80699/2017).

**“***Es procedente el recurso de casación deducido contra la sentencia que rechazó el reclamo de reparación integral por la muerte de un trabajador ocurrida en un accidente in itinere sin examinar la procedencia o improcedencia de la aplicación subsidiaria del régimen tarifado de la ley 24.557 (Adla, LV-E, 5865)***”** (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala II • 28/12/2007 • Morales, María Cristina c. Santucci y otros • LLGran Cuyo 2008 (abril), 249 •AR/JUR/9742/2007)

El Código de rito (art. 287) autoriza la casación cuando se hubiere interpretado erróneamente o hubiere dejado de aplicarse una norma legal y siendo tales los motivos casatorios invocados, debe admitirse el recurso.

Conforme a ello, configurándose las causales previstas en los arts. 287 incs. a) y b) del C.P.C. y C., corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, debiendo bajar las actuaciones para que la Cámara resuelva la cuestión con arreglo a las consideraciones expuestas. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA Y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Por lo expuesto, se resuelve: 1) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora en contra de la Sentencia Definitiva Nº 11 de fecha 28 de marzo de 2017, dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial. 2) Bajen las actuaciones, para que mediante la conformación de un Tribunal hábil, se dicte nuevo pronunciamiento, de acuerdo a las consideraciones efectuadas. A sus efectos, ofíciese. ASÍ LO VOTO

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Las costas se imponen a la parte vencida (art. 68 CPC y C.). ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, diecinueve de marzo de dos mil diecinueve.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora en contra de la Sentencia Definitiva Nº 11 de fecha 28 de marzo de 2017, dictada por la Excma. Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial.

II) Bajen las actuaciones, para que mediante la conformación de un Tribunal hábil, se dicte nuevo pronunciamiento, de acuerdo a las consideraciones efectuadas. A sus efectos, ofíciese.

III) Costas a la parte vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*