

NEUQUEN, 19 de mayo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SUCESORES DE L L R C/ EXPERTA ART S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", (JNQLA1 EXP N° 513569/2018), 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.- Contra la sentencia dictada el día 1 de febrero de 2021 (fs. 809/814) que hace lugar a la acción iniciada por L R. L y continuada por sus sucesores –sres. Leandro Andrés, Sandra Mariela, Walter Gustavo, todos de apellido L y Juliana E. Valenzuela-, condenando a Experta ART S.A. a abonarles la suma de \$ 7.175.816,34 con más los intereses determinados, la aseguradora interpone recurso de apelación expresando agravios a fs. 817/828 cuyo traslado ordenado a fs. 831, es contestado por la parte actora a fs. 832/848 vta.

II.a).- La demandada desarrolla su memorial en cinco agravios, quejándose en primer lugar por la relación causal establecida entre las tareas laborales del actor y su patología pese a la falta de pruebas, alegando que el actor sostuvo al demandar que dejó de estar en contacto con el asbesto a partir del año 1993 y que de manera conveniente los testigos manifestaron que el contacto esporádico con el asbesto permaneció durante los años 2004 o 2005. Cuestiona que si la actividad que desarrolló el sr. L tuviera riesgo de exposición al asbesto en la cantidad necesaria para provocarlo los testigos Méndez, Galán y Vera –subordinados de L que tuvieron mayor contacto con los elementos y herramientas en cuestión- hubieran padecido esta enfermedad y ello no fue así.

Asimismo señala que fue probado que la empleadora jamás indicó a la ART la existencia de estos elementos en los mapas de riesgo que elaboró y que ante esta circunstancia no hay manera de que la ART hubiese podido evitar el daño. Como segundo agravio critica que el magistrado haya considerado como patología de origen laboral el derrame pulmonar –pulmón izquierdo-, por exposición del actor al asbesto 22 años después de ser trasladado del aérea y de prestar otras tareas y que además, a la fecha de tal exposición no estaba sancionada la ley 24.557.

Alega que no existen elementos que demuestren que los exámenes médicos realizados al actor fueron eficaces para la detección de la presencia de la patología cancerosa en una etapa temprana, ya que el actor no satisfizo los presupuestos mínimos que tornen viable la acción por enfermedad profesional y que por ello, corresponde revocar la sentencia y rechazar la demanda en todas sus partes.

Como tercer agravio, apunta al cálculo de IBM fijado en \$ 97.626,61 alegando que no se corresponde ese monto con la sumatoria de los haberes del actor, según el informe de Afip, transcribiendo los importes correspondientes a cada mes.

En cuarto lugar se agravia de la regulación de honorarios al perito médico, expresando que ha sido porcentual al monto que ha concedido de incapacidad y que ello es lo que debe evitarse, ya que su tareas no es mejor ni más extensa para una incapacidad del 5% o del 65% o del rechazo de la incapacidad reclamada. Sostiene que la tarea pericial –revisión médica, presentación del informe y su respuesta-, no es diferente a la que puede presentarse en cualquiera de los resultados posibles de un informe pericial y que la ley 27.348 –a la que adhirió la provincia de Neuquén a través de la ley 3141-, en su art. 2 establece la retribución de los peritos en una suma fija y no proporcional. Invoca la inconstitucionalidad por omisión en designar cuerpo médico forense para el fuero laboral de esta circunscripción, expresando que es la única de las cinco circunscripciones judiciales que tiene fuero laboral especializado, dado la adhesión a la ley n° 27.348 conforme ley provincial n° 3141.

Señala que la designación de peritos aparece como consecuencia una excesiva

demora en los tiempos del proceso, impactando de manera negativa para ambas partes.

En quinto lugar se queja de la inaplicabilidad del límite en cuanto a la imposición de costas dispuesto por el art. 730 del CCN y del tope del 25% previsto por el art. 277 de la LCT, reformado por ley 24.432, invocando como argumento para su aplicación el criterio plasmado en las causas “Abdurraman” (fallos: 332:921) y “Latino” (Civ 45865/2009/CS1 del 11.07.19), alegando que la renuncia de los tribunales provinciales a acatar la letra del supremo intérprete constitucional resulta una grave desatención de una cuestión federal, violentando la garantía del plazo razonable, conforme lo establecido por la misma Corte en “Espíndola” (CSJ 1381/2018/RH1, del 09.04.19).

Esgrime que la constitucionalidad del tope del 25% del monto de condena en concepto de costas declarado en la citada causa “Brambilla” fue ratificado por la CSJN en el caso “Latino” y actualmente convalidado constitucionalmente a través del art. 730 del CCyCN.

Alega que si bien esta Cámara desde el caso “Chandía” ha decidido apartarse del criterio de la Corte en los precedentes ya mencionados y del TSJ en la causa “Reyes Barrientos”, tal criterio no solo se opone con el de la CSJN o del TSJ sino también con la de la Cámara del interior y adolece de graves vicios argumentales, ya que en el caso “Cares” (expte. n° 55.824/2011, del 04.09.18), destacó que la normativa en cuestión solo implicaba la limitación en la responsabilidad por las costas y no una cuestión para decidir sobre su imposición y que por tal circunstancia, el momento procesal oportuno para efectuar el prorrateo es el del pago de los emolumentos, es decir, la etapa de ejecución de sentencia.

La segunda conjetura apunta a que la ley de fondo –art. 277 LCT- y la ley provincial –ley 2933-, permiten que el letrado de la parte accionante ganadora cobre de su cliente “sin perjuicio de lo obtenido de la parte vencida”. Califica de errónea la interpretación de existencia de una situación de discriminación irrazonable entre las categorías de accionante laborales y civil, en cuanto la limitación normativa se impone en el ámbito laboral –y no en el civil- importando menor protección al primero que al segundo, vulnerándose el principio de “preferente tutela constitucional del trabajador” -art. 14 bis CN-, citando los arts. 28 y 75 inc. 23 de CN., rebatiendo que la norma nacional protege al trabajador de la misma manera que al ciudadano común y porque esa reglamentación es idéntica en ambos contextos fundales, puesto que con la posibilidad del pacto de cuota litis, los letrados no pueden reclamar de sus clientes vencedores aún si fuera otro tipo de trabajadores –los letrados de parte accionante aunque autónomos también son trabajadores-, en una parte de lo que obtuvieron como reparación.

Califica de contradicción que esta Alzada sostenga que ante la licitud del pacto de cuota litis, el supuesto principio de integralidad se vuelve relativo proclamado por la Cámara se vuelve inmotivado, además de meramente hipotético y la mera hipótesis de un conflicto de intereses no puede sostener la declaración de inconstitucionalidad.

II.b).-Al contestar el memorial la parte actora refuta la queja referida a la falta de prueba de la relación causal, calificando de confusos los argumentos a tal fin invocados porque el apelante señaló que se sostuvo en el escrito de demanda que el actor dejó de estar en contacto con el asbesto a partir del año 1993 cuando en realidad es a partir de esa fecha, y quedó acreditado en autos con las pruebas producidas, que el actor y sus compañeros del sector comenzaron con el retiro progresivo de dicho material que originó la enfermedad del actor y su posterior deceso.

Manifiesta que esta queja no reúne los mínimos requisitos previstos en el art. 265 del CPCyC porque omite atacar los fundamentos procesales manifestando solo una disconformidad improcedente y asumiendo una postura evasiva y por ello solicita su deserción.

Expresa que quedó acreditado en autos que el actor trabajó por espacio de 42

años para su empleador Transportadora de Gas del Sur S.A. (T.G.S. S.A.) y que se desempeñó desde su ingreso en el año 1974 como oficial especializado pasando luego a jefe de mantenimiento, jefe de diferentes instalaciones y en el último tramo de su relación laboral, en la categoría de facilitador operativo zonal. Invoca que fue probado que el actor desarrolló tareas expuesto a riesgos constantes y permanentes durante su permanencia en la empresa y que desarrollando sus funciones participó en el retiro de coberturas y diferentes figuras de materiales con contenido de asbesto/amianto ya que la empleadora decidió una política de retiro progresivo de amianto a lo largo de varios años, por lo que se reemplazaron aislantes térmicos de caños de escape, líneas de conducción de gas y revestimiento de aislaciones de los hornos y que el material de amianto que se retiraba era colocado en bolsas de polietileno, dándosele disposición final por medio del entierro –soterramiento-, tal como se desprende de las declaraciones testimoniales de los testigos: Méndez, -fs. 316, DVD-, Vera –fs. 318, DVD-, Galán –fs. 319, DVD-, Lanzoni –fs. 317, DVD. Aduce que quedó acreditado con las pruebas producidas en el expediente – declaraciones testimoniales, pericia médica y documentación médica agregada- que el sr. L estuvo expuesto a amianto/asbesto al desarrollar sus tareas sin la protección adecuada y que como consecuencia de ello sufrió una patología neoplásica: cáncer ocupacional del aparato respiratorio, mesotelioma pleural, que se encuadra como enfermedad profesional listada cuyo agente correspondiente es: 40031 (amianto /asbesto), ya que la afección cumple con los requisitos que estipula la legislación vigente –ley 24.557, decreto nº 659/96, laudo 405/96 y decreto 1278/00.

Con relación al segundo agravio rebate que el juez de grado analizó pormenorizadamente la prueba rendida en la causa, en especial los dichos de los testigos, las pruebas documentales: certificados médicos e historias clínicas, pericia médica, etc., para tener por acreditado el nexo causal de la tarea desempeñada por el actor y la enfermedad profesional adquirida durante su desarrollo y que frente a todas esas pruebas, el apelante realiza manifestaciones genéricas en torno a que no se valoró correctamente el material probatorio pero sin precisar cuál ha sido el error en la valoración de la prueba, ni indicar qué es lo que surge de la restante prueba obrante en autos que pueda modificar la conclusión a la que arriba el a quo.

Solicita se decrete la deserción de esta queja por apercibimiento contenido en el art. 266 del CPCyC y subsidiariamente invoca que de las pruebas producidas en el mes de octubre de 2016, durante la realización de estudios de controles médicos periódicos, se le detectó al actor un derrame pulmonar izquierdo y se le realizó un drenaje cuya anatomía patológica informó: mesotelioma plural maligno lo que dio lugar a un tratamiento con quimioterapia paliativo y que ante estas circunstancias efectúa una denuncia por ante la demandada Experta ART S.A. de la enfermedad profesional adquirida, la cual es rechazada por ésta negándose a brindarle las prestaciones médicas, tal como se desprende de la carta documento que se encuentra agregada a fs. 121 vta.

También señala la denuncia por enfermedad profesional efectuada por su empleador, de fecha 29/11/2016, ingresada a Experta bajo el nº de gestión 323.778, documental obrante a fs. 326.

Manifiesta que quedó acreditado que la enfermedad profesional adquirida por el actor dio origen a la intervención de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo Comisión Médica nº 009 delegación Neuquén, ante la negativa de la demandada a brindarle prestaciones al actor.

Indica que a fs. 136/137 luce el dictamen Médico emitido por la comisión Médica 009 en expte administrativo nº 55933/17, de fecha 03/05/2017 donde se califica a la contingencia como “enfermedad profesional” y se consigna como fecha de la primera manifestación invalidante el 17/10/2016 y asimismo que no se encuentra preexistencia en cuando a los síntomas que manifestó, señalándose “derrame pleural mesotelioma maligno”, en contingencia definida al momento de dictaminar: enfermedad profesional en examen, transcribiendo detalladamente el

contenido del citado informe médico, añadiendo el de la Comisión Médica Central –obstante a fs. 147/148- que interviene a raíz de la apelación interpuesta por la demandada contra el dictamen de la Comisión Médica n° 009.

Invoca el contenido del informe pericial y su claridad y contundencia, alegando que el juez de grado lo analizó criteriosamente aceptando sus conclusiones, siendo coincidente en su contenido con los dictámenes emitidos por el organismo administrativo superintendencia de Riesgos del Trabajo, Comisión Médica n° 009 y de la comisión Médica Central, por lo que no existen razones que justifiquen el apartamiento de las conclusiones que en ellos se arriba como sin razón lo pretende la demandada.

Sostiene que la apelante no aportó al expediente documentación que demostrara la preexistencia de la afección del actor, ni que fuera controvertida la exposición del trabajador al agente de riesgo (amianto/asbesto) lo que quedó acreditado con las pruebas analizadas, siendo que la patología detectada y acreditada en autos se encuentra contemplada en el listado de enfermedades profesionales del decreto n° 658/96, reglamentario de la ley de riesgos del trabajo n° 24.557.

Expresa que en autos quedó acreditado que el Sr. L se desempeñó en planta compresora de Gas Plaza Huincul en la que se produjo el retiro de asbesto entre los años 2000 /2006 y en ese periodo es que contrae la enfermedad, la que permanece oculta y latente por espacio de 16 años hasta el mes de octubre del año 2016 en que se le diagnostica mesotelioma pleural maligno con alteraciones pulmonares, que lo obligan a realizar tratamiento de quimioterapia paliativa con agravamiento progresivo y descomposición multiorgánica hasta su fallecimiento.

Resalta que el juez de grado consideró acreditado que el Sr. L estuvo expuesto al amianto al desarrollar sus tareas sin la protección adecuada y como consecuencia de ello enfermó de cáncer del aparato respiratorio lo que le provocó la muerte y que las críticas del apelante no alcanzan a conmover los sólidos fundamentos expuestos en la sentencia dictada, por lo que debe ser rechazado este agravio.

En respuesta a la tercera queja, califica de improcedente el IBM liquidado porque deriva de datos –listado de “haber computables”- que informó recién en su memorial –ni siquiera al alegar-, y por ello no fueron expuestos ante el juez de grado quedando alcanzados por el artículo 277 del CPCyC que impide fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.

Manifiesta que la pretensión de la demandada para que recurra a otra base salarial resulta inoportuna e improcedente ya que implicaría abrir el debate respecto los rubros e incurrir en la violación del principio de congruencia y la defensa en juicio (arts. 34 inc. 4, 277 CPCyC, arts. 14 bis, 17 y 18 CN y arts. 24, 58 y 63 Constitución Provincial).

Alega que el cálculo efectuado por el a quo se ajusta a las pruebas producidas en autos y que así lo expresa en el apartado IV) de la sentencia, señalando que finalmente dado que el IBM denunciado por la parte actora -\$80.000-, fue desconocido por la accionada y que en virtud de los recibos de haberes – conforme prueba que ofreciera su parte y reservados a fs. 326-, correspondientes al año anterior a la primera manifestación invalidante, conforme el cálculo dispuesto en el art. 12 LRT es que tiene por acreditado que el Sr. L percibía un IBM de \$ 97.626,61.

Respecto a la cuarta queja responde que la demandada introduce planteos inoficiosos que solo tienden a dilatar el proceso y pretende la aplicación de un artículo de la ley 27.348 más precisamente el artículo 2 de la ley 3.141 que no es aplicable en el ámbito jurisdiccional de la provincia de Neuquén.

Expresa que con la sanción de la ley n° 3.141 la provincia de Neuquén solo adhirió a las disposiciones del título primero de la ley nacional 27.348, estableciendo en su art. 2 los alcances de tal adhesión señalando que la misma y la delegación de jurisdicción se realiza solo en cuanto a la atribución de

competencia administrativa, haciendo reserva de jurisdicción y legislación respecto de materias que constitucionalmente le corresponden a la provincia. Sostiene que la regulación de honorarios de los peritos designados de oficio -conforme lo normado por el art. 459 bis y art. 35 de la ley 921-, involucra una cuestión de orden procesal y de reglamentación del desempeño de la profesión por los expertos intervinientes en las distintas especialidades y sobre ambos aspectos el TSJ reconoce como materias reservadas a las jurisdicciones provinciales por tratarse de poderes no delegados a la Nación en el esquema del régimen republicano y federal.

Dice que en definitiva la remisión y la adhesión de la ley provincial nº 3.141 a la ley nacional 27.348 no ha sido más que en el contexto de atribución de competencias administrativas, haciendo reserva de jurisdicción en cuestiones de índole procesal.

Asimismo manifiesta que siendo las costas el resultado de un proceso pues los gastos que lo integran se producen como consecuencias del mismo, es facultad de las provincias legislar en esa materia procesal en apoyo de los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional y que tal criterio fue ratificado por el TSJ en la causa "Yáñez" (acuerdo 1 del 5/02/2021) y que en igual sentido se ha expedido la Sala 3 en la causa "Gil Henríquez" (expte. nº 512.223/2018). Con relación al agravio referido a la falta de aplicación respecto al pago de las costas del tope del 25% previsto en el art. 277 LCT -reformado por ley 24.432- y de conformidad a lo dispuesto por los arts. 730 del CCyC, invoca que numerosos pronunciamientos de esta Cámara han señalado las razones por las cuales no resulta de aplicación el tope arancelario previsto en las citadas normativas, refiriendo lo decidido en las casas "Peroni" (expte. nº 472.312/2012, Sala I), Tardugno" (expte. nº 502.790/2014, del 12/12/2017, Sala II), "Gómez" (expte. nº 509.990/2017, Sala II), "Lahora" expte. nº 514.759/2019, Sala II, del 16/09/2020), y la ya citada causa "Yáñez" de fecha reciente del TSJ.

III. a).- Preliminarmente he de señalar que la deserción del recurso solicitada por el actor no prosperará en atención a que el memorial reúne los recaudos exigidos por el art. 265 del CPCyC, en tanto se especifica los aspectos de la sentencia de grado que cuestiona y el por qué.

III. b).- Con relación al agravio por la relación causal que le atribuye el a quo al contacto del actor con el asbesto a través de su actividad laboral, asiste razón a la parte actora al calificar de error del apelante su apreciación de los hechos vertida en su queja, ya que del escrito de demanda no surge que el actor dejó de estar en contacto con el asbesto a partir de 1993, sino que a partir de ese año comenzaron las tareas de retiro progresivo de amianto/asbesto en atención a la política que decidiera su empleadora (conforme fs. 29 vta., segundo párrafo).

Además la realización de dicha tarea -retiro progresivo de amianto-, quedó acreditada con las declaraciones de los testigos Méndez (fs. 316 y vta.), Lanzoni (fs.317), Vera (fs. 318) y Galán (fs. 319). Así el primero de los nombrados declaró que el sr. L participó de las tareas de retiro de amianto/asbesto porque "él era el que coordinaba las tareas habituales dentro de la planta", explicando cómo se efectuaron dichas tareas y dónde se encontraba alojado el material amianto: "generalmente eran en juntas de averías de las máquinas, en las mismas máquinas que para altas temperaturas se utilizaban.... Era una cosa rectangular o cuadrada que se llamaban juntas... se sacaban las juntas con la mano o con guantes a veces y se ponían en bolsas. Pero eso en almacén tenían las mismas juntas y estaban en la intemperie, no sabíamos que era ...". "no sé en qué periodos pero se retiró hace muy poco el amianto. El amianto estaba enterrado en una fosa con una bolsa de no sé cuantos micrones era en su momento, no recuerdo, hace mucho tiempo. Fue tapado y está identificado que era amianto y se retiró hace poquito por una empresa que era no se si de Mendoza o de Córdoba, son empresas que se dedican solamente a sacar esos productos." "...en su momento no sabíamos qué era el amianto. Hacíamos

trabajos, las juntas de los motores eran de amianto, las mantas de los apaga llamas era de amianto. Eso estaba a la intemperie y a veces las tocábamos sin guantes porque no sabíamos qué ocasionaban...”... después del decreto tal cuando empezaron a sacar todo lo que era amianto y fue embolsado para hacerle un tratamiento ahí supimos qué era, pero estamos hablando después de 20 años”. Interrogado acerca del destino final que se le daba al asbesto/amianto dijo: “el destino final, en su momento fue enterrado tantos micrones y hace dos meses atrás fue retirado para hacerle el tratamiento en un empresa que se dedica solamente a eso, no sé adonde, ... no me recuerdo si era de Mendoza o Córdoba pero en la Argentina se que hay una empresa que se dedica a retirar el amianto”.

Asimismo aclaró que para el retiro del amianto no recibieron instrucciones ni se les indicó la peligrosidad: “nosotros recibíamos la orden que había que sacar todo lo que era juntas de amianto, se metían en una bolsa y eso se enterraba, hasta que se juntó todo el amianto”... supimos después que el amianto ocasionaba el cáncer, que podía ocasionar un cáncer, pero no lo sabíamos. Dentro de las máquinas tenemos 11 motores, a los costados estaban las mantas apaga llamas que eran todas de amianto a la intemperie, pasaba uno y como que la podíamos tocar cuando teníamos que hacer un trabajo en caliente y después se sacaron todas, pero no sabíamos...”.

Al respecto, el testigo Vera al referirse al amianto/asbesto, explicó: “hacíamos limpieza todo eso, pero después...entré en el 98 y después en el 2000 más o menos, 2000 y algo, ya se empezaron a sacar las cosas porque decían que tenía... que podía producir cáncer.” Interrogado acerca de “a qué cosas” se refiere, indicó: “ el amianto...” Preguntado si sabía para qué se utilizaba el material –amianto-, dijo: “se hacían juntas...vamos a suponer unas cañerías transportadoras del gas que vienen siendo se ponían juntas entre bridas...entre bridas y bridas se ponían las juntas”...interrogado sobre cuál era el destino final de ese amianto, contestó: “era una parte de lo que nosotros llamábamos chatarra, una parte de cosas parte contaminante. Eso se almacenaba ahí...se llevaba a la parte chatarra.. Ellos cuando yo entré... como explicar... Nos hicieron hacer un pozo de un metro, un metro y algo para poner el amianto ese. Yo lo que presencié ahí fue de pintar los postes del perímetro que había un cartel que decía “amianto a tantos metros” dos metros con 8 o...algo así...dos ochenta, algo así...”. Interrogado acerca de la participación del Sr. L en esas tareas, indicó: “y lo teníamos ahí porque él nos supervisaba el trabajo.” Por su parte, el testigo Galán, sostuvo que el sr. L era su jefe, que les daba las órdenes y supervisaba los trabajos y que participó en el retiro de amianto de las juntas, señalando que el actor:”en el momento que yo empecé, al poquito tiempo, me mandó a sacar los restos de juntas y todo eso y algunos restitos que se encontraban de lo que había quedado supuestamente de trabajos anteriores que yo lo juntara y él me dice: “sí, estas juntas tenes que sacarlas Daniel”... en ese tiempo nosotros lo único que usábamos era guante y casco y cuando estaba medio pegado usaba un destornillador para sacarla, y no eran en gran cantidad, sino eran restos que estaban eliminándose” y que eran colocados en una bolsa en un tambor que había. También indicó que: “...eso se enterró cerca del perímetro de la planta...Había unas cámaras grandes...”, precisando que estaban situadas en la planta de Plaza Huincul, explicó: “Dentro del perímetro había un sector adonde había unas válvulas viejas se sacaron esas válvulas, se llama cámaras a la inspección adonde estaban esas válvulas que se sacaron y se enterró a unos 2,50/3 mts. para abajo, se puso el amianto se tapó con tierra y escombros y sí, había un cartel que decía que allí había amianto...”Decía a 2,80 mts. amianto enterrado, nada más, no había una cartelera que diga... no, nada mas”, refiriéndose a la falta de indicación sobre su peligrosidad.

En función de lo señalado encuentro que la alegada la falta de información –de TGS S.A- a la aseguradora sobre la existencia de asbesto/amianto en la planta de gas no está probada puesto que Experta ART no acreditó haber realizado oportunamente inspecciones y/o solicitado algún informe para evaluar la

peligrosidad de la actividad que desarrollaba su asegurada, ni tampoco la de los materiales que empleaba a fin de evaluar correctamente los riesgos asumidos; mucho menos brindado los elementos de seguridad para que los dependientes de aquella pudieran manipular el retiro de amianto, resultando insuficiente para eludir su responsabilidad el mapa de riesgo –agregado a fs.127 vta/128-, atento a la fecha que le atribuye la apelante –año 2016, conf. CD fs.3-, puesto que quedó acreditado la presencia temporal de amianto/asbesto en la planta de gas de TGS S.A. de Plaza Huincul –ubicación al aire libre, soterrado en bolsas o antes de su traslado del predio- entre los años 1990 a 2016, conforme las declaraciones testimoniales señaladas en las que no encuentro elementos de juicio que me lleven a dudar de la veracidad de los dichos de los declarantes.

III. c).- Tampoco prosperará la queja sobre la calificación como de origen laboral respecto a la patología del Sr. L ya que la invocación de que el derrame pulmonar en el pulmón izquierdo fue detectado en el año 2016, cuando su exposición al asbesto/amianto se produjo dos décadas antes de la sanción de la ley 24.557, no pasa el umbral de la disconformidad porque más allá de que la ley citada fue promulgada en octubre de 1995, y para esa época ya habían comenzado con las tareas de retiro progresivo del asbesto/amianto, las circunstancias que alega el apelante en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de las labores desarrolladas por el actor, no encuentra respaldo probatorio en ningún elemento de juicio obrante en esta causa.

Muy por el contrario, del legajo individual de salud, surge que en los informes del control periódico al que concurría el Sr. L por orden de la empleadora – como todo operario de TGS S.A.- durante los años 1996 a 2016, en algunos figura como tarea a desempeñar: “responsable pta”, en otros “facilitador operativo”, figurando todos como lugar laboral la planta de la empresa Transportadora Gas del Sur ubicada en la localidad de Plaza Huincul. Refuerza lo dicho, que en la denuncia de enfermedad ante la demandada -de fecha 29/11/2016- fue consignado que si bien al momento de la detección de la enfermedad el puesto de trabajo era de “asistente de jefatura”, el Sr. L se desempeñó como “facilitador” – operativo- durante 24 años (de 1992 a marzo de 2016), que además coincide con las declaraciones brindadas por los testigos ya citados y con la descripción que efectuaron en cuanto a las tareas relacionadas con la manipulación de amianto/asbesto en las que el Sr. L intervenía como supervisor de su ejecución.

Otro tanto puede decirse respecto de la afirmación de la apelante en cuanto a la inexistencia de elementos que demuestren la eficacia de los exámenes médicos realizados al actor para la detección de la presencia de la patología cancerosa, en tanto del informe de la Comisión Médica n°009 –ratificado por la Comisión Médica Central-, fue acreditado que el diagnóstico de mesotelioma en el actor guarda relación etiológica con el asbesto/amianto y más allá de la rareza de la existencia de tal patología –debido a la ausencia de exposición al asbesto de la población en general -, está acreditado que ese agente se encontraba presente en las tareas que desempeñaba el actor.

En el Manual de Procedimientos para el Diagnóstico de las Enfermedades Profesionales (Laudo MTySS Nro. 405 / 1996), se señala que con relación al tumor maligno de los bronquios y del pulmón (C 34) las exposiciones de naturaleza ocupacional fue realizada con trabajadores expuestos al arsénico y sus compuestos entre los que se halla el asbesto y respecto a éste que: “... además de la asociación causal con los mesoteliomas, desde 1955 es conocida la relación causal con el cáncer del pulmón, asociado o no a la asbestosis...”...los estudios mostraron que tanto la exposición ocupacional al asbesto, como la exposición ambiental (domicilios cercanos a plantas industriales y/o exposición de las mujeres de los trabajadores -o al revés- a través de la ropa sucia con fibras de asbesto de las plantas) están claramente asociadas con la etiología de los mesoteliomas”.

“Es muy alta (más que un 90%) la probabilidad de que adultos que desarrollan

mesotelioma maligno -de pleura o de peritoneo- hayan trabajado en plantas que utilizan asbesto, y/o hayan residido cerca de una planta que lo procese”.

“Todos los tipos de fibras de asbesto son carcinogénicos en términos de producción de mesoteliomas, y son considerados como carcinogénicos completos, ya que actúan como iniciadores y como promotores del proceso. De entre ellos, los anfíboles (crocidolita y amosita, principalmente) son los más temidos por la producción de mesoteliomas”.

“El desarrollo de estos tumores no parece ser dosis-dependiente, lo que significa que, en principio, cualquier número de fibras puede iniciar y promover el tumor (lo que explicaría su incidencia en mujeres de trabajadores, en sus hijos, o en personas que residen o frecuentan edificios revestidos con asbesto, utilizado para fines de aislamiento térmico)”.

“El período de latencia entre la primera exposición y la manifestación del mesotelioma maligno es muy largo. La experiencia internacional muestra latencias entre 35 y 45 años, aunque algunos trabajos muestren períodos relativamente tan cortos como 20 años”.

“El LEP reconoce como enfermedades profesionales los mesoteliomas de pleura, de pericardio o de peritoneo, en trabajadores con historia de exposición ocupacional al asbesto (amianto), en las actividades ejemplificadas” (ob. citada, Título “3- Diagnóstico de las Enfermedades Profesionales”, capítulo “3.1 “Concepto/Definición; ocurrencia y Exposición Profesional; Criterios Diagnósticos y Bibliografía Complementaria del Listado de Enfermedades Profesionales de la Ley Nº 24.557 (LEP), 3.1.2 – TUMORES O NEOPLASIAS (DE NATURALEZA PROFESIONAL) MESOTELIOMAS -C 45-, TUMOR MALIGNO DE LOS BRONQUIOS Y DEL PULMON -C 34-).

Trasladando estos conceptos al caso de autos y evaluada la pericia médica – obrante a fs. 725/731-, coincido con el a quo en cuanto a su valoración por cuanto el experto ha respondido fundadamente no sólo a cada punto que fue propuesto por las partes, sino al pedido de explicaciones e impugnación – conf. fs. 735/736, fs. 741 y fs. 743 y vta.-, y ha señalado la existencia del nexo casual entre las tareas que realizó el actor –de supervisión en la ejecución del retiro progresivo de amianto en la planta de TGS S.A. Plaza Huinca, atento su cargo de Jefe de planta- la exposición al mencionado material y la enfermedad diagnosticada –mesotilenoma pleural maligno-. Así y en base al contenido técnico y científico brindado por el experto, considero que el dictamen pericial médico cumple acabadamente los recaudos exigidos por el art. 476 del CPCyC.

Por ello coincido con el juez de grado que resulta acreditado en esta causa que la exposición del sr. L al amianto/asbesto al desarrollar sus tareas –y sin la protección adecuada- guarda relación causal de la patología detectada – mesotilenoma pleural- y que por ello la aseguradora debe responder.

III. d).- Con relación al tercer agravio que apunta al cálculo del IBM fijado -\$ 97.626,61-, en primer lugar señalo que llega firme a esta instancia la aplicación de la ley 23.776 conforme la fecha en que se produjo la primera manifestación invalidante de la enfermedad -17/10/2016-.

En segundo lugar que respecto al cálculo del IBM en base a las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones al sistema de seguridad social, ya me he expedido por la negativa desarrollando mi postura en la causa “Soto”, (expte. n° 508.199/2016, Sala II del 07/03/2019), donde sostuve que:

“De acuerdo con el texto del art. 12 de la LRT vigente a la fecha del accidente de trabajo de autos (29 de agosto de 2015), el ingreso base mensual debía ser calculado, en lo que aquí interesa, sobre las remuneraciones sujetas a cotización al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones”.

“Dicho precepto legal fue severamente cuestionado por doctrina y jurisprudencia, en tanto consideraba, en su momento para el cálculo de los haberes que debía percibir el trabajador enfermo o accidentado durante el período de incapacidad temporaria, y a la época del accidente de autos solamente para la liquidación de la prestación dineraria por incapacidad



definitiva, un salario inferior al que habitualmente venía percibiendo la víctima del infortunio laboral. Y esta detracción era consecuencia tanto de promediar las remuneraciones, como de la base de cálculo fijada”.

“Antonio Vázquez Vialard, desde un primer momento sostuvo que “la diferencia que se produce, a nuestro juicio no tiene justificativo válido. Como lo hemos afirmado, el fundamento jurídico de tal prestación lo es la situación de incapacidad en que se halla el trabajador, en virtud de una circunstancia que el ordenamiento jurídico le imputa al empleador (en el caso, subrogado –en sus obligaciones por la ART-). Por lo tanto parecería que no tiene sentido que durante ese lapso el trabajador se vea afectado por un déficit en su ingreso de bolsillo, que tiene carácter alimentario, en virtud de una causa que no le es, en absoluto, imputable, y que la norma asigna a la responsabilidad del empleador. Consideramos que en el caso, el procedimiento que establece la normativa contenida en la ley 24.557 presenta un déficit que se traduce en una situación –que puede ser grave- de irrazonabilidad. Por lo tanto a nuestro juicio, en la medida que la diferencia resulte significativa estaría legitimada por esa causa la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en cuanto el trabajador percibe un importe inferior al que le correspondería como salario laboral” (cfr. aut. cit., Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2002-I, pág. 719)”.

“La injusticia de abonar al trabajador un salario inferior al habitual durante el lapso de incapacidad temporaria fue subsanada por el decreto n° 1.694/2009 que, en su art. 6, determinó que las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral temporaria o permanente provisoria se calcularán, liquidarán y ajustarán a lo establecido por el art. 208 de la LCT”.

“Pero persistía la irrazonabilidad respecto de la base de cálculo de la prestación dineraria por incapacidad definitiva, la que permanecía diferenciada, en menos, respecto del salario habitual”.

“Al respecto, Juan J. Formaro sostiene que considerar, a los fines indemnizatorios, solamente el salario previsional “deja fuera de consideración una parte sustancial de los haberes mensuales que percibe el trabajador siniestrado”.

“La irrazonabilidad del precepto se evidencia al tamizar el texto de la ley de accidentes por el principio del art. 208 de la LCT que enuncia la garantía del nivel salarial. Resulta carente de lógica mantener la plenitud cuando la imposibilidad obedece a factores inculpables pese a los cuales el empleador debe abonar salarios, y retacear la tutela cuando el hecho productor del daño es un infortunio laboral”.

“Es por ello que al quedar desvirtuada la referencia de una prestación resarcitoria por ausencia de relación adecuada de los haberes del trabajador activo con los ingresos considerados a los fines del cómputo indemnizatorio, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557. Se ha dicho al efecto que la norma importa una frontal colisión con los principios contenidos en los arts. 19 y 21, inc. 2 de la Constitución Nacional, así como con los principios de integralidad y progresividad, y lo previsto en los arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana, Protocolo de San Salvador”.

“En cuanto a la existencia de las llamadas sumas no remunerativas, corresponde además meritar su inconstitucionalidad por contrariar el Convenio 95 de la OIT al quitar o desconocer la naturaleza remuneratoria” (cfr. aut. cit., “Riesgos del Trabajo”, Ed. Hammurabi, 2013, pág. 161/162)”.

“Cabe señalar que el legislador nacional reconoció la injusticia de la situación generada a partir de la redacción del art. 12 de la LRT, ya que mediante ley 27.348, publicada en el Boletín Oficial el día 24 de febrero de 2017, cambió la base de cálculo a la que nos estamos refiriendo, reemplazándola por la totalidad de los salarios devengados, de conformidad con lo establecido por el art. 1° del Convenio n° 95 de la OIT”.

“Si bien esta reforma legal no le es aplicable al caso de autos, de todos modos

no puede perderse de vista su contenido para la resolución del recurso planteado por la parte demandada, en tanto ella muestra cuál es la solución querida por el legislador (cfr. TSJ, "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil)".

En función de los conceptos señalados y más allá de que su planteo numérico no responde al informe de la AFIP obrante a fs. 771/772, el que sí coincide con los haberes remitidos por la empleadora (acompañados a fs. 325 y reservados a fs. 326), la base de cálculo debe conformarse con la totalidad de los salarios devengados por el trabajador con independencia de que estén sujetos a retenciones de la seguridad social.

Si bien el a quo no especificó la operatoria por la que arriba al IBM fijado -\$97.626,31-, el importe resulta correcto atento los recibos de haberes computados –desde octubre de 2015 a septiembre/2016-, lo cuales arrojan la suma de \$1.172.155,29 y que aplicándole las pautas del art.12 LRT (\$ 1.172.155,29/365x30,4) arroja la suma establecida en la instancia de grado, razón por la que será rechazado este agravio.

III. e).- En cuanto al planteo de inconstitucionalidad por omisión en designar un Cuerpo Médico Forense para el fuero laboral de esta Circunscripción judicial, en base a la adhesión a la ley 27.348 mediante la ley provincial n° 3.141, advierto que tal planteo no fue una cuestión propuesta y sometida al juez de grado –al margen de que al ofrecer prueba pericial médica (pto. XXI.4) solicitó se designe "perito médico legista único", conf. 72 vta.- importando esa sustracción del planteo ante el a quo un valladar para su tratamiento en esta instancia a tenor de lo dispuesto por el art. 277 del CPCyC.

Por otra parte, advierto que el agravio por la regulación de honorarios de la perita médica no apunta a la consideración de que el porcentaje fijado en la instancia de grado resulta elevado, sino que la queja se entronca en la modalidad de la retribución –porcentual-, en lugar de una suma fija, alegando como fundamento que así lo establece la ley 27348. Tal planteo no puede prosperar, ya que más allá de la inaplicabilidad temporal al caso de la ley 27.348, el límite de la adhesión a la normativa nacional citada esta dada por el art. 2 de la ley 3.141, en cuanto dispone que lo es solamente a la atribución de las competencias administrativas reservándose la jurisdicción y legislación de las materias que constitucionalmente le corresponden a la Provincia (conf. arts. 75 inc.12, 121, 123, CN).

Bajo tales lineamientos es criterio de esta Alzada desde hace tiempo la utilización de porcentuales en la regulación de honorarios de los letrados – conforme las pautas fijadas por las leyes 1.594 y 2393- y en base a ello, para fijar los emolumentos de los peritos, debiendo respetarse la regla de la proporcionalidad que debe existir entre éstos y los de los abogados de las partes, más allá de su labor -en cuanto a calidad y extensión-.

Por ello es que será rechazada esta queja.

III. f).- Yendo al último agravio que se refiere al límite del 25% que en materia de responsabilidad por costas regla el art. 277 de la LCT y el art. 730 del Código Civil y Comercial, adelanto mi opinión en el sentido adverso de su queja por cuanto en la causa "BARCIA" (Jnqla3 exp n° 470703/2012, del 14/02/2019), abordé el tema señalando que;

"He adherido, al fallar la causa "Saez c/ Corralón Comahue S.A." (expte. n° 367.868/2008, sentencia de fecha 31/10/2017), al criterio de la Sala I de esta misma Cámara de Apelaciones, aportando nuevos elementos que avalan la no aplicación de la manda referida en el ámbito provincial. Se dijo en esa oportunidad: "...he de manifestar mi adhesión al voto de la mayoría de la Sala I de esta Cámara de Apelaciones, que me permito reproducir en su totalidad dado su fundamentación cabal, en autos "Chandía c/ Neuquén Textil S.R.L." (expte. n° 388.670/2009): "...Sin desconocer la autoridad de los pronunciamientos de dicho Cuerpo, he advertido nuevas razones que me persuaden del cambio de interpretación y que me llevan a concluir que la reforma introducida al art. 277 de la LCT no es aplicable en el ámbito local, por presentarse como

inconstitucional... “Daré, entonces, dos nuevos argumentos por los que entiendo, procede modificar la posición sentada por el TSJ... En efecto, el Tribunal, entre otros, en autos “Reyes Barrientos”; “Cardellino” y más recientemente, en autos “Sucesores de Pino Hernández, Salatiel Ramón”, reiteró su inveterada posición, en punto a que la Ley 24.432 vulnera la autonomía provincial al regular sobre una materia cuya reglamentación se corresponde con una facultad provincial privativa... No obstante dicha doctrina, consideró que en el ámbito laboral, ello encontraba una excepción... “Según expondré y, en definitiva, quedará a consideración del TSJ, entiendo que tal derivación de la ley provincial 2.933, no se compadece con el alcance de la modificación legislativa, ni con la intención del legislador local, fuente interpretativa a la que también cabe acudir... Si esto es así, se advertirá que la remisión que la ley provincial hace al art. 277 de la LCT, se circunscribe a la cuestión de honorarios, específicamente, a la recepción en el ámbito provincial, del pacto de cuota litis, en el proceso laboral, sin tocar el tema de las costas... En efecto, nótese que el artículo 4º, dispone: “Los profesionales pueden pactar con sus clientes una participación en concepto de honorarios en el resultado económico del proceso, los que no pueden exceder el treinta por ciento (30%) del resultado económico obtenido, a excepción de los asuntos o procesos laborales. En estos casos, rigen los límites y formalidades establecidos en el artículo 277 de la Ley nacional 20.744, de Contrato de Trabajo, sin perjuicio del cobro que corresponda a la parte contraria, según sentencia o transacción”.

“Claramente, entonces, se está refiriendo al art. 277 de la LCT, en cuanto prevé la posibilidad de celebrar pactos de cuota Litis, sometidos a un límite: 20% y a unas formalidades: ratificación personal y homologación judicial... Y si recurrimos al análisis de los antecedentes parlamentarios, arribamos a idéntica conclusión.

“De la nota de elevación suscripta por el Presidente del Colegio de Abogados, de fecha 11 de septiembre de 2013, del proyecto 8251 Expte. P-046/13 y agregado Cde. 1 se extrae:

“... Los aspectos salientes del presente Proyecto de reforma se circunscribe a tres objetos precisos y determinados, que se corresponden el primero con la base arancelaria a tomar en cuenta para la regulación de los honorarios profesionales de los abogados y procuradores de la Provincia del Neuquén; la adecuación a la norma nacional lo que avala la legitimidad y validez en texto legal del pacto de cuota litis en materia laboral y su redacción conforme a la Ley nacional 26.579; y por último la clarificación de la autonomía y el manejo administrativo de los recursos que por ley dispone el Colegio de Abogados y Procuradores para su desarrollo y funcionamiento...”

“Luego de abordar, el primer aspecto (base arancelaria) y en punto al segundo aspecto saliente, indica:

“En segundo lugar, acudimos al Honorable Cuerpo a fin de dar acogida legislativa al instituto arancelario del pacto de cuota litis en materia laboral, especialmente previsto por la norma de fondo nacional Ley 20.744, referida al Contrato de Trabajo y que en su artículo 277 le da favorable acogida.

“Contrariamente nuestra legislación local sobre la materia lo prohíbe, colisionando con esta norma federal de fondo, con garantías constitucionalmente previstas y con los propios hechos que verifican en la práctica su adopción; así como en los juzgados y tribunales de provincias vecinas.

“No existen motivos causales fundantes de la prohibición oportunamente prevista y hoy vigente. Es así, que las normas arancelarias más modernas ya referidas especialmente receptan la figura otorgando su validez.

“Así también, existe antecedente jurisprudencial en el orden provincial que dando cuenta de los mismos argumentos que hoy se presentan, ha dispuesto la inconstitucionalidad de los textos legales cuya reforma se requiere por el presente Proyecto de Ley... Por lo expuesto, se eleva la petición concreta de modificar en lo pertinente la redacción del artículo 18 de la Ley provincial

921, del artículo 4º de la Ley provincial 1594 y su consecuente, artículo 9º de la Ley provincial 2000...”

“Véase, entonces, como de la nota de presentación del proyecto, surge que la remisión al art. 277, sólo apunta a la introducción del pacto de cuota Litis, en materia laboral, en el ámbito local...Y esto también se ve reflejado, en el debate que se llevó a cabo en la Legislatura Provincial.

“En efecto, del Diario de Sesiones XLIII PL, Reunión 30, de fecha 19 de noviembre de 2014, el Miembro informante Sr. Todero, expone:

“...Voy a pasar primero a comentar como fue la discusión en las Comisiones, respecto del proyecto en general, del Proyecto de Ley en general.

“Si bien tuvimos algún tipo de discusión en cuanto al pacto de cuota Litis, en materia laboral, quedó totalmente zanjada la discusión haciendo referencia a la Ley de Contrato de Trabajo, donde está explicitada la posibilidad de hacerlo. Lo que pasa es que nosotros, en la Provincia del Neuquén, no lo teníamos permitido. Lo que estamos haciendo es readecuar o adecuar la normativa a la ley de Contrato de Trabajo nacional y así lo explicita el artículo 4º, la modificación del artículo 4º”

“Nuevamente, queda claro cuál fue el marco de remisión al artículo 277 de la LCT, el que se circunscribió a la regulación del pacto de cuota Litis, con los límites y formalidades previstas en el mismo, que ya he señalado (porcentaje, ratificación y homologación judicial).

“Nótese que, más adelante, en el debate se produce la siguiente discusión, que nuevamente enmarca la remisión al art. 277 con el alcance aquí dado.

“La diputada Kreitman dijo: “en esencia, estoy en desacuerdo que sea un trabajador despedido, estoy en desacuerdo con el pacto de cuota Litis, que está incapacitado de afrontar una situación ante la Justicia, encima, lo estamos castigando a hacer frente con su indemnización una...que afronte, superior a lo que, inclusive, establece la ley de contrato de Trabajo.”

“A continuación de esta intervención se da el siguiente intercambio que abona la conclusión que sostenemos: “Sr. TODERO (PJ).— ¡No! ...“Sra. KREITMAN (ARI).— ¿No?, porque no establece el veinte por ciento, y esto es el treinta...”Sr.

GALLIA (PANUNE).— En otro ámbito. Es la Justicia Laboral...”Sra. KREITMAN (ARI).— Bueno, perdón...”Sr. RUSSO (MPN).— En la Justicia Laboral...”Sra. KREITMAN (ARI).— En la Justicia Laboral. Y, en este caso, el veinte por ciento. ¿Y, en este caso, no estamos fijando el treinta por ciento? Bueno, perdón, presidenta, que dialogue. Bueno, sostengo mi voto negativo, en este caso. Después, le preguntaré al diputado, que me explique bien...”

“En la sesión siguiente (Nro. 31, de fecha 20 de noviembre de 2014), interviene la Diputada Kreitman e indica:

“...Presidenta, es para dejar expresa constancia del voto negativo del Bloque a cada uno de los artículos. Pero, además, decir —porque en el día de ayer surgió una confusión que, en realidad, me hago cargo de la misma— que la Ley que estamos modificando estaba prohibido el acuerdo de cuota litis. Y esto es lo que nosotros objetamos. Inclusive, si uno lo piensa desde una posición de principios la verdad que, aun lo que dice la Ley de Contrato de Trabajo sería cuestionable. ¿Por qué lo digo? Porque la verdad que uno esperaría que sean solidarios en las ganancias y en las pérdidas, porque aquel que pierde un juicio, y es cierto que el profesional no cobra, pero el que pierde el juicio tiene que pagar a la otra parte. O sea, se es solidario en la obtención de una ganancia, pero no en las pérdidas. Por eso, a nosotros nos parece absolutamente inconveniente esta Ley y por eso queremos dejar sentada nuestra postura en contra de la modificación de una Ley que prohibía, taxativamente, el pacto de cuota litis. Gracias, presidenta...”

“En conclusión: En lo que hace a la remisión al art. 277 de la LCT, todo el debate se circunscribe a la recepción en el ámbito local del pacto de cuota Litis.

“Ninguna referencia se efectúa a la limitación en materia de costas introducida por la ley 24.432, cuestión que como he señalado, entiendo que no puede estar

comprendida en la remisión, en tanto no se desprende ni del texto de la norma, ni de la intención legislativa.

“Tampoco de su interpretación sistemática, que impone que el enunciado tenga relación directa con el contenido general de la norma, la cual, insisto, se circunscribe a la cuestión de honorarios y específicamente, al pacto de cuota Litis.

“Y, si esta interpretación que efectúo, en base a aspectos no considerados por el Tribunal, es compartida, claramente subsiste el reparo constitucional en orden al reparto de competencias federales, en tanto la limitación relativa a las costas prevista por la ley 24.432, no ha sido receptada en el ámbito local.

“3.6. Y, si ello no se compartiera y se entendiera que el legislador provincial ha receptado la limitación en materia laboral –interpretación que creo haber descartado- de igual modo subsistiría el reparo constitucional; ahora, por la lesión al principio de igualdad.

“En efecto, conforme a la interpretación dada por el TSJ, en autos

“Cardellino”, la aplicación de la ley 24.432, determinaría que quienes litigan en el ámbito laboral y no resultan condenados en costas por tener razón, deben soportar la porción de los honorarios, en cuanto excedan del 25% del monto de la sentencia.

“De ser así “...se vería en los hechos disminuido el monto de la reparación del demandante, al resultar pasible de que le fuera reclamado el importe equivalente a la diferencia entre los honorarios liquidados en la resolución cuestionada y los porcentuales fijados en la sentencia de grado sobre el monto de condena por capital e intereses y, ello en idéntica medida en la que, a su vez, se beneficiaría la aseguradora perdedora y condenada en costas de 1ª instancia por la acción entablada por el accidente de trabajo en la forma dispuesta en el decisorio de fs. 553/564, por obra de la limitación de responsabilidad que la ley 24.432 art. 8 establece.

“En tal ilación, se torna atendible lo peticionado en la apelación del actor pues, de conformidad con el principio alterum non laedere, reiteradamente reivindicado por el Alto Tribunal (entre otros en el caso “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.” del 21/9/2004) y calificado como entrañablemente vinculado a la idea de reparación (considerando 3º del voto de la mayoría en dicho caso), las indemnizaciones en estos casos han de ser integrales, tanto en el aspecto material como incluso en el moral, y carecería de razonabilidad a partir de tal premisa, hacer recaer en el beneficiario de la reparación por accidente de trabajo el pago —aunque sea parcial— de los gastos provocados por la necesidad de litigar para obtener su resarcimiento, cuando no ha sido condenado en costas en 1ª instancia —a esa etapa corresponden los estipendios cuyo monto está aquí en juego—.

“Es en ese contexto y con tal alcance, que la normativa del art. 277 L.C.T. (texto según agregado de la ley 24.432, art. 8) se torna inconstitucional en el caso, en tanto afecta en forma directa, por lo expuesto, la reparación —declarada judicialmente— por las consecuencias disvaliosas del infortunio sufrido por un trabajador en ocasión de su prestación de servicios...” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, Z., I. I. c. Q. B. E. A.R.T. S.A. y otro s/ accidente – acción civil • 24/09/2013, Publicado en: DT 2014 (marzo), 669 con nota de Carlos Pose • DJ 12/03/2014, 66).

“Y más allá de la reprochabilidad de tal solución, que el precedente citado trasunta, lo que advierto es que se produce una desigualdad entre quien reclama por un crédito de naturaleza laboral y quien reclama un crédito de naturaleza civil (me centro en la figura del accionante, en atención al caso concreto a resolver)...En efecto, el principio de igualdad no requiere indefectiblemente tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de igual modo. Es decir que la cláusula no abraza la igualdad absoluta de todos los habitantes, sino que refiere una igualdad relativa a las circunstancias en que se hallen, debiendo entonces definirse con qué criterio se evalúa la igualdad.

“Y, en este punto, hay dos aspectos a tener en cuenta: la exigencia formal de igualdad y el criterio material que se ha aplicado para la determinación de la categoría o circunstancia. La primera, no excluye que se haga una diferenciación entre personas que se hallan en situaciones diferentes, siempre que –para concluir que ciertas personas pertenecen a grupos distintos- se hayan tomado como base datos relevantes (cfr. TSJ Ac.811/00).

“Y, si bien los jueces no pueden juzgar el acierto o no, de la conveniencia de la discriminación o del distinto trato, sí les incumbe verificar si el criterio de discriminación es o no razonable.

“La razonabilidad impone, entonces, un cierto límite que, si se traspasa, nos hace caer en la zona opuesta de lo irrazonable o de lo arbitrario. Y lo irrazonable o arbitrario es inconstitucional, desde donde lo razonable es lo ajustado a la Constitución, o al derecho natural constitucional, o a la justicia plasmada en la Constitución. La pauta de razonabilidad es así, un margen de actividad constitucionalmente válida, que obliga a los órganos de poder y a los particulares” (Cfr. German J. Bidart Campos, “Jurisdicción Constitucional”, págs. 91/92. Ver entre otros TSJ, “Inaudi”).

“Corresponde preguntarse, entonces, si en el caso media una “diferencia razonable”, una “causa objetiva” o una “razón sustancial” que avale la diferenciación, que, en esta hipótesis de trabajo (insisto desarrolla en defecto del primer argumento) habría efectuado el legislador provincial, al imponer los límites contenidos en la ley nacional 24.432, sólo en el ámbito laboral... Creo que las argumentaciones en este punto sobrarían, en tanto, claramente, no existe una diferencia sustancial que imponga una solución más perjudicial para quien ocurre a un Juez laboral en defensa de su derecho, que quien persigue la defensa de un derecho civil. No advierto fundamento alguno, que justifique que una indemnización de naturaleza laboral, merezca menor protección en punto a su integralidad, que una civil.

“Por el contrario, la especial protección constitucional para el trabajador consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, claramente conduce a la conclusión opuesta, en tanto sujeto de preferente tutela: “...Para resolver la contienda, es cuestión, entonces, de establecer un criterio que, sin desconocer el margen de apreciación del legislador -y los equilibrios, balances y objetivos que motivaron a éste-, señale los límites que impone a todo ello la Constitución Nacional mediante las exigencias de su art. 14 bis: “el trabajo [...] gozará de la protección de las leyes”, y éstas “asegurarán al trabajador [...] protección contra el despido arbitrario”. Máxime cuando su art. 28 enuncia el principio de supremacía de aquélla, al disponer, claramente, que “los principios, garantías y derechos” reconocidos constitucionalmente, “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

“La intervención de esta Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña ingerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano.

“Asimismo, los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.

“Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete

constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

"El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto (Fallos 301:319, 324/325, considerando 5º).

"9) Que el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula..." (cfr. CSJN, Vistos los autos: "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido").

"En definitiva y, conforme a los nuevos argumentos acordados, producto de una revisión de la cuestión, entiendo que la ley 24.432 no puede ser aplicada en el ámbito local por devenir tal solución en inconstitucional.

"De un lado, en tanto conforme creo haber demostrado, el legislador provincial no receptó su aplicación en el ámbito local.

"De otro, porque, aún de no compartirse esta solución se produciría una afectación al principio de igualdad, en tanto no existirían razones que justificasen razonablemente tal discriminación para quienes litigan en el ámbito laboral".

Pero además y tal como lo invoca la parte actora, el TSJ recientemente se pronunció en la causa "Yañez" (Acuerdo n° 1, de fecha 5/2/2021, expte. n° 508.843/2016) confirmando con su decisión el criterio anteriormente expuesto -el que también es sostenido por las restantes Salas de esta Cámara-, pronunciándose sobre la inaplicabilidad de dichas normas en el ámbito provincial en cuanto invaden materias no delegadas por las provincias al gobierno nacional.

En consecuencia, se rechaza esta queja.

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo sea rechazado el recurso de apelación de la aseguradora y se confirme la sentencia dictada el 1 de febrero de 2021 –a fs. 809/814-, en todo lo que ha sido motivo de agravio. Costas de Alzada a la demandada atento su calidad de vencida (art. 17, ley 921).

Regulo los honorarios de Alzada para los profesionales intervinientes en el 30% de la suma que les corresponda a cada uno por la labor desarrollada en la instancia de grado, conforme la manda del art. 15 de la ley 1594. Así lo voto.

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 dictada el día 1 de febrero de 2021 (fs. 809/814), en todo lo que ha sido materia de recursos y agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 de la ley 921).

III.- Regular los honorarios para los profesionales intervinientes en Alzada en

el 30% de la suma que les corresponda a cada uno por la labor desarrollada en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria