En la Ciudad de Buenos Aires reunidos los integrantes de la Sala VI a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia en estas actuaciones, practicando el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

EL DOCTOR LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO:

I. La sentencia de primera instancia obrante a fs. 443/449 hizo lugar a la demanda condenando solidariamente a las codemandadas ALPESCA SA y MAPFRE ARGENTINA ART SA (hoy GALENO ART SA) a pagarle a la actora la suma de $153.660 a valores del 25-4-2008 con intereses y costas.

Interponen recurso de apelación la codemandada GALENO ART SA (fs. 454/461) y la parte actora (fs. 464/465) con réplicas recíprocas.

La letrada de la parte actora (fs.463) por su derecho, apela por bajos sus honorarios.

En el marco de una acción fundada en el derecho civil, la sentencia de grado hizo lugar a la reparación del daño moral sufrido por la actora, cónyuge supérstite del Sr. Sebastián YUDIS, quien al momento de su fallecimiento era dependiente de ALPESCA SA, con fundamento en el Convenio 164 de la OIT.

Analizaré por razones lógicas en primer lugar la queja de la accionante.

II. La parte actora se agravia por cuanto la sentencia de grado: a) Consideró que la ocurrencia del supuesto ACV que afectara al Sr. Sebastián Yudis y las consecuencias que de él se derivaron no pueden atribuirse al hecho del trabajo ni a las condiciones en que los realizara luego de quince días de permanecer embarcado en el buque PROMARSA II.

A fs. 464 y ss. se queja por cuanto considero que no quedó acreditado que el Sr.Sebastián Yudis -cónyuge de la actora- trabajara en condiciones que le produjeran altos niveles de estrés, y que lo sufrido por el fuera un accidente de trabajo.

Agrega que la sentencia no tiene en cuenta la naturaleza del trabajo de pesca en alta mar, que considera una actividad intrínsecamente riesgosa, con fundamento en informes vinculados a la misma que identifica (fs. 464 vta.).

Señala que Yudis falleció por el hecho y en ocasión del trabajo, toda vez que se descompuso cumpliendo tareas para la demandada en el buque propiedad de la misma, luego de quince días de embarcado, pescando y con la presión de saber que “cuando más pescaba más ganaba” con largas jornadas laborales y condiciones climáticas desfavorables. Agrega que la atención médica se prestó mucho tiempo después del evento y que Yudis fue medicado a distancia.

Adelanto que, en mi criterio, la queja tiene piso de marcha.

De la Exposición 39/08 de Prefectura Naval Argentina Comodoro Rivadavia de fecha 25 de abril de 2008 surge la declaración del Sr. Carlos Jones, Capitán del buque pesquero “PROMARSA II” matr. 073 propiedad de la accionada, reconocido por ésta en su responde (fs. 102).

No es materia litigiosa la existencia de la relación laboral del actor desde el 1 de junio de 1995 con ALPESCA SA, desempeñándose como primer pescador del citado navío y de acuerdo a las características de la actividad, hecho acreditado asimismo con los recibos de haberes de fs. 31/35 y de la libreta de embarco de la víctima agregada en sobre a fs. 28.

De la exposición ante la autoridad marítima, por la que fue desembarcado de oficio el Sr. Sebastián Yudis, surge que el día 25 de abril de 2008 a las once horas, en zona de pesca, sufrió una indisposición presentándose en el “puente” por la que fue atendido de un dolor agudo en la parte posterior del cuello y hombro, aconsejándosele se recostara.Que con el primer oficial le tomaron la presión que acusó 22/12 por lo que se comunicó por radio con el médico Dr. Antonio Álvarez, que le indicó un medicamento por vía oral, bajando a 20. Luego de un rato y viendo que empeoraba se contacta con el citado profesional que ordena la evacuación aérea, arribando el helicóptero casi tres horas después siendo izado el Sr. Yudis y trasladado a Comodoro Rivadavia, falleciendo en el trayecto desde el puerto al hospital.

La declaración del Dr. Álvarez obra a fs. 575/576 de autos y confirma lo señalado por el Capitán del buque Sr. Jones, al igual que las manifestaciones de los hijos de la víctima Gonzalo y Pablo Yudis, que integraban la dotación en el momento de los hechos, como marineros, el día 25-4-2008.

El certificado médico expedido el mismo día 25-4-2008 obrante a fs. 577 dice “.dejo constancia que el Sr. Sebastián Yudis in itinere de su traslado desde el puerto de Comodoro Rivadavia hasta Hospital Regional deja de existir como consecuencia de paro cardio respiratorio, acusa un paro con respiración producto de ACV hemorrágico” (Dr. Wilfredo Pablo Balbuena).

El profesional médico que integraba la tripulación del helicóptero de traslado que asistió al Sr. Yudis diagnostica un “posible accidente cerebro vascular”.

En la producción de todo accidente de trabajo (AT), enfermedad del trabajo (ET) o enfermedad profesional (EP) interviene sin excepción un factor determinante también llamado causal o simplemente causa. (Bonnet E.F.P. “Medicina Legal 2a ed. Libreros López editores Bs.As. 1980 pag-755 y ss.). Cuando un daño en el cuerpo o en la salud es agravado como resultado de una predisposición preexistente o de una complicación sobreviniente, existe concausa es decir reunión de dos o más causas en la producción de un estado mórbido:la propia del daño y la que emana de aquella predisposición o complicación.En virtud del principio concausal no es necesario que el accidente sea exclusivamente causal del total de las secuelas deficitarias que habrán de indemnizarse. Es suficiente que haya intervenido para que las consecuencias graves del mismo pese a su levedad en virtud de la concausalidad hayan obrado, desencadenado, agravado o acelerando un estado preexistente o sobreviniente. La concausa sobreviniente es también llamada posterior y está representada por la complicación ocurrida en el daño producido por el accidente que altera agravándola u ocasionando la muerte del obrero” (obr. cit pág.757).son varias las complicaciones y entre las más frecuentes que cita Bonnet están las clínicas (aneurismas) las neurológicas, etc.

La presión arterial alta, es un factor de riesgo para un accidente cerebro vascular.

No se puede analizar médicamente un ataque cerebro vascular como un hecho estático, sino que el paciente debe ser tomado en su historia, en éste caso, específicamente en su recorrido y antecedentes personales, respecto de la función que desempeña, con las particularidades de éste caso.

Un seguimiento riguroso y periódico de una persona con antecedentes de presión hubieran permitido evitar un evento siniestral como el de autos, porque quizás el Sr.Yudis no hubiera sido embarcado.

Ello sabiendo que son muy distintas las posibilidades de atención médica en navegación y en pesca que las de tierra.

Agrava el cuadro el hecho que el buque donde laboraba la víctima no tenía servicio médico a bordo.

Según datos de la Organización Médica de la Salud el 80% de los casos de ACV atendidos a tiempo son posibles de rehabilitación (IIo Congreso Internacional de Medicina del Trabajo, Roma 30/11 y 1/12 de 2017).

En un fundado estudio se aborda la incidencia de la hipertensión arterial en distintos grupos de trabajadores sometidos a condiciones de estrés laboral como es la pesca y la multicausalidad de factores que aumentan el riesgo para el trabajador en una actividad considerada universalmente riesgosa (Lennante Levi “Las enfermedades psicosomáticas como consecuencia del estrés profesional” OIT, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1988 citado en “Salud y Trabajo” La situación de los trabajadores en la Argentina, pág.67 autor: Carlos Aníbal Rodríguez OIT PIACT Centro Editor de América Latina Serie Trabajo y Sociedad, Bs.As. agosto de 1990.

Los sistemas de remuneración variables, por rendimiento, como el salario a destajo, por producción como la pesca llevan al trabajador al límite de sus fuerzas ya que es determinante de estrés (Obr. Cit.Pag.103 y ss.).

El horario de trabajo, de reposo y comida a bordo de los buques pesqueros está supeditado a la actividad de captura.

Los convenios colectivos tanto de pesca de altura como de buques factorías legitiman las doce horas de labor pero que en la realidad son incluso superiores.

Vemos entonces que el esfuerzo físico y la falta de descanso adecuado son factores habituales en la actividad que despliegan los trabajadores de la pesca a lo que no fue ajeno el esposo de la actora, y la gran incidencia que significan para la presión arterial, a lo que se suma habitualmente el hábito tabáquico y/o alcohólico para soportar las exigencias del trabajo a bordo en pesca, aumentando el riesgo.

Hay otros factores de riesgo físicos y psicosociales que pueden determinar la hipertensión arterial y dar lugar a un accidente cardíaco o cerebrovascular, que describen los operadores directos de la actividad, que describen una red de factores “multicausal”: meteorológicos, trabajo en movimiento, rapidez de la maniobra, esfuerzo físico, ausencia de periodos de descanso, pisos mojados, calzado deslizante, régimen de comidas sujeto a la tarea y el tipo de tarea que obliga a ocupar las dos manos. No había en el buque donde se indispuso Yudis, responsable en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Se suman a éstos factores la alternancia del trabajo en el mar y cortas permanencias en tierra que generan rupturas del tripulante en su rol familiar, todo lo cual genera de por si ansiedad y estrés.

Es evidente que la motivación principal para estar en la actividad es económica lo cual también da una pauta sobre aspectos señalados por la psicopatología del trabajo como presencia de sufrimiento y frustración ante la falta de realización personal, en la realización de éste tipo de tareas.son trabajadores muy sufridos (Cristophe Dejours “La Pena en el trabajo” pág. 155 y ss. en “Organización del Trabajo y Salud y Trabajo” compilado por Dominique Dessors – Marie Pierre Guilho-Bailly Ed. Lumen-Humanitas Bs.As.setiembre de 1998).

La “fatiga” ha sido definida por la Organización Marítima Internacional como “.una reducción en la capacidad física y/o mental como resultado de un esfuerzo físico, mental o emocional que puede afectar o debilitar casi todas las habilidades incluidas: fuerza, rapidez, tiempo de reacción, coordinación, capacidad de decisión o estabilidad emocional” (O.M.I MSC/Circ.813/MEPC/Circ.330 “List of. Human Element Commmon Terms”).

El sobrecargo de tareas a bordo, con exceso de horas de trabajo, ritmo agobiante y otros componentes llevan a la fatiga y ésta a la siniestralidad, accidentes no deseados. (Romero Basaldua Luis C. “Gente de Mar – Contrato de Ajuste” pág.410 y ss. Lernes Ed.SRL Córdoba marzo de 2005).

Según la ITF (Federación Internacional de Trabajadores del Transporte en su documento “Seaferer fatigue. Wake up to the dangers”, 1998) el 60% de los embarcados trabaja a bordo de 8 a 15 horas, pero ello se agrava en la pesca marítima como es el caso de autos.

En un informe del Comité de Pesca del Centro Naval titulado “El problema de la seguridad en la pesca Argentina”, 12/2006 se concluye que.”el ámbito marítimo donde se desarrolla la pesca es normalmente hostil, presentando a veces circunstancias adversas a la navegación por la impredecible variación de factores naturales, oceanográficos y meteorológicos”.”La pesca es una de las actividades industriales más peligrosas para la seguridad personal de quienes participan en ella” pág.42 y ss.

Al enumerar los factores del trabajo a bordo relacionados con la inseguridad el documento (pto. 6 inc. pág. 39) concluye: “.jornadas de trabajo extenuantes, falta de sueño, lugares de descanso inadecuados, carencia de intimidad, exceso de bebidas alcohólicas”.

En otro estudio se ha señalado que la gran difusión de enfermedades cardiovasculares lleva a enfocarlas desde los factores de riesgo laboral. Así los agentes de riesgo laboral vinculados a enfermedades cardiovasculares, se menciona en el trabajo con estrés, de turnos, conectadas causalmente con enfermedades isquémicas e hipertensión.(“La salud de los trabajadores” contribuciones para una asignatura pendiente” Carlos A. Rodríguez, pág. 135, 142 y ss. publicado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Bs. As. 2005).

Cabe preguntarse ¿quién debe asumir los riesgos de ésta actividad riesgosa? ¿El trabajador con su cuerpo o la estructura empresarial que explota la actividad y se beneficia principalmente con ella? No es habitual en la actividad la realización de exámenes periódicos que hubieran permitido detectar alguna enfermedad en la víctima esposo de la actora.

No hay constancias en autos sobre el cumplimiento de esta obligación por la aseguradora.

Como se ha puntualizado en un seminario tripartito (pág. 221 obr. cit. Dr. Carlos A. Rodríguez) sobre actividad pesquera no se garantiza en buques pesqueros el servicio médico o de personal especializado a bordo ni el traslado urgente para casos de accidentes o enfermedades graves, y el PROMARSA II no fue excepción: en el caso de autos demoró tres horas en arribar el helicóptero al buque, que sumado al traslado sumó un tiempo imposible de recuperar para una indisposición grave como la sufrida por la víctima.

No puedo omitir señalar que la actividad pesquera ha sido calificada como la profesión más peligrosa que según informes de la OIT se cobra 24 mil vidas cada año, que convierten a la industria pesquera en más peligrosa que los trabajos de lucha contra el fuego o el quehacer policial (Revista del Trabajo OIT n°33 pág.22 “Es muy peligroso pescar?”) tal como se lo ha resuelto en otros precedentes de ésta Sala sobre la materia (CNT 34926/2010 Autos: “Garcia Gustavo c/ Alpesca SA y Otro s/ Despido y Accidente” por un accidente de trabajo del día 11-8- 2008 y “Barrera Salvador E.cc/ COnarpesa Continental Armadores de Pesca SA y Otros s/ Accidente – Acción Civil” Expte.N° 18.261/2008 entre otros).

Tampoco puede obviarse que la actividad legislativa de la OIT ha sido muy abundante tanto en convenios y recomendaciones vinculadas con la gente de mar y específicamente con la prevención de riesgos en accidentes y enfermedades, servicio médico a bordo, repatriación etc.

Los Convenios de la OIT vinculados con las enfermedades y accidentes laborales son: a) 055 sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar, 1936. b) 134 sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970.

c) 164 Convenio sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar) mar), 1987. d) 155 sobre obre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (1981, entrada en vigor: 11 agosto 1983).

e) 186 sobre el trabajo marítimo, 2006.

f) 188 sobre el trabajo en la pesca, 2007.

El Convenio 134 (Artículo 2) establece que “.La autoridad competente de cada país marítimo deberá adoptar las medidas necesarias para que los accidentes del trabajo se notifiquen y estudien en forma apropiada, así como para asegurar la compilación y análisis de estadísticas detalladas de tales accidentes”.

El Convenio 186 sobre trabajo marítimo de 2006 revisa y recodifica todos los antecedentes de convenios y recomendaciones anteriores estableciendo respecto de la salud y seguridad en la Regla 4.3 – Protección de la seguridad y la salud y prevención de accidentes. Finalidad: .Asegurar que el entorno de trabajo de la gente de mar a bordo de los buques propicie la seguridad y la salud en el trabajo El Convenio 188 establece que “los buques pesqueros deberán tener a bordo por lo menos a un pescador calificado o formado en materia de primeros auxilios y otras formas de atención médica, que además posea los conocimientos necesarios para el uso del equipo y el material médico disponibles en el buque de que se trate, teniendo en cuenta el número de pescadores a bordo, la zona de operaciones y la duración del viaje” (art.29 inc. c).

Conforme lo ha establecido la Corte Federal en numerosos pronunciamientos los Convenios de la OIT son asimilados a los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75 inc.22 con jerarquía superior a las leyes (CSJN Bs. As. 26-3-2014 autos: “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”) y constituyen por ende una referencia insoslayable para el juez, ya que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal.

El citado Convenio 155 de la OIT sobre “Seguridad y Salud de los Trabajadores”, (1981) y “Protocolo Adicional año 2002 al Convenio 155″ ratif. 8/2011 L. 26993. Depositado 1/2014. Vigencia: 15-1-2015, en su Protocolo Adicional dice:

.”el término enfermedad profesional designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral” y el “lugar de trabajo” abarca.”todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador” (art.3).

El punto 27 de la Observación General 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (Committee on Economic, Social and Cultural Rights ONU) señala a los Estados “La política debería abordar al menos las siguientes esferas[24]: diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, acondicionamiento, utilización y mantenimiento de los componentes materiales de trabajo (lugares de trabajo, entorno laboral, procesos de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo, así como sustancias y agentes químicos, físicos y biológicos); la relación entre los principales elementos de trabajo y la capacidad física y mental de los trabajadores, incluidos los requisitos ergonómicos; la formación del personal pertinente; y la protección de los trabajadores y de las organizaciones que los representan contra medidas disciplinarias cuando hayan actuado de conformidad con la política nacional, por ejemplo en respuesta a un peligro inminente y grave”.

En la libreta de embarco obrante a fs. 20 de autos, en su hoja 316 y ss.surge que antes de iniciar la marea citada, el Sr. Yudis se encontraba apto médico para la actividad.

Sebastián Yudis tenía una importante antigüedad en la empresa y en la actividad como pescador, y previo a su grave indisposición que lo llevó a la muerte, formaba parte de una expedición-marea de quince días lo que implica una acumulación de fajina importante.

La doctrina judicial ha señalado, que trascendiendo el puro concepto físico del término “cosa”, no cabe omitir la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por el trabajador, pudiendo la propia actividad laboral constituirse en factor de causación porque en el ámbito del art. 1113 del Código Civil no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto (voto del Dr. Juan C. De Lazzari SCBA causa L. 72.690, sent. del 5 XII 2001; causa L. 81.184, sentencia del 10.IX.2003, etc.).

El término ‘cosa’ a que refiere el art. 1113 del Código Civil, no tiene la misma significación que la del art. 2311 del mismo, ya que posee un alcance mucho mayor.

Tanto aquella flexibilidad indefinida como los avances tecnológicos hicieron que, un siglo después, fuera necesario ampliar el campo de referencia semántico/jurídico que Vélez había otorgado a la palabra “cosas”, para incluir en él a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (dec. ley 17.711, de 1968) y entre ellos que duda cabe el trabajo.

Si tenemos en cuenta que el esposo de la actora estaba apto medicamente, las condiciones de trabajo desarrolladas en el buque Promarsa II propiedad de la accionada, signadas por las notas que antes describiera:estrés, poco descanso, alimentación en horarios sujetos a las necesidades de la producción y captura de la expedición, considerando asimismo que la indisposición se produce en plena tarea, es evidente que el grave daño sufrido -pérdida de la vida- no es ajeno al trabajo en modo alguno y por ende debe ser indemnizado conforme las normas de la reparación integral previstas en el derecho civil, por los que debe responder la empleadora ALPESCA SA.

Corresponde entonces subsumir los hechos en la norma del entonces vigente art. 1113 del Código Civil Vélez que determina en consecuencia un marco probatorio que permite dar curso de marcha a la queja y por ende hacer lugar a la acción, condenando a la empleadora demandada por responsabilidad objetiva conforme el dispositivo legal citado.

El riesgo de la cosa a que se refiere la norma utilizada ha sido interpretada dinámicamente extendiendo su aplicación al riesgo de la actividad, lo que no mereció mayores objeciones al punto que hoy se encuentra consagrada en el art.1757 del Código Civil y Comercial de la Nación (L.26994) estableciendo que toda persona responde por el riesgo o vicio de las cosas o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La Corte Federal al respecto en la causa “INSAURRALDE, Hilario c/ Aceros Bragado MB S.A. y otro s/ accidente – acción civil” 10/12/2013 ha dicho “.los daños causados por el riesgo de la cosa se rigen por las disposiciones del artículo 1113, párrafo 2°, parte final, del Código Civil.la culpa de la víctima con aptitud para cortar -totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el detrimento, a que alude dicha norma, debe aparecer como la única causa del perjuicio, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor” (Fallos: 332:2633 entre otros antecedentes).

Ello determina una subsunción adecuada de los hechos en la norma aplicada (art.1113 Cód. Civil), máxime teniendo en cuenta, que la accionada se “sirve” de la explotación pesquera, particularmente dueña del buque donde laboró el esposo de la actora y se desencadenaron las penosas circunstancias que le provocaron la muerte, ya que resulta por cierto previsible pensar que si hubiera estado en otro tipo de tareas, menos pesadas, con atención médica inmediata ante su indisposición, otro sería el desenlace.

“Es privativo de los jueces calificar las pretensiones de las partes subsumiéndolas en los preceptos jurídicos que las rigen con prescindencia de los fundamentos alegados, facultad que deriva de la regla iuria curia novit y cuyo ejercicio no comporta agravio constitucional en tanto no se alteren las bases tácticas del litigio, ni la causa petendi ni se admitan hechos o defensas no esgrimidas por los contendientes”. (cfr. Fallos: 322:2525- CSJN 2013/04/16 “Cómoli Daniel Alberto y O. c/ Banco de la Nación Argentina s/ Despido” ) Consecuentemente, formo convicción que el caso de autos, se trata de una actividad riesgosa, que surge de la naturaleza de la actividad y reconocida por los convenios de la OIT y documentos que he citado.

Atento que al momento de los hechos regía el art.39.1 de la Ley 24557 y considerando como propongo resolver la cuestión, haciendo lugar a la reparación integral con sustento en el derecho civil, corresponde que me expida sobre la constitucionalidad de dicha norma, y al respecto diré que de consuno con la doctrina vigente de la CSJN adelanto que me inclino por declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma citada (CSJN R. 401. XLIII “Rodríguez Pereyra Jorge L. c/ Ejército Argentino s/Daños y perjuicios” 27.11.2012).

La inconstitucionalidad de una norma se configura no sólo por lo que la norma en si misma establece sino también por la interpretación que le da el juez al aplicar la norma en la sentencia, tal como lo señala Bidart Campos (Tratado Elemental de Derechos Constitucional Argentino.El control de constitucionalidad pag.589 y ss. vol.II-B – Ediar).

Desde antiguo, la Corte Nacional ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad” (Fallos: 299: 428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas).

Respecto del art. 39.1 de la LRT cuestionado la Corte dijo.”En tales condiciones, por cuanto ha sido expresado, el art. 39, inc. 1, de la LRT, a juicio de esta Corte, es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, de aquélla. Esta conclusión torna inoficioso que el Tribunal se pronuncie a la luz de otros principios, valores y preceptos de la Constitución Nacional”. (Cons.14) (CSJN “AQUINO, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Acc. Ley 9688” 21/9/2004).

Tales lineamientos coinciden con las circunstancias de la causa, por los que considero aplicables a la misma en este aspecto Queda pendiente para su tratamiento en el agravio pertinente la responsabilidad atribuida a la aseguradora por la sentenciante atento como se resuelve la presente cuestión.

Me apartaré por tanto de las conclusiones de la sentenciante en cuanto considera que la muerte del esposo de la actora, tuviera nexo causal con el trabajo, desempeñado en sus particulares circunstancias, tal como ha sido reseñado supra.

Por tanto, propongo revocar parcialmente la sentencia y hacer lugar a la reparación peticionada conformes las consideraciones antes expuestas.

Así lo dejo expresado. b) Estableció un monto indemnizatorio con una base de cálculo basada en el promedio del último año laborado y no el mejor sueldo que ubica en el mes de julio de 2007 y que señala en $24.613.

A fs. 465 y ss. (cap.III) expresa que el salario base para realizar el cálculo de la indemnización debe ser el mejor que percibió la víctima durante el último año de la relación laboral y no el sueldo promedio como expresa la sentencia.

Considero que no le asiste razón ya que no se trata de la indemnización por antigüedad o despido sino de una acción por reparación integral del daño sufrido por el trabajador, y en éste caso considero que tratándose de remuneraciones variables, resulta razonable promediar las percibidas por la víctima tal como lo estableciera la sentenciante (fs.448-h) en $ 11.820.

Consecuentemente y teniendo en cuenta como se resolviera la cuestión anterior propiciaré establecer como monto del resarcimiento la suma de pesos dos millones ($2.000.000) en concepto de daño material, considerando la edad de la víctima (56 años) al momento de su fallecimiento y la remuneración antes citada.

En los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo cabe justipreciar en el quantum indemnizatorio el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio (“Arostegui Pablo M. c/Omega ART S.A. y Pametaal Peluso y Compañía” LL 29/04/2008, 7 – IMP 2008-9 (Mayo), 802.

En el caso de autos, la accionante, esposa del trabajador fallecido, con 55 años de edad al momento del hecho el día 25 de abril de 2008, sostenida por los aportes de su cónyuge, sufre sin duda además de su impacto emocional y moral, un impacto económico indudable.Si bien el aspecto material no puede devolver la vida ni constituir una restitutio in integrum lo cierto es que coadyuva a mitigar el intenso dolor sufrido.

Propiciaré, asimismo, reconocer en concepto de daño moral la suma de $500.000 (Pesos quinientos mil).

Sabido es que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización por pérdidas e intereses la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima (art. 1078 – 1er. Párr. Código Civil entonces vigente), tratándose de un daño in re ipsa, hoy receptado como “consecuencia no patrimonial” en el art. 1741 del CCCN L.26994.

La Corte Federal en la causa “Migoya Carlos A. c/ Provincia de Bs.As. s/ Daños y Perjuicios (CSJN 2011/12/20 – cita on line AR/JUR/84373/2011), estableció un piso cuantitativo para el daño moral, valorando los padecimientos anímicos y espirituales de una víctima de un ilícito. En el caso de la citada causa se cuantificó tratándose de un hecho brutal determinando su resarcimiento en un monto similar al salario que percibe un ministro del Tribunal Superior.

El reconocimiento de una suma de dinero no puede reemplazar el daño a los afectos y los sentimientos. Se procura la mitigación o remedio del dolor por medio de bienes deleitables que mitigan la tristeza, desazón, penurias (ED 112-280; “De los daños a la persona” y Revista de Derecho de Daños No. 6 “Daño Moral” p. 197).

El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido.

Por lo que tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto, la gravedad del hecho que termina con la vida de su marido, considero razonable elevar el monto establecido en grado y fijarlo en tal suma ($500.000) de conformidad con lo establecido en el citado art.1078 del Código Civil – Vélez entonces vigente y fallo plenario N° 243 “Vieites, Eliseo c/ Ford Motor Argentina SA”; CNAT 25.10.1982 LL 1983 A 198 DT 1982-1665.

La CSJN tiene reiteradamente dicho que en la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (Fallos: 321:1117 ; 323:3614 y 325:1156 , entre otros).

El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aún cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfaccione s de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado.

En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extra-patrimoniales (CSJN Fallos 334:376, Considerando 11°).

Así lo dejo propuesto.

III. GALENO ART SA se agravia por cuanto la sentencia de grado: a) Condena a su parte solidariamente con el empleador a abonarle a la parte actora una reparación en concepto de DAÑO MORAL sin que se den los presupuestos de responsabilidad civil atento a que se determinó el carácter no laboral del fallecimiento del esposo de la actora y condena solidariamente a su parte en materia de incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene.

A fs. 454 vta. se queja la apelante entendiendo que no se dan en autos las circunstancias para condenar civilmente a su parte.Por su evidente conexidad trataré conjuntamente los agravios 1/4 de la presentante.

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas al tratar el agravio de la actora que me llevaron a concluir la existencia de responsabilidad indemnizable respecto de la empleadora ALPESCA SA, adelanto mi opinión que concurren elementos como para que la condena en términos del derecho civil también alcance a la aseguradora.

No se me escapa que los supuestos de atribución de responsabilidad en uno y otro caso son distintos sin embargo la resolución debe alcanzarlos solidariamente por lo que habré de expresar.

Inicialmente señala que no se acreditó el carácter laboral del deceso del Sr. Yudis (fs. 455) pero por las consideraciones precedentes en la queja de la actora he concluido que ello no fue asi y a lo allí expuesto me remito.

Como la propia sentenciante lo establece (fs. 446 vta. y ss) no había a bordo servicio para la atención de emergencia de salud de la tripulación, lo que considerando las circunstancias particulares de la indisposición del Sr. Yudis resultó fatal. Tampoco hay constancias de inspecciones o visitas a la embarcación ni informes o denuncias a la autoridad de aplicación.

Empero lo que resulta especialmente grave como omisión que conduce a la responsabilidad prevista en el art.1074 del Código Civil Vélez es que no hay constancia en autos de la realización de exámenes periódicos por parte de la ART accionada, obligación legal que está a su cargo (art. 3 inc. b Res. 37/2010 SRT (14.1.2010) “La realización del examen periódico es responsabilidad de la A.R.T. o Empleador Autoasegurado, sin perjuicio de que la A.R.T.puede convenir con el empleador su realización”.

En el sub lite, para eximir de responsabilidad a la compañía de seguros, es menester verificar si su intervención en este plano fue eficaz, como exige el artículo 4.1 de la LRT lo que de acuerdo a los elementos probatorios producidos no cumplen en mi criterio tan vital obligación.

“Es deber de las aseguradoras en esta materia, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son inherentes, puedan evitarse, sin que sea propio de aquéllas permanecer indiferentes a esas irregularidades, pues tienen la carga de denunciar toda inobservancia de sus afiliados a las normas de higiene y seguridad laboral” (cfr. doctrina de Fallos: 332:709 , entre otros)”.

La apelante no acreditó las claras obligaciones que le imponen el art.4 de la Ley 24557 y arts. 18 y 19 del Decreto 170/1996, y que se subsumen genéricamente en su deber de prevención, clave de bóveda del sistema de riesgos del trabajo, y que concurre con el empleador.

Era esa parte la que estaba en inmejorables condiciones de probar el cumplimiento de los deberes que las normas citadas colocan en su esfera de actuación en el sistema de la LRT.-

La violación del deber de prevención no puede quedar indemne.

Los parámetros legales de salud y seguridad, contemplado en la normativa nacional (Ley 19587 y reglamentarias) e internacional como el Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 22 de junio de 1981 y el Protocolo de 2002 sobre seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 20 de junio de 2002, en Ginebra, Confederación Suiza, aprobado por la Ley 26693 (promulgada de hecho 24.8.2011) y el Convenio OIT 187 del mismo tema, aprobado por Ley 26694 y promulgado en la misma fecha, deben cumplirse inexorablemente en los lugares de trabajo si aspiramos a un trabajo decente, digno y seguro.

Los jueces no pueden permanecer indiferentes ante ello.

La Corte Federal en un pronunciamiento (T. 205. XLIV.Recurso de Hecho “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”. Buenos Aires, 31 de marzo de 2009) que sintetiza con claridad en el considerando 6 que doy por reproducido brevitatis causa.

La CSJN en la causa “Hereñú, Walter Javier c/ Nobleza Piccardo SA y otros s/accidente – acción civil” precisó los alcances de las obligaciones de las ART como sujeto del sistema de riesgos del trabajo.

Puntualizó que “la ley 24.557 amplió el deber de seguridad, que tradicionalmente regía el contrato entre dependientes y empleadores, a la aseguradora, la que resulta obligada -como aquéllos- a verificar las acciones de previsión y de instrumentación que la índole de la actividad requiera para procurar la indemnidad del ser humano que trabaja. Esa afirmación se desprende del primer párrafo del artículo 4 de la ley 24.557, en el sentido que: “los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de LRT, así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo”.

Considero, en consecuencia, que se debe confirmar la decisión de grado en cuanto atribuyó responsabilidad a la ART codemandada ya que lo antes expuesto me llevan a formar convicción respecto de la omisión de la obligación de prevención de la misma en los términos del art. 1074 del Código Civil entonces vigente.

Propiciaré en consecuencia se condene a GALENO ART SA a responder solidariamente con la empleadora demandada ALPESCA SA por el capital de condena, intereses y costas.

Así lo dejo expresado. b) Establece un excesivo monto de condena que reputa como irrazonable.

A fs. 458 y vta. se queja la impugnante por cuanto considera excesivo el monto del resarcimiento establecido en grado. La cuestión fue resuelta al tratar el segundo agravio de la actora, por lo que brevitatis causa a lo allí expresado me remito. c) Considera los intereses fijados en la sentencia como una doble imposición a su parte.

A fs. 459 vta. y ss.se queja por cuanto la sentenciante aplicó al interés de condena la tasa de interés prevista por este Tribunal, ya que señala que nunca se encontró en mora, y por ende que la tasa del Acta 2601 no revista carácter vinculante para su parte ya que no fue unánimemente decidida ni puede aplicarse retroactivamente.

Señalo liminarmente que conforme doctrina de la CSJN tratándose de la reparación de los daños emergentes de un hecho ilícito debe admitirse la condena al pago de los intereses (art. 1069 C.Civ.) debiendo su curso liquidarse desde la fecha en que se produjo cada perjuicio objeto de la reparación (Fallos: 250:433; 298:223).

Por tanto los intereses establecidos deben aplicarse desde el 25.4.2008 conforme los hechos de la causa.

La modificación que propicio, impone establecer como nuevo monto de condena la suma de $ 2.500.000 (Pesos dos millones quinientos mil). Dicha suma llevará intereses desde el 25.4.2008 y hasta el 30.11.17, conforme los intereses que surgen de las tasas previstas por las Actas CNAT No 2601 y 2630, en tanto las consideraciones expuestas por la demandada Telecom con relación a este aspecto, no gravitan en el caso, para modificar el decisorio en este aspecto. A partir del 1/12/17 y hasta su efectivo pago, deben calcularse se calculen los intereses de conformidad con la tasa prevista en el Acta CNAT No 2658, dejando a salvo mi postura expuesta en la referida Acta.

IV. Honorarios.

Con respecto a los honorarios cuestionados, teniendo en cuenta el valor del litigio, el mérito e importancia de los trabajos, propicio hacer lugar a la queja respecto de los honorarios regulados a la actora y elevarlos al 16% respecto del capital de condena, confirmando los restantes que lucen razonables. (art. 38 de LO).

V. Costas.

Las costas de la presente instancia se imponen solidariamente a cargo de las demandadas vencidas, de conformidad con el principio general en la materia (art.68 CPCCN) a cuyo efecto, se estiman los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 25% de lo que les corresponde percibir por su labor en la etapa previa (art. 14, Ley 21.839).

LA DRA. GRACIELA L. CRAIG DIJO:

Que adhiero al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345) EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar la sentencia de grado y en su mérito, elevar el monto de condena a la suma de $2.500.000 (Pesos dos millones quinientos) con más los intereses dispuestos en los considerandos que anteceden; II) Elevar la regulación de los honorarios correspondientes a la representación letrada de la parte actora por su actuación en grado al 16% del monto total de condena, confirmando los restantes; III) Imponer las costas de Alzada solidariamente a cargo de las demandadas vencidas; IV) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 25% de lo que les corresponde percibir por su labor en la etapa previa.

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN No 15/2013.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.

GRACIELA LUCIA CRAIG

JUEZ DE CAMARA

LUIS ANIBAL RAFFAGHELLI

JUEZ DE CAMARA

FABIANA SILVIA RODRIGUEZ

SECRETARIA DE CAMARA