



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 5 de Septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**PARADA VALERIA NATALI C/ SANTARELLI LUIS ALBERTO S/ INDEMNIZACIÓN**" (JNQLA4 EXP 500469/2013) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- En hoja 305 apela a la parte demandada.

Como primer agravio sostiene que la sentencia adolece de arbitrariedad.

Señala que el accidente fue desconocido, y el Magistrado debió justificar su existencia en las pruebas que lo acrediten.

Alega que no basta aplicar el principio in dubio pro operario.

Entiende que lo resuelto no es la derivación razonada del derecho vigente y las circunstancias de hecho probadas en el expediente, sino una elaboración dogmática.

Señala que el juez justifica la existencia del accidente in itinere con el testimonio de la señora Troncoso sin decir por qué lo entiende suficiente a tal fin.

En punto al daño psicológico, indica que en el punto 6 el juez rechaza el reclamo de tal daño por no existir factor de atribución objetivo y subjetivo, ya que la demandada lo reclama por acción civil, y, no obstante a ello, termina haciendo lugar al daño psicológico en el punto 7.6 de los considerandos.

Finalmente refiere que no corresponde aplicar al caso el artículo 3 de la ley 26776.

1.2.- Corrido el pertinente traslado es contestado por la actora en hojas 309/310.

Destaca que el sentenciante indicó que el demandado reconoció expresamente -en la confesional- que la actora desempeñaba una jornada laboral de 8 horas diarias, de lunes a viernes, en horario de 6 a 14 horas y domingos y feriados, de 7 a 14 horas, con franco los sábados.

Entiende que el accidente in itinere se encuentra acreditado no sólo por la declaración testimonial de la señora Troncoso sino también por la historia clínica del hospital Castro Rendón, incorporada en hojas 212 a 249.

Indica que la contraria no cuestionó oportunamente las testimoniales y cita jurisprudencia en relación a la suficiencia del testigo único.

2.- El primer agravio apunta a la prueba del accidente in itinere denunciado por la actora.

El apelante, comienza su queja indicando que jamás tuvo conocimiento del supuesto accidente, sino hasta mucho después, cuando recibe una carta documento.

Sin embargo, la carta documento mediante la cual se comunicó el siniestro (25/11/12) fue remitida solo tres días después de sucedido (CD de fecha 28/11/12).

Allí la actora, luego de requerir se aclare su situación laboral e intimar por su regularización, comunicó: *«Asimismo por medio del presente le reitero lo comunicado verbalmente en fecha 26 de noviembre del corriente, notificándole formalmente que sufrí un accidente in itinere en fecha 25/11/12, aproximadamente a las 07:00 hs. en la intersección de calles Bahía Blanca y Ruta 22 de esta ciudad de Neuquén Capital, cuando me dirigía a prestar servicios bajo su dependencia. En tales circunstancias de tiempo y lugar, fui*

embestida por un rodado marca Peugeot 206, dominio EJA-684. Comunico a usted conforme lo informara verbalmente que me encuentro internada en el Hospital Castro Rendón de esta Ciudad de Neuquén, aguardando ser intervenida quirúrgicamente. Asimismo, le informo que me pongo a disposición para que me realicen los exámenes necesarios, asimismo intimo plazo 48 horas informe ART que me provee de cobertura en el presente siniestro, denuncie accidente laboral, me derive a ART correspondiente a fines de percibir las prestaciones y tratamientos que ordena la ley de riesgos de trabajo, provea de exámenes preocupacionales a médicos prestadores, todo ello bajo apercibimiento de iniciar acciones legales en su contra y denunciarlo ante las autoridades de contralor pertinentes.

Por medio de la presente le notifico lo expresado por el Dr. Carlos Eduardo Díaz Médico Matrícula 5366: Certificado médico expedido en Hospital Provincia Neuquén Fecha 26/11/12: "Certifico que la paciente Parada Valeria Natali DNI ... se encuentra internada en este servicio con diagnóstico de fractura de tibia y peroné izquierdo a consecuencia de accidente en motocicleta.-Original a su disposición.

Dada la imperiosa necesidad de Cirugía para colocación de un clavo endomedular de tibia acerrojado, requiriendo para ello un set de colocación alternativo a préstamo, prescripción médica suscripta por Dr. Nicolás Duarte, intimo plazo 12 horas manifieste que obra social y/o ART dará cobertura a tales insumos, caso contrario provea a su exclusivo cargo, de forma directa y urgente el material quirúrgico requerido, responsabilizándolo por la totalidad de los daños y perjuicios que vuestra negativa me pudiera ocasionar, todo ello bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales penales, civiles y administrativas en defensa de mis legítimos derechos.»

La recepción de esta carta documento es reconocida al contestar la demanda (hoja 67 segundo párrafo). Sin embargo, pese al tenor de la notificación, del intercambio epistolar resulta que, la parte demandada, no hizo ninguna manifestación en relación al siniestro que le fue comunicado.

Adelanto que, al igual que lo hace el Magistrado, entiendo que el accidente in itinere resulta acreditado con la historia clínica del Hospital "Dr. Eduardo Castro Rendón" (Hojas 238/241) y con la declaración testimonial de la Sra. Troncoso (hoja 176).-

Es que *"...doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido que el accidente in itinere, para ser considerado tal, tiene que reunir cuatro requisitos o elementos: un elemento teleológico, un elemento geográfico, un elemento cronológico y el elemento idoneidad del medio. Siguiendo las expresiones del profesor costarricense GODÍNEZ VARGAS, Alexander ("Riesgo in itinere" en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2010-1, p. 45) el elemento teleológico se refiere a la finalidad principal y directa del viaje en cuyo trayecto ocurre el accidente, que debe estar determinada por el cumplimiento de la obligación sinalagmática de prestar un trabajo; el elemento geográfico nos indica que el accidente debe suceder en el trayecto normal y habitual entre el domicilio y el lugar de trabajo o viceversa; el elemento cronológico requiere que el hecho dañoso se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en realizar el trayecto habitual; y finalmente, el elemento idoneidad del medio alude a que el viaje debe realizarse en un medio normal de transporte, no generando riesgos innecesarios"* (cfr. RIVAS ANDREA CONTRA CONSOLIDAR ART S.A. S/ACCIDENTE LEY" Expte. N° 341656/6, Sala II).

Sobre estas bases, de la historia clínica resulta que la paciente ingresó al nosocomio el 25/11/12, producto de un

accidente en motocicleta. Asimismo se expresan las lesiones sufridas.

En hojas 242 y 243, obran los informes de la tomografía y ecografía que le fueron practicadas. Estos informes fueron impresos el 25/11/12 a las 8:58 y 7:45 respectivamente.

La parte demandada reconoció, al absolver posiciones, que la actora desarrollaba una jornada laboral *«de 8 horas diarias de lunes a viernes en horario de 6:00 a 14 horas y Domingos o Feriados de 07:00 a 14:00 hs., con franco día sábado»* (hoja 169 punto 5, respuesta hoja 173).

El día 25 de noviembre de 2012 fue domingo, por lo que el horario de ingreso era a las 7 hs. Es decir que la intervención del hospital, considerando el tiempo que necesariamente debió transcurrir entre que ocurrió el accidente y la actora arribó al hospital, se condice con el señalado horario de ingreso.

Luego, nos encontramos con la declaración testimonial de la Sra. Troncoso Aguilar (hoja 176), quien señala que fue quien avisó a su familia del accidente.

Relata que un diariero, que tomó conocimiento del siniestro, *«...fue y avisó a las chicas de Santarelli, a la sucursal, y una de las chicas no se podía comunicar con nadie porque ellas no tenían el número de los familiares, qué hizo la chica esta, era amiga mía Agustina, que es la sobrina de Santarelli, que es amiga de ahora también, ella me avisa que Nati se accidentó, que si podía ir hasta la casa del marido y avisarle para que vayan a verla al hospital...»* (soporte informático hoja 176).

Asimismo, si bien no puede dar mayores precisiones, recuerda que el accidente fue cruzando la ruta, porque se lo dijo "la chica" que la llamó por teléfono, y que fue a la mañana temprano.

Con respecto a la valoración de la prueba testimonial, se ha indicado: «...Como lo ha expresado mi distinguido colega de Sala, Dr. Díaz Solimine en su voto en "Gallardo Luis Alfredo c/ Gotuzo César Alfredo s/ daños y perjuicios" (Recurso libre n°425.501) "...es variada la gama de posibilidades que llevan a la valoración de la prueba testimonial..., pudiendo detectarse dos tipos fundamentales de testigos: a) el de atendibilidad plena y b) el de atendibilidad restringida". Entre estos últimos se encuentra el testigo único, ya que esta particular situación lleva a apreciar sus dichos con estrictez, pudiendo llegar a desestimarlos. Enumera también las diversas pautas dadas por el maestro colombiano Devis Echandía para apreciar los dichos de un testigo, y de ellas rescato aquella que hace mérito de la verosimilitud del hecho declarado en relación con otros hechos y con otras pruebas, poniendo el acento, de modo particular, en las contradicciones en las que se incurren a lo largo del proceso, para lo cual debe realizarse el análisis y valoración del plexo probatorio arrimado al juicio..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C 2011-05-02 Rossi, Alicia María c. Club Atlético Huracán y otros, Publicado en: RCyS 2011-XI, 134).»

En nuestro caso, el testimonio de la Sra. Troncoso, aún apreciado con severidad, resulta atendible.

Llego a esta conclusión, no solo porque su relato es convincente y no se advierten contradicciones, sino porque también resulta corroborado por los restantes elementos probatorios. Sus dichos son concordantes con los datos que resultan de la historia clínica del Hospital antes analizada, y con la jornada de trabajo que el mismo empleador reconoce.

Finalmente en cuanto al trayecto realizado por la actora, no resulta atendible la crítica formulada por la demandada al contestar la acción, en tanto se limita a afirmar

que la actora no acreditó que el recorrido denunciado fuera el habitual. No justifica, conforme sus registros, porque entiende que la actora se habría desviado de aquel.

Es por todo lo expuesto, que el agravio formulado a este respecto debe ser rechazado.

3.- Respecto del segundo cuestionamiento, la contradicción que señala el apelante no es tal.

En el punto 6 el sentenciante rechaza el reclamo en base al derecho común, por tratarse de un accidente in itinere. De ello no se sigue que el Sentenciante haya resuelto que el daño psicológico, objeto de agravio no haya existido, sino que no es imputable al empleador sobre la base de la responsabilidad civil.

En el punto 7.6 en cambio, situado en el marco de la ley de Riesgos de Trabajo, la limitación funcional derivada de la incapacidad psicológica se encuentra contemplada, y debe ser reparada por el empleador en virtud del incumplimiento de afiliarse a una ART.

4.- Finalmente, en cuanto a la aplicación al caso del art. 3 de la ley 26.773, corresponde hacer lugar al recurso.

En efecto, tal como lo hemos sostenido en autos "PEREZ ROMINA LUJAN C/ GALENO ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA3 EXP 504977/2015), en estos supuestos el art. 3 de la ley 26.773 no se aplica.

Más allá de remitirme a las consideraciones expuestas por mi colega en dicha causa, he de hacer míos los desarrollos efectuados por el Dr. Adaro, integrante de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en cuanto expuso:

«...Tal interrogante fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Espósito" (07/06/2016).

En dicho precedente el Tribunal Superior, no obstante resolver como cuestión central la relativa a la aplicación temporal de la ley 26.773, se pronunció expresamente sobre el

tema en cuestión en forma negativa, y textualmente resolvió "...en octubre de 2012 la ley 26.773 introdujo nuevas modificaciones sustanciales en el régimen de reparación de los daños derivados de los riesgos del trabajo. Entre dichas modificaciones, interesa destacar que el art. 3 ° de esta última ley dispuso que, cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente in itinere, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional –en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas– equivalente al 20% del monto de ellas..." (Fallos 339:781).

1. No hay razones para apartarse de esa doctrina más aún cuando el Superior Tribunal ha dicho en el caso "Cerámica San Lorenzo" que si bien sus sentencias deciden en los procesos concretos que le son sometidos, y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (Fallos: 307:1094), atento el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia de la CSJN (Fallos 212:51 y 307:1094).

En conclusión, razones de naturaleza institucional, de previsibilidad, estabilidad y economía procesal aconsejan aplicar el criterio sustentado por la Corte Suprema (SCJM; Sala I, "Sadaic", 13/02/2015).

12. Agrego que igual criterio fue adoptado por Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en su resolución 146, causa "Ybarra" (12/10/2017) al expresar que "Si el deceso del dependiente aconteció en momentos en que éste volvía de prestar servicios..., no se verifica un accidente en el cual el trabajador se encuentra "en el lugar de trabajo" o fuera de él pero mientras está "a disposición del empleador", que son los requisitos condicionantes de la norma del art. 3 de la ley

26.773 para la procedencia del pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado en las fórmulas de la Ley de Riesgos del Trabajo... Por lo tanto, no corresponde la inclusión de dicha prestación complementaria en la condena" (resolución 146, 12/10/2017).

13. Resuelto su alcance, la segunda cuestión a considerar es la constitucionalidad de la norma.

14. Advierto que la situación que presenta un accidente in itinere no es igual a la de un accidente o al daño acaecido en el lugar de trabajo o mientras el trabajador se encuentra a disposición del empleador:

Dentro del ámbito de la empresa o mientras se lleva adelante una tarea por orden del empleador hay una responsabilidad de éste frente a la integridad del empleado, por el contrario, cuando el evento dañoso ocurre en la calle la causa le resulta ajena y extraña, no obstante, en el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo por razones de seguridad social.

El artículo 75 de la LCT pone en cabeza del empleador la obligación de asegurar las condiciones dignas de trabajo y el deber de seguridad con el fin específico de prevenir o mitigar las consecuencias dañosas tanto de los accidentes de trabajo como de las enfermedades. [-]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Aquino" señaló: "Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad, y la prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana...." (Fallos 327:3753)

En efecto, el empleador debe velar por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad; como así también debe preservar la dignidad del trabajador cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que le garantiza "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 bis, Constitución Nacional). Es decir, el principal no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible al buen empleador y es lo que se espera de éste (arts. 62 y 63, LCT).

1. Por otra parte, en los accidentes in itinere el trabajador puede reclamar a aquél que resulte responsable del siniestro por los daños que no fueran cubiertos por la Ley de Accidentes de Trabajo y obtener, además de la indemnización tarifada, una reparación integral sin perjuicio de las compensaciones que puedan corresponder.[-]

Por el contrario, el trabajador accidentado dentro de la empresa, una vez ejercida la opción de percibir la indemnización sistémica establecida por la ley 24.557 con las reformas introducidas por la ley 26.773, ya no puede pretender iniciar la acción civil o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad -artículo 4º, opción excluyente-.

1. En los accidentes in itinere no resulta procedente el reclamo de naturaleza civil contra el empleador ajeno a las circunstancias del accidente. El suceso ocurre fuera de su ámbito de control y se encuentra imposibilitado de adoptar medidas preventivas para evitarlos, de allí la imposibilidad de atribuirle responsabilidad por ellos.

2. El establecimiento de una adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado fue previsto por el legislador para mejorar el valor las reparaciones sistémicas y de alguna manera disuadir el reclamo integral fundado en normas comunes contra el empleador.

En razón de las consideraciones expuestas entiendo que no existe un trato discriminatorio respecto del accidente *in itinere*, en lo que respecta a su exclusión de la prestación complementaria establecida por el art. 3 ° de la ley 26.773, ya que al no configurarse supuestos iguales no pueden ni deben otorgarse soluciones iguales.

"...Nada obsta a que se trate de modo diferente, a aquellos que se encuentren en situaciones distintas por sus actividades específicas" (CSJN, Fallos 340:41).

4. Por ello, la exclusión del cobro del adicional de pago único del 20% contemplado en el artículo 3° de la ley 26.773 para el caso de accidentes *in itinere*, no resulta irrazonable ni discriminatorio como tampoco violatorio del derecho de igualdad (art. 16, CN) y de los principios de justicia social y progresividad; en cuanto pretende elevar el resarcimiento por cualquier otro daño (daño moral) a los trabajadores accidentados en situación de trabajo efectivo, lo que no implica discriminación alguna respecto de los que, en circunstancias diferentes, resulten víctimas de siniestros...» (cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SALA II, Galeno ART en J 150.357: Muñoz, Mario Ernesto c. Mapfre Argentina ART SA s/ accidente (150.357) p/ recurso ext. de inconstitucionalidad • 22/02/2018, Cita Online: AR/JUR/177/2018).

En mérito a estas consideraciones que comparto y son aplicables a este caso, como adelantara, entiendo que el recurso de apelación debe prosperar en este aspecto.

5.- En cuanto a las costas, en atención al resultado obtenido, propicio imponerlas en el orden causado (art. 17 ley 921 y 71 CPCyC).

TAL MI VOTO.

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por la parte demandada, rechazando la aplicación al caso del art. 3 de la Ley 26.773, debiendo deducirse del monto de condena la suma de \$ 71.807,80, confirmando en lo demás la sentencia recurrida.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, en atención al resultado obtenido (conf. art. 17 ley 921 y 71 CPCyC).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA