

//neral Roca, 18 de mayo de 2017.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados:"ZABALA DIEGO FERNANDO C/ CODAM S.R.L.;SAN ANDRES RIVAS ENRIQUE;MAPFRE ARGENTINA ASEGURADORA DE RIESGOS DE TRABAJO S.A. y SAN CRISTOBAL SEGUROS DE S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (I)" (Expte.Nº A-2RO-212-L2012- 2CT-23742-10).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. María del Carmen Vicente, quien dijo:

RESULTANDO: 1. Se presenta a fs. 51/66 el Sr. Diego Fernando Zabala a través de sus letradas apoderada y patrocinante, promoviendo demanda contra CODAM SRL -ENSA UTE, Codam S.R.L., Enrique Sanandrés Rivas, Mapfre Argentina ART S.A. y San Cristobal Seguros de Retiro S.A., por la suma de \$ 559.498,74 en concepto de reparación de los daños y perjuicios que atribuye al accidente de trabajo sufrido el 21-02-2009.

Para lo cual deduce ante todo planteo de inconstitucionalidad los arts.14, inc.2º, párrafo b), 19, 39, apartado 1º y 49, disposición adicional primera, de la Ley 24.557; del art.75 de la LCT; del art.16 del Decreto 1694/09 y de la Resolución Nº 414/99 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Relata que prestaba servicios en relación de dependencia en la categoría de ayudante albañil en la empresa Codam S.R.L.- ENSA UTE, es decir una unión transitoria de empresas integrada por las firmas Codam S.R.L. y Enrique Sanandrés Rivas, desarrollando tareas de construcción en la obra del acueducto y planta potabilizadora de la ciudad de Villa Regina.

Explica que el día sábado 21 de febrero de 2009, mientras desarrollaba sus tareas, el balde de una máquina retroexcavadora le aplastó la mano derecha, sufriendo gravísimas lesiones que determinaron la amputación de los dedos medio, anular y meñique a nivel carpo-metacarpiano. Por lo que la mano derecha carece de palma y dorso, constando de sólo dos dedos (pulgare índice) que continúan el extremo distal del radio. Además de presentar como limitación funcional en el pulgar anquilosis carpometacarpiana y de articulación metacarpo-falángica, mientras que la interfalángica flexiona de 10º a 30º. En tanto que en el índice la articulación metacarpo-falángica posee movilidad de 0º a 10º de flexión y la interfalángica proximal y distal se encuentran anquilosadas, la primera en 90º y la segunda en 10º. De ese modo -afirma- en la práctica ha perdido su

mano derecha.

Sostiene que el día anterior al accidente (el viernes 20 de febrero de 2009) el capataz de la obra Mario Monti lo llamó junto a dos compañeros de categoría oficial albañil (José Vidal y Edgardo Nuñez) y les ordenó que al día siguiente (sábado 21 de febrero) se presentaran a trabajar, a fin de realizar un pozo de dos metros de profundidad, en un lugar en que la construcción forma una esquina y tiene una pequeña vereda de unos 60 centímetros. El pozo en cuestión se abriría a centímetros de dicha vereda.

Señala que era costumbre de la empresa encargar tareas a los trabajadores los sábados y también los domingos, para lo cual éstos debían concurrir solos a cumplir con la labor, sin la presencia de ningún capataz o jefe de personal.

Así, el día en cuestión se presentaron para realizar la tarea encomendada, no habiendo en el lugar otras personas y encontrándose con que delante de la pared bajo la cual debían realizar el pozo se hallaba la retroexcavadora, sobre cuyo costado se levantaba la otra pared, que hacía de esquina con la ubicada frente a la pala.

Se situaron junto con José Vidal -quien dirigía el grupo- al costado de la máquina para determinar el sitio justo donde debía realizarse la excavación, mientras que Edgardo Nuñez subió a los comandos. Fue ahí que el actor extendió su brazo a fin de señalar el sitio donde debía hacerse la operación, cuando sorpresivamente Nuñez puso en marcha la máquina, movió equivocadamente un comando y el brazo de la pala imprevista y velozmente se desplazó hacia el costado como en un latigazo, atrapándole la mano contra la pared y produciéndole las lesiones descriptas.

Pone énfasis en que en ese momento se encontraba solo con Vidal al costado de la retroexcavadora, a una distancia de tres metros aproximadamente, sin que en el lugar hubiera ningún tipo de señalamiento ni medida de seguridad; no se encontraba el capataz ni personal alguno de seguridad e higiene que dirigiera las tareas.

Además que -expresa- en su caso oficiaba de "ayudante de albañil", por lo que simplemente acataba órdenes de sus ocasionales compañeros de trabajo con la categoría de "oficiales", quienes le indicaban las tareas en las que debía asistirlos. Aunque sin haber a su vez éstos recibido instrucciones sobre la forma de comportarse o los requisitos a cumplir en un lugar donde se opera con una máquina de tales características. Simplemente se les ordenó realizar una tarea determinada en el lugar, de acuerdo con su leal saber y entender.

Continúa relatando que producido el siniestro fueron sus compañeros quienes lo subieron en su propio auto y lo llevaron a la Clínica Central, ya que no existían

instrucciones sobre cómo actuar ante emergencias.

Como que a la época del hecho Edgardo Nuñez estaba aprendiendo a operar la pala retroexcavadora y no contaba con la habilitación profesional pertinente. Amén de que ninguno de los oficiales albañiles se hallaba instruido conforme a la normativa vigente en cuanto a las medidas de seguridad que deben adoptarse en las obras donde se utiliza ese tipo de máquinas, careciendo el lugar de zonas cercadas y personal de control o vigiladores de ningún tipo.

En tanto el capataz había asignado una tarea que implicaba la utilización de maquinaria pesada, a operarios que no poseían habilidades para coordinarlas y menos aun dirigir las, además de no ser rutinarias, sino específicas, puntuales y con elementos de alto riesgo.

Esto último -sostiene- desde que la labor encomendada, en tanto involucra el uso de tal tipo de maquinaria, puede desarrollar o generar alternativas adicionales a los riesgos supuestamente evaluados en forma inicial (vgr. corte de cables de energía, rotura de caños de gas, agua, etc.). De ahí que al ser factible que aun teniendo coordinada la tarea sucedan tal tipo de hechos, era deber del empleador contar en el lugar con una persona capacitada para el control de la tarea, lo que a su criterio en el caso podría haber evitado el infortunio.

Por otra parte -sigue- no estaban marcadas las distancias de seguridad para operar la máquina y ninguno de los oficiales conocía el lenguaje de señas que usualmente se utiliza, ya que debido al ruido del equipo no es posible interpretar las indicaciones del operador y por ello se deben emplear señas gestuales como códigos (avanzar, retroceder, hacia la derecha, alto, interrupción, hacia la izquierda, etc.).

Asimismo en el uso de tales vehículos se impone a nivel nacional, de acuerdo con la ley de tránsito, contar con la competencia de manejo con habilitación especial para vehículos pesados, a través del carnet de conductor, como requerimiento en materia preventiva, debido a los riesgos de su operación y la necesidad de cerciorar la competencia del conductor.

En el caso -señala- el trabajador que operó la máquina al momento del accidente no poseía la habilitación que indica la reglamentación en materia de seguridad e higiene del trabajo.

Cita en tal sentido las disposiciones de los arts.102, 111 y 115 del Decreto 351/79 y el Decreto 911/06, derivando de ellas la responsabilidad que atribuye a la empresa empleadora en la producción del hecho.

Continúa relatando que ocurrido el siniestro recibió las prestaciones médicas de parte de

la ART, otorgándole el alta el 28-12-2009 y que el 30/3/2010 la Comisión Médica N° 9 en el Expte. N° 018-L-00183/10 emitió el dictamen con un 65% de incapacidad.

Notificado de ello pero ante la falta de noticias de la aseguradora, remitió el 31/5/2010 la Carta Documento a través de la cual intimó el pago de las sumas correspondientes de acuerdo con la legislación vigente, bajo apercibimiento de acciones judiciales. Además de hacer reserva de reclamar por cualquier otro concepto y/o suma que por derecho le correspondiese, a efectos de obtener una reparación integral del daño.

Sin embargo Mapfre Argentina ART S.A. le había remitido el 27-05-2010 la Carta Documento por Correo Andreani que recibió después de la primera mitad del mes de junio de 2010, a través de la cual le hizo llegar el listado con el detalle de las entidades que operan con la modalidad de Renta Vitalicia, para que procediera a la elección de una compañía donde sería efectuado el depósito del monto correspondiente a la indemnización por incapacidad permanente, parcial y definitiva. Informándole asimismo que a tal fin se encontraban a su disposición los formularios de "Selección y Cotización". También, que al momento de hacer efectivo el depósito en la compañía que eligiera, recibiría el cheque por la suma de \$ 30.000,00 en concepto de pago único adicional de acuerdo a lo establecido por el art.11, apartado 4°, de la Ley 24.557 y el Decreto 1278/00.

Respondió por Carta Documento que atento el estado de necesidad alimentaria extrema en que se encontraba, puesto que desde el alta médica en diciembre de 2009 no había percibido recurso alguno para atender las necesidades propias y las de su familia, firmaría los formularios de cotización y selección mencionados, aunque haciendo expresa reserva de reclamar judicialmente el pago de la indemnización completa, por la vía de solicitar la declaración de inconstitucionalidad del art.14.2.b de la LRT, de acuerdo con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Milone" del 26/10/2004.

Dicha misiva no obtuvo respuesta, pese a lo cual concurrió a las oficinas de la ART en Neuquén, donde previo a la recepción de los formularios que determinaban la elección de la Compañía San Cristóbal Seguros de Retiro S.A. y después de firmar la documentación exigida por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo percibió la suma de \$ 30.000,00.

Refiere poseer una familia compuesta por su pareja Julia Marina Villagrán, con quien convive desde hace 8 años y dos hijos en edad escolar, sin haber percibido desde el alta médica suma alguna y hallándose en la actualidad sin forma de obtener recursos

provenientes de su trabajo personal, en razón de su elevada incapacidad. Por lo que debieron dejar la vivienda que alquilaban y trasladarse a la casa de la madre de su pareja, donde actualmente residen todos en una habitación, al no poder contar con otra solución, dependiendo de la asistencia económica de sus padres y hermanos, además de haber contraído deudas por préstamos de dinero con algunos amigos. Todas esas circunstancias lo forzaron a entregar los formularios y firmar la documentación exigida por la ART para percibir la suma de \$ 30.000,00.

Ello no obstante, remitió sendos telegramas. Uno a Mapfre ART S.A., manifestando haber percibido la suma de \$ 30.000,00 en concepto de prestación dineraria de pago único conforme el art.11 de la LRT, pero que el monto debió haber sido de \$ 100.000,00, de acuerdo con las disposiciones del art.3° del Código Civil y la inconstitucionalidad que cabe declarar del art.16 del Decreto 1694/09, por lo que emplazó el pago del saldo adeudado de \$ 70.000,00 según la nueva normativa y la indemnización sistémica por \$ 180.000,00 en un sólo pago, tal hiciera reserva anteriormente. El otro también a este último fin, a San Cristobal Seguros de Retiro S.A. Sin recibir respuesta de ninguna de las dos.

Señala que la suma de \$ 30.000,00 percibida fue administrada con sumo cuidado en virtud de las deudas acumuladas y las prestaciones alimentarias requeridas para sí y su familia, por lo que a la fecha de promoción de la demanda se hallaba agotada.

Mientras que el 3/8/2010 San Cristóbal Seguros de Retiro S.A. le liquidó a título de renta periódica la suma de \$ 592,81, que en definitiva configura el importe que continuará percibiendo en forma mensual para atender sus necesidades y sostener su familia por imperio de la normativa que a través de esta acción impugna, sin que -afirme- se necesite un mayor análisis para comprender que la situación lo coloca prácticamente en un estado de total indigencia.

En acápite siguiente se ocupa de fundar los planteos de inconstitucionalidad que deduce contra diversos artículos de la ley 24.557.

Así, respecto del art.39, apartado 1°, lo considera violatorio de las disposiciones que invoca de la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Río Negro, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, por lesivo de los derechos de igualdad ante la ley, propiedad y el principio alterum non laedere que tales

normas de máxima jerarquía consagran. Además de remitir a los fundamentos de los fallos "Aquino", "Llosco" y "Cachambí" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sobre el art.49, disposición adicional primera, por entender que limita el deber de seguridad que se encontraba reconocido en el art.75 de la LCT en clara violación del art.19 de la LCT y, respecto de aquél, que su reforma limitó con igual perjuicio la responsabilidad por violación a los deberes de seguridad del empleador a las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo. Destaca la evidente discordancia que de todo ello resulta, entre la indemnización sistémica determinada por la LRT y aquella que la normativa civil dispone en supuestos similares para cualquier persona ajena al ámbito laboral.

Lo dicho, a efectos de fundar seguidamente su posición en orden a la aplicación al caso de la responsabilidad objetiva dispuesta por el art.1113 del Código Civil, al haber realizado una actividad ordenada por su empleador, que por las circunstancias de tiempo y lugar era riesgosa y porque el accidente se produjo en virtud de la utilización de una máquina riesgosa como es la pala retroexcavadora, cuyo accionar determinó el golpe que seccionó parte de su mano.

Considera evidente el riesgo que supone la utilización de un elemento como el descrito en la realización de la obra, por lo que el caso -asevera- encuadra en la citada disposición, de la cual deriva la responsabilidad de las empresas demandadas y para la cual basta a su parte con invocar la existencia del daño, el riesgo, la calidad de dueño o guardián de la cosa de los accionados y su relación de causalidad con el daño.

Sin perjuicio de lo cual atribuye también al empleador responsabilidad subjetiva en los términos del art.1109 del Código Civil, para lo cual entiende que al tratarse de un daño derivado de la utilización de un elemento riesgoso la culpa no le resulta ajena, por la elección de los elementos de trabajo, la determinación del horario de desempeño y los elementos de seguridad brindados.

Para lo cual -sostiene- corresponde analizar si el principal cumplió con la Ley de Higiene y Seguridad y las demás normas de prevención destinadas a evitar accidentes y conservar la indemnidad del trabajador. Atendiendo -insiste- a que el siniestro ocurrió al realizar por disposición de la empresa un trabajo con otros operarios, sin que ninguno hubiera recibido el adiestramiento y la capacitación necesaria, sin que en el lugar existieran los controles adecuados, sin las medidas de seguridad dispuestas por las normas legales y con un operario no capacitado ni habilitado para el manejo de una máquina de sumo riesgo.

Se ocupa luego de la impugnación constitucional que formula contra el sistema de pago por renta periódica de la indemnización prevista por el art.14.2.b. de la LRT, aquí por la suma de \$ 180.000,00 que se avino a percibir de ese modo en las circunstancias ya narradas y bajo las reservas apuntadas.

En la misma forma que respecto de la cuestión precedente, enumera las normas constitucionales que considera vulneradas y hace hincapié en los fundamentos que inspiraron la solución que pretende en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de autos "Milone" y "Suárez Guimbard", en cuanto ponen de relieve que la renta conduce a un pago mensual incompatible con la finalidad reparadora de la LRT por resultar su cálculo muy inferior al sueldo que percibía antes del siniestro. Además de afectar el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, al condicionar el proyecto autónomo de vida del beneficiario.

Mientras que las mejoras introducidas por el Decreto 1278/00 no conmueven tales conclusiones, pues su percepción no deja de conculcar el derecho a disponer libremente de la totalidad de su crédito.

Razones por las que solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts.14.2.b y 19 de la LRT, con la consecuente orden de pago de la indemnización en forma inmediata y en una única oportunidad.

Similar planteo y bajo las mismas referencias constitucionales introduce respecto del art.16 del Decreto 1694/09, en cuanto dispone la aplicación de las mejoras que establece en las prestaciones sistémicas sólo para las contingencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la fecha de su publicación en el Boletín Oficial, el 6/11/2009.

Desde que por la interpretación que hace del art.3° del Código Civil, las consecuencias del principio laboral protectorio y la regla in dubio pro operario, se considera con derecho a percibir en concepto de prestación de pago único según el art.11.4.b de la LRT, no los \$ 30.000,00 a los que en su momento se avino, sino la de \$ 100.000,00 establecida por el texto de la norma actualmente en vigencia.

En cuanto a la Resolución SRT N° 414/99, por la cual la mora en el cumplimiento de la obligación de otorgar las prestaciones dinerarias de la ley 24.557 se produce de pleno derecho transcurridos los 30 días corridos desde la fecha en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado, sostiene que resulta inconstitucional por haberse arrogado el organismo emisor facultades legislativas, contrarias a las disposiciones del art.75 de la Constitución Nacional.

A la par de señalar que la jurisprudencia civil en materia de daños y perjuicios determina que los intereses se computan desde la consolidación del daño y así se resolvería cualquier caso si se tratase de un accidente ocurrido fuera del ámbito laboral. Entiende que se trata de una grave violación a los derechos y principios de los arts.16 y 17 de la Constitución Nacional, que además contradice el art.43 de la LRT por el cual el derecho a percibir las prestaciones comienza con la denuncia de los hechos causantes de los daños.

Por lo que solicita que los acrecidos sobre las prestaciones sistémicas que reclama se calculen desde el 28/12/2009, por ser la fecha en que obtuvo el alta médica y con ello quedó consolidado el daño.

Continúa con el relato de sus condiciones particulares y familiares, en cuyo orden señala que al producirse el accidente tenía 27 años de edad, se encontraba en buen estado de salud y era el sostén económico y moral de su grupo familiar.

Fue siempre una persona de trabajo, responsable y dedicado a su familia, que comenzó a desempeñarse en relación de dependencia para la firma demandada en enero de 2008 como sereno, pero que ante el interés en superarse aprendiendo un oficio en febrero de 2009 pasó a ocuparse de las tareas propias de un ayudante de albañil.

La actual discapacidad le imposibilita desarrollar tal modalidad de trabajo y más aún ascender a calificaciones superiores, además de hallarse absolutamente condicionado para la práctica de cualquier tarea manual que requiera la utilización de su mano derecha, ello no sólo en lo referido al ámbito laboral específico sino también para todas las actividades cotidianas, por tratarse de su miembro superior hábil.

De ahí que habiendo sido una persona activa, dinámica y colaboradora se ve actualmente constreñido a tareas pasivas en las que aun así debe limitarse, por lo que sus chances de conseguir trabajo son escasas, por lo que sobre tales consideraciones fácticas funda la procedencia y cuantía de los rubros que reclama.

En primer lugar el daño material y lucro cesante, de acuerdo con los fundamentos de los precedentes "Aróstegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo y otro" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y "Méndez, Alejandro Daniel c/ Mylba S.A. y otro s/ accidente - acción civil" de la Sala III de la C.N.A.T.. En función de los cuáles arriba a la suma de \$ 495.208,47, resultante de aplicar la fórmula de cálculo dispuesta en el último, con consideración de la edad de 27 años, el salario de \$ 2.765,00 vigente al mes de agosto de 2010 según escala salarial y la incapacidad determinada del 65%.

Sobre el daño moral, resalta los padecimientos sufridos durante las varias intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido y las reacciones de lástima, desagrado e incompreensión que en su entorno produce el aspecto de su mano, lo cual lo afecta emocional y psicológicamente tanto en su vida familiar como social. Junto con la necesidad de resignarse a readecuar su vida en función de su discapacidad, con la alteración de su desempeño diario y las dudas sobre su futuro, ante lo inevitable del rechazo cuando busque alternativas de trabajo y el abandono de actividades manuales y recreativas que le eran habituales. Solicita por el rubro la suma de \$ 70.000,00.

Capítulo separado dedica al daño estético, el que acusa de evidente y que por su magnitud estima en la suma de \$ 20.000,00.

Para finalmente sostener que en las condiciones descriptas le será necesario el apoyo y ayuda profesional de un psicólogo, que insumirá el gasto de \$ 5.760,00 que también reclama, en razón de un costo de \$ 80 cada sesión semanal durante un año y medio.

Concluye así en un monto total de reclamo de \$ 559.498,74, aclarando que dentro del mismo hay sumas que corresponde abonar a la ART en virtud de las disposiciones de la ley 24.557 y otras cuyo pago reclama por la responsabilidad que cabe a la empresa empleadora en las condiciones de las normas del derecho común (arts.1109 y 1113 del Código Civil), a fin de obtener la reparación integral de los daños causados.

Por ello -expresa- una vez determinado el monto íntegro del resarcimiento deberán ser establecidas las sumas que debe abonar la aseguradora y éstas deducidas del total del reclamo, a efectos de cargar el saldo a la patronal.

Correspondiendo concretamente abonar a la ART -explica- la suma de \$ 180.000,00 por la prestación del art.14.2.b. de la LRT y la del \$ 70.000,00 por la del art.11.4.b. según el Decreto 1694/09 en caso de ser admitida, o en caso contrario que ésta sea cargada al empleador.

Hace reserva del Caso Federal; ofrece prueba y pide por último el dictado de la sentencia que haga lugar a la demanda, con costas.

2. Corrido a fs.69 el traslado de la demanda, se presentan a estar a derecho y contestar a fs.103/128 las firmas Codam S.R.L. representada por su socio gerente Alfredo Tulio Maffei, Enrique Sanandrés Rivas y Basap S.A. representada por su presidente Carlos Raul Barbe, todos con el patrocinio letrado de la Dra.Patricia Natividad Robledo.

A título de aclaración preliminar, sostienen que en autos el actor demanda a Codam S.R.L.-ENSA UTE, junto con Codam S.R.L. y Enrique Sanandrés Rivas, empero la unión transitoria de empresas accionada, tal como consta en el contrato de constitución

que acompañan, está formada por las firmas Codam S.R.L., Enrique Sanandrés Rivas y Basap S.A., por lo que son los tres miembros y no dos los legitimados para estar en juicio. Atendiendo -expresan- a que conforme los arts.377 y siguientes de la ley 19.550, modificada por ley 22.903, se trata de contratos plurilaterales que no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho, por lo que no pueden ser traídas a juicio sino con la notificación a cada uno de los integrantes. Entienden que la demanda se encuentra mal incoada y de ese modo las tres proceden a contestarla.

Reconocen que el actor ingresó a trabajar para la UTE en la categoría de ayudante, en la obra de construcción del acueducto planta potabilizadora de Villa Regina; que el 21 de febrero de 2009 sufrió un accidente de trabajo mientras desarrollaba sus tareas; que el día anterior el capataz de la obra lo convocó junto a dos oficiales para un trabajo el día sábado; que la tarea consistía en realizar un pozo de dos metros de profundidad en un lugar donde la construcción forma una esquina y posee una pequeña vereda de aproximadamente 60 centímetros; que se convocaba usualmente personal para realizar tareas los días sábados, pero sólo concurrían quienes aceptaban hacerlo; que el sábado 21 de febrero de 2009 concurrieron a trabajar el actor y sus dos compañeros; que uno de ellos realizó una mala maniobra, no autorizada y que el actor se encontraba a escasos metros de la máquina retroexcavadora; que fue llevado de urgencia por sus compañeros, empero por no haber avisado lo acontecido al jefe de la obra; que para manejar una máquina de esas características se impone a nivel nacional poseer licencia o habilitación y que el operario que en ese momento la puso en marcha no la tenía.

Niegan en cambio que el actor haya perdido su mano derecha; que le haya sido impuesto concurrir a trabajar ese día o tuviera orden de hacerlo, pues como se trataba de horas extra estaba facultado para aceptar o no el trabajo propuesto; que no se contara en la obra con la presencia del capataz o del jefe de obra, pues, por el contrario, se encontraba en ese momento en el lugar el segundo jefe de obra; que delante de la pared donde debían realizar el pozo hubiera una retroexcavadora, lo cual resulta imposible atendiendo a que se trataba de una esquina donde había una vereda con montículos de tierra y eso hacía que la superficie no fuera plana; que la retroexcavadora debiera ser corrida para poder realizar el pozo; que los trabajadores estuvieran autorizados para poner en marcha la máquina o correrla de su lugar, ya que ello les estaba totalmente vedado de acuerdo con las capacitaciones que todos habían recibido, particularmente la del 6/11/2008, donde se trató el funcionamiento de los maquinistas, expresándose que cuando la máquina trabaja no se puede estar en el radio de acción; que en la obra no

existiera señalamiento o medidas de seguridad, ya que en el Libro de Seguridad e Higiene constan todas las medidas adoptadas y además eran inspeccionados por la ART; que los oficiales no hubieran recibido instrucciones, pues, por el contrario, todo el personal las recibe en forma permanente; por caso el 6/11/2008 Vidal, Nuñez y Zabala fueron capacitados sobre seguridad en excavaciones, señalización y normas para máquinas y el 19/1/2009 Zabala en excavaciones; que de esa manera se les hubiera encomendado realizar una tarea a su saber y entender; que Nuñez debiera tocar la máquina retroexcavadora, pues que estuviera aprendiendo a operarla no significa que pudiera manipularla, por lo que se trató de un hecho poco certero del que participaron los tres trabajadores; que la máquina debiera estar cercada, ya que se trata de un hecho imposible en una obra en construcción y desde que los obreros habían recibido instrucciones sobre el peligro que generaba; que la tarea en ese momento del actor no haya sido de rutina, pues como ayudante no tenía una tarea asignada, sino muchas en las que podía ser ocupado, ya que, como su nombre lo indica, ayudaba, entre otras cosas, a realizar una zanja; que el trabajo asignado haya involucrado la utilización de una máquina, ya que sólo se trataba de realizar un pozo; que por ello fuera necesario contar con un empleado capacitado en el lugar a fin de evitar el accidente, en tanto de haber sido así se hubiera convocado a alguno de los maquinistas y tomado los recaudos pertinentes; que resulten ciertas todas las elucubraciones que se realizan acerca del poco o mucho conocimiento que poseían los tres obreros en el manejo de la máquina, ya que la misma no se debía mover y fueron ellos quienes no cumplieron con la tarea asignada, colocándose solos en situación de riesgo; que resulten aplicables al caso las disposiciones de los Decretos 351/79 o 911/06; que no se hubiera observado la reglamentación vigente y en definitiva que su parte tenga responsabilidad en la producción del hecho.

En otro orden, niegan por no constarle el intercambio epistolar denunciado como habido entre el actor y las firmas Mapfre ART S.A. y San Cristobal Seguros de Retiro S.A.; la composición familiar que denuncia el actor; que no haya tenido ingresos desde el alta médica; que haya debido dejar su vivienda; que sus necesidades económicas sean cubiertas por familiares; que tal situación lo haya forzado a firmar formularios y documentación de la ART; que la firma San Cristóbal le deposite mensualmente la suma de \$ 592,81 y que ello lo coloque en estado de indigencia.

En tren de brindar su versión de los hechos expresan que el trabajo encomendado para ese día no requería ningún conocimiento especial ni importaba una tarea de riesgo.

Simplemente se trataba de realizar una zanja o pozo de dos metros de profundidad, que podía ser hecho hasta por tres ayudantes, sin siquiera precisarse un oficial u otro tipo de especialización y que se debía llevar a cabo el sábado, pues para el lunes siguiente estaba prevista la colocación allí de un caño.

De ahí que consideran ilógico que si existía una máquina en el lugar -hecho que descartan-, no avisaran al jefe de la obra y le manifestaran la imposibilidad de hacer el trabajo. En realidad -expresan- subirse a la máquina y ponerla en marcha fue un hecho innecesario y de total negligencia de parte de los obreros.

Por otra parte, al actor se le había brindado toda la capacitación y los elementos de seguridad necesarios para efectuar el trabajo que conocía, mas sin embargo, pese al cumplimiento acabado de todo cuanto concernía a su responsabilidad como empleador, el accidente se produjo por causas que le son ajenas y enteramente atribuibles al trabajador, al haberse apartado de las reglas de seguridad y colocarse en una situación de riesgo.

Habida cuenta concretamente que sabía que no podía ubicarse cerca de una máquina en marcha, porque así había sido instruido. Si sus compañeros desobedecieron órdenes, él no estaba obligado a hacerlo, por cuanto la puesta en marcha de la retroexcavadora no era la tarea asignada.

Contrariamente a ello -señalan- debió tomar una pala y hacer el trabajo para el que había sido convocado, por lo que esa desobediencia de las órdenes lo hace responsable en forma exclusiva de su proceder.

Se ocupan a continuación de los planteos de inconstitucionalidad formulados por el actor, defendiendo en primer lugar la razonabilidad y validez del art.39, parágrafo 1° de la LRT, bajo el argumento de que la veda en sí misma de la acción de derecho común no afecta el principio de igualdad. En definitiva -sostienen- no es que los trabajadores no sean reparados por los daños que sufran, sino que lo son en base a un sistema específico que se sustenta en las especiales características del vínculo laboral. Donde la LRT -expresan- va más allá del resarcimiento monetario del daño, al establecer todo un sistema de prevención para evitarlo y, producido, una reparación completa, inmediata, controlada y garantizada, que no se agota con el otorgamiento de prestaciones económicas, sino que primordialmente tiene previsto el objetivo de restablecer la salud del trabajador, intentando la reinserción en el mercado laboral. De ese modo la reparación resulta completa, siendo así un régimen más ajustado a la Constitución Nacional que el que preveía la aplicación del Código Civil, trasuntado sólo en sumas de

dinero. Cita como fundamento el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/ daños y perjuicios".

Sin perjuicio de ello, para el supuesto de acogerse el planteo de inconstitucionalidad del actor y consecuentemente acudirse para la solución del pleito a las disposiciones del art.1113 del Código Civil como aquél pretende, insiste bajo los argumentos ya transcritos en que el trabajo, como fue asignado por el capataz, no implicaba actividad riesgosa.

De ahí que -expresan- la sólo calidad de dueño o guardián de la cosa no hace a su parte responsable del perjuicio, por haberse quebrado la relación de causalidad a raíz del accionar de un compañero y del mismo actor, al desobedecer las órdenes e instrucciones otorgadas.

También rechaza la atribución de la responsabilidad subjetiva del art.1109 del Código Civil, a cuyo fin niega que los elementos de seguridad provistos no hayan sido los apropiados, que no se cumpliera con las medidas de seguridad e higiene y con el deber de capacitación.

Respecto a los rubros reclamados, previo insistir en la negativa de las condiciones particulares y familiares invocadas por el actor, niega que deba percibir las sumas que pretende en concepto de daño material, lucro cesante, daño moral, daño estético y tratamiento psicológico, por considerar en todos los casos no acreditada su existencia ni su entidad, atendiendo a que es requisito del resarcimiento que el perjuicio no sea eventual sino cierto.

En razón de que -sostienen- la medida de la reparación está dada por el daño y el objetivo que persigue la ley al reconocerla es el de volver las cosas a su estado anterior. Mas en el caso la orfandad probatoria del reclamo es a su criterio completa, ya que ningún elemento se aporta u ofrece a efectos de acreditar ni someramente el fundamento del monto pretendido.

Concluye de ese modo en que la demanda no posee base legal ni fáctica, por lo que no corresponde responsabilizar a su parte, desde que el actor no tiene más derecho a reparación que la que le correspondió en las condiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Ofrece prueba; hace reserva del Caso Federal y pide por último el rechazo de la demanda, con costas.

3. Mediante presentación de fs.156/165 San Cristobal Seguros de Retiro S.A. contesta la demanda, bajo el apoderamiento del Dr.Alejandro Diez.

Niega que los arts.14, inc.2°, ap.b) y 19 de la LRT sean inconstitucionales y/o que el actor pueda formular el planteo contra su parte una vez celebrado el contrato de renta vitalicia; que el seguro concertado con su parte constituya el pago de indemnizaciones mediante renta periódica; que una vez celebrado el contrato se pueda condenar a su parte a abonar un pago único; que ésta posea en depósito fondos de propiedad del actor y/o se pueda lesionar algún supuesto derecho de propiedad de éste; que Mapfre ART S.A. hubiera condicionado el pago de la suma adicional de pago único de \$ 30.000,00 a la contratación de algún seguro; que exista o pueda existir solidaridad entre su parte y los restantes demandados; que el infortunio haya ocurrido en las circunstancias relatadas en la demanda, por no constarle ya que se trata de un hecho que le resulta ajeno y que de ese modo pueda atribuírsele algún tipo de responsabilidad en las condiciones de las normas laborales y civiles invocadas; que resulte aplicable a su parte la doctrina de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Milone" y "Suárez Guimbard"; que el Decreto 1694/09 sea inconstitucional o que su pretendida inconstitucionalidad pueda afectar a su parte; que corresponda a su parte abonar al actor la suma de \$ 180.000 en un único pago o cualquier otra diferente a la establecida en la póliza de seguro de renta vitalicia contratada; que ésta vulnere norma alguna o implique sumas irrisorias y en definitiva que su parte pueda ser objeto de alguna condena en estos autos.

Desconoce la totalidad de la documentación aportada por el actor no emanada de su parte; el recibo de pago de la renta mensual del mes de agosto de 2010 correspondiente a la Póliza N° 206161/00 y la recepción de la Carta Documento que el actor dice haber cursado en agosto de 2010.

En cambio reconoce que el actor sufrió una contingencia prevista en el art.6° de la Ley 24.557, pese a no constarle las circunstancias de ocurrencia y fecha; que la Comisión Medica determinó que padecía al tiempo del examen una incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva, que en su momento el damnificado consintió; que el empleador, pese a no constarle quien es, oportunamente celebró un contrato de afiliación con Mapfre ART S.A., en el cual se encontraba incluido el actor y que el 25/6/2010 Mapfre ART S.A. ingresó en San Cristobal Seguros de Retiro S.A. la suma de \$ 180.000,00 en concepto de premio único del seguro de renta vitalicia a emitir por ésta, a raíz de la opción formulada por el actor, lo que dio lugar a la emisión de la Póliza N° 0206161/00, emitida el 15/7/2010 y con vigencia desde el 1/7/2010.

Expresa en su defensa que ningún párrafo de la demanda alude a cuál podría haber sido

el acto u omisión de su parte lesivo de los derechos del actor como para justificar la acción promovida en su contra. Máxime -destaca- que desde el mes de julio de 2010 viene cumpliendo cabalmente con las obligaciones asumidas en el contrato de seguro de renta vitalicia, para el cual fue el mismo accionante quien seleccionó a la firma San Cristobal Seguros de Retiro S.A., del modo que se reconoce.

Sostiene que su parte no ha participado de la liquidación efectuada por la ART ni buscó al actor, sino que fue éste quien se acercó mucho después del accidente y la determinación de la incapacidad por la Comisión Médica, por lo que su ajenidad respecto de tales hechos anteriores al pedido de cotización de la póliza es, a su modo de ver, evidente e incontrastable.

Destaca que la Ley 24.557 establece que en los casos de incapacidades de entre el 50% y el 100% las ART tienen la obligación de notificar al damnificado la liquidación y hacerle entrega del listado de todas las compañías de seguro de retiro y sus direcciones, a fin de que éste, si se aviene, seleccione aquélla que considere más conveniente para sus intereses.

Ello fue cumplido por Mapfre ART S.A., al entregar al accionante el formulario de solicitud de cotización expedido el 7/6/2010 -que aporta como prueba- en el que claramente se lee que su presentación en cualquier compañía de seguros de retiro no generaría obligación de contratación de la póliza.

Luego y munido de tal instrumento, en la misma fecha aquél formuló a su parte la solicitud de cotización del beneficio de renta vitalicia en pesos por retiro definitivo por invalidez parcial y permanente, bajo el N° 115.291, siendo ésta efectuada y entregada con un valor inicial de \$ 711,81 mensuales.

De ahí que -afirma- con la más absoluta libertad el actor evaluó las condiciones generales y particulares de tal cotización, la renta inicial, el índice de ajuste garantizado y la modalidad del plan dentro de todos los ofrecidos, seguramente considerando también otras opciones, entre ellas la de no celebrar un contrato de seguro de retiro, para concluir escogiendo la contratación con San Cristóbal Seguros de Retiro S.A. Decisión que comunicó a Mapfre ART S.A. el 8/6/2010 y en virtud de ello el 25/6/2010 ésta pagó el premio único de \$ 180.000, instrumentado en el recibo N° 5.004.014,6 emitiéndose así la Póliza N° 0206161/00 que el demandante recibió, así como desde ese momento los pagos mensuales, sin observaciones de ningún tipo.

Aclara que del premio único citado se detrajeron las sumas de \$ 1.062,99 por impuestos y tasas y la de \$ 1.771,65 ingresada en los organismos respectivos, arribándose a la

prima única de \$ 177.165,35 y conviniéndose con el asegurado la renta bruta inicial mensual que a julio de 2010 ascendía a \$ 771,14, a febrero de 2011 a \$ 732,72 y que irá incrementándose a lo largo del tiempo, en las condiciones contratadas, mientras el asegurado viva.

Así por tratarse de un típico seguro de personas regulado por la ley 17.418 y demás disposiciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, una de cuyas características es la de ser irrevocable por las partes, a raíz de su naturaleza de contrato aleatorio, donde el álea viene a ser la sobrevivencia del asegurado. De ahí que no podría funcionar técnicamente si la persona que acordó transferir el riesgo de sobrevivencia al asegurador pudiera arrepentirse.

Tanto que -apunta- del formulario de cotización N° 115.291 suscripto por el actor, surge su expresa renuncia al inicio de acciones fundadas en la inconstitucionalidad del apartado segundo de los arts.14 y 15 y arts.18 y 19 de la LRT, con el consecuente compromiso de respetar los términos de la solicitud, en tanto no se apartaran de las estipulaciones contenidas en dicha normativa y en la reglamentación de las coberturas de seguros de renta vitalicia.

En otro orden, expresa que la ley 24.557, fundamentalmente luego de la reforma operada por el Decreto 1278/00, estructuró en un sistema tuitivo respecto de los trabajadores, al disponer para los casos como el del aquí damnificado la percepción de la suma en efectivo de \$ 30.000,00, todas las prestaciones en especie, la prestaciones dinerarias por el lapso de incapacidad laboral temporaria sustitutiva de los salarios y la determinación de otra suma que se destina a satisfacer el premio único de un seguro. Además de disponer el art.16 que la percepción de las prestaciones dinerarias es compatible con el desempeño de actividades remuneradas por cuenta propia o en relación de dependencia, por lo cual el asegurador debe efectuar los pagos de aportes y contribuciones de la Seguridad Social, a efectos de que al alcanzar la edad jubilatoria o por incrementarse la incapacidad al 66% el afectado pueda percibir los beneficios previsionales.

De ese modo, si el sistema previera que el pago se efectuara en una única vez, en los casos de incapacidades de entre el 50% y el 60% que no permiten el acceso al beneficio previsional, ni tampoco trabajar, el beneficiario no podría acreditar años de servicios con aportes para acceder en su momento al beneficio previsional, perdería el derecho a la obra social y, agotada la disponibilidad del capital, quedaría sumido en la indigencia. Por ello considera indiscutible la facultad del legislador en orden a disponer que una

parte de la indemnización se destine al pago del premio de un seguro obligatorio con elección del asegurador por el afectado, sin que tal decisión resulte inconstitucional, pues por el contrario favorece los intereses que deben ser objeto de tutela.

Entiende que el supuesto de estos autos difiere totalmente de aquél que dio lugar al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Milone" que se invoca en la demanda, desde que allí se demandó solamente a la ART porque el trabajador no había celebrado un contrato de seguro de renta vitalicia y por ello la condena al pago único se emitió únicamente contra quien fuera demandada. En cambio aquí, el actor no requirió a la ART que le efectuara un pago único, ni cuestionó el sistema cuando los fondos correspondientes a la liquidación estaban en poder de la ART, de suerte que -afirma- la decisión de contratar una póliza de seguro de renta vitalicia es irrevocable.

Máxime cuando aquél -señala- con invocación del fallo también del Alto Tribunal de la Nación en autos "Llosco c/ Irmi", luego de percibir las prestaciones sistémicas pretende obtener una reparación integral de parte del empleador en las condiciones del derecho civil, por vía de la declaración de inconstitucionalidad del art.39.1 de la Ley 24.557, mas lo hace luego de haberse sometido voluntariamente a las disposiciones del mismo cuerpo legal, en cuanto a la constitución del seguro de renta vitalicia. Por lo que ante la imposibilidad de transgredir los propios actos libremente ejercidos resultaría factible cualquier cuestionamiento de la normativa sistémica, excepto el de las disposiciones que rigen el contrato celebrado con su parte.

Atendiendo a su vez a que otra de sus características es que ingresado el premio pasa a ser propiedad del asegurador, no del asegurado, quien como tal lo administra y efectúa las reservas para afrontar los pagos en los términos pautados en el contrato. De ahí la condición de irrevocabilidad, que a su criterio surge expresa del art.19 de la Ley 24.557, cuando dispone que el derecho a la renta periódica se extingue con la muerte del beneficiario, siendo ello lo que determina que contratada la póliza no puede plantearse la invalidez constitucional de una norma consentida.

Concluye en que por todo lo expuesto queda definitivamente claro que su parte no hizo otra cosa que ajustarse al diseño legal del cual no puede apartarse, por lo que mal podría caberle una sentencia de condena, ya que ningún capital y menos intereses adeuda.

Funda su posición en derecho; ofrece prueba; hace reserva del Caso Federal y pide por último el rechazo de la acción deducida en su contra, con costas.

4. Por último contesta a fs.200/228 Mapfre Argentina ART S.A., representada por el Dr.

Roque La Pusata y con el patrocinio letrado de las Dras. Adriana Rodríguez Carriquiriborde y Mariela Garabito.

Comienza enunciando como razones fundantes del rechazo que a su criterio se impone de la pretensión ejercida en su contra, que el actor reconoce haber recibido de su parte, como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 21/2/2009, las prestaciones en especie y la prestación dineraria de pago único que correspondían de acuerdo con la Ley 24.557; además de la puesta a disposición en la compañía de seguros de retiro de la suma correspondiente al pago de la renta periódica, todo en función de la incapacidad establecida por la Comisión Médica; que de ese modo cumplió en tiempo y forma con todas las obligaciones legales a su cargo como ART, entre las cuales no se halla el otorgamiento de cobertura por responsabilidad civil; que el actor omite mencionar cuál es el incumplimiento concreto de la normativa en materia de seguridad e higiene que habría dado lugar a la afección por la que reclama y por la que solicita la extensión de responsabilidad en forma solidaria y que, además, inició un reclamo previo ante este Tribunal contra las mismas partes y con el mismo objeto, en autos "Zabala, Diego Fernando c/ Mapfre Argentina ART S.A. y San Cristóbal Seguros de Retiro S.A. s/ reclamo" (Expte.N° 2CT-22.988-10), por lo cual deduce la excepción de litispendencia como de previo y especial pronunciamiento.

Reconoce haber emitido un contrato de afiliación a favor de Codam SRL - Enrique Sanandrés Rivas UTE, instrumentado bajo el N° 96885 y vigente desde el 19/6/2007, empero -destaca- sometido a las disposiciones de la Ley 24.557 y sus reglamentaciones, sólo para la cobertura de las contingencias previstas en dicha normativa y bajo sus condiciones; esto es, para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales incluidas en el listado elaborado por el Poder Ejecutivo. Razón por la cual al no hallarse obligada ni legal ni contractualmente a responder por el resarcimiento que se pretende, deduce también la defensa de falta de legitimación pasiva.

Sin perjuicio de señalar que del escrito de demanda no surge una imputación concreta en su contra, ya que la culpa se endilga al empleador en las condiciones de los arts.1109, 1113 del Código Civil y la teoría del riesgo. Cuya aplicación -advierte- no puede extenderse más allá de de los casos expresamente previstos, puesto que la responsabilidad civil por el riesgo o vicio que proviene de una cosa determinada es atribuible a su dueño o guardián, carácter que -expresa- obviamente no es el de la aseguradora del empleador.

Se ocupa luego del acuse a su parte de violaciones a la normativa vigente sobre

Seguridad e Higiene en el Trabajo, considerándolo genérico, vago, ambiguo, infundado y carente de todo sustento fáctico y jurídico, por no guardar ningún tipo de relación y/o vinculación con el hecho por el que se reclama.

Al margen de sostener, con cita de los arts.75 de la LCT, el art.4° de la Ley 24.557, los Decretos Núms. 170/96 y 911/96 y las Resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo Núms.32/97 y 51/97, que en la actividad de la construcción no se trata de una obligación a cargo de la aseguradora, sino del empleador a título directo y principal, sin que aquélla ejerza al respecto el poder de policía, al no ser esa la forma en que deben interpretarse las disposiciones sobre la materia del art.31, parágrafo 1°, inc.c), de la LRT.

Como que tampoco puede ser condenada por aplicación del art.1074 del Código Civil, al no haber mediado incumplimiento legal alguno de su parte que haya podido ser la causa eficiente del daño sufrido y en tanto se trata éste -destaca- de uno de los presupuestos considerados para la solución expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Torrillo".

En acápite siguiente y en relación con el relato fáctico de la demanda niega por considerar ajenos la totalidad de los hechos concernientes al vínculo laboral, las circunstancias invocadas de ocurrencia del siniestro y las condiciones personales y familiares del actor.

Rechaza la totalidad de la liquidación practicada, oponiéndose a la procedencia y los montos pretendidos en concepto de daño material y lucro cesante, daño moral, daño estético y tratamiento psicológico.

Defiende la constitucionalidad de las normas impugnadas de la Ley de Riesgos del Trabajo, argumentando -en prieta síntesis- que el accionante privilegia la cuestión económica en soslayo de la visión y consiguiente aplicación integral del sistema especial de protección del trabajador que la norma instaura, que como tal no resulta irrazonable ni irroga ningún tipo de lesión a los derechos de igualdad, propiedad ni a los derechos sociales. Se opone así a la tacha contra el tope de las prestaciones dinerarias, el pago bajo la modalidad de renta periódica y la veda de la acción de derecho común.

Ofrece prueba; hace reserva del Caso Federal y solicita por último el rechazo de la demanda, con costas.

5. En ocasión de responder el actor a fs.236/237 el traslado conferido en los términos del art.32 de la Ley 1.504, de la documental aportada por las demandadas Codam S.R.L., Sanandrés Rivas y Basap S.A., niega la autenticidad del Programa de Seguridad

e Higiene (Resolución 51/97) Empresa Codam S.R.L. - ENSA UTE - obra Construcción de Acueducto y Planta Potabilizadora - Ubicación Villa Regina, Provincia de Río Negro - Fecha de realización del programa 25/6/2007, por cuanto las firmas que allí se registran son de terceros, su autenticidad no le consta y carece de fecha cierta; con referencia a la entrega de elementos para el desempeño de la tarea, en la hoja titulada Codam S.R.L. - ENSA UTE que dice "...Villa Regina..." (sin fecha), le fueron entregados todos los elementos que figuran en la planilla, sostiene que sólo le fueron entregados los señalados en el inc.1) Botines de Seguridad N° 42, en el inc.6) Pantalón Talle 42 y en el Inc.7) Camisa Talle L, mientras que el resto de los elementos no le fueron entregados; niega el contenido de los formularios titulados "Seguridad e Higiene Laboral" "Capacitación" de fechas 6/11/2008, 10/12/2008 y 19/1/2009; que hayan habido exposiciones, explicaciones, entrega de folletería, método audiovisual o proyección de filminas; que se haya realizado el tratamiento de los temas que indican las respectivas planillas; la autenticidad de la firma del Ingeniero Javier Burgos (Jefe de Obra) y de la Técnica Superior en Seguridad e Higiene Natalia Carbonari; la autenticidad de la documental denominada "constancia de visita" y de las dos fotografías acompañadas.

Sobre la documental adjunta por San Cristóbal Seguros de Retiro S.A. niega que la cláusula que figura en el documento titulado "Reglamento de Reconocimiento de Rentabilidad de Excedente", en las páginas tituladas "Aclaraciones", referente a la renuncia de su parte al inicio de acciones fundadas en la inconstitucionalidad del apartado 2° del art.14, 15, 18 y 19 de la LRT figurara antes de la firma del instrumento por su parte, pues -expresa- a todas luces surge que se trata de un agregado en el espacio entre la firma y la parte impresa del documento, el que por ello niega haber firmado en tales condiciones, para lo cual ofrece prueba pericial caligráfica.

En cuanto al responde de Mapfre Argentina ART S.A. solicita el rechazo de la excepción de litispendencia.

6. Por Sentencia Interlocutoria dictada a fs.240/241 se declara abstracto el tratamiento de la defensa precedentemente aludida y el pedido consecuente de acumulación de causas.

7. Se cumple con la audiencia de conciliación que obliga el art.36 de la Ley 1.504, con resultado infructuoso según resulta del acta que luce a fs.257.

8. Por providencia de fs.265/266 se fija fecha para la audiencia de vista de causa y se decreta la apertura a prueba de las actuaciones, produciéndose la siguiente: informativa

a AFIP (fs.330/336), a la Municipalidad de Villa Regina (fs.339/340), a UOCRA (fs.442) y al Correo Oficial de la República Argentina (fs.540/546); la documental en poder de terceros de la Comisión Médica N° 9 (fs.313/321) y del Centro Médico Integral Comahue (fs.344/421); Pericial Psicológica a través del informe de la Lic. Laura Gabriela Rodofile (fs.432/435) y su ampliación (fs.454/455) en razón de la impugnación de la ART (fs.448); la Pericial en Seguridad e Higiene efectuada por el Ing. Julio Alberto Delord (fs.547/596); Pericial Caligráfica de fs. 733/741; y la Pericia Medica, a través del informe del Dr. Néstor Fernando Andrada (fs.760/762) y su ampliación (fs.768) en razón de la impugnación de la ART (fs.764).

9. Se celebra la audiencia de vista de causa, instrumentada en el acta de fs.727 y continuatoria de fs.782, de la que resulta la presencia del actor Diego Fernando Zabala y su letrada apoderada la Dra. Norma Haydee Gutiérrez; la Dra. Patricia Natividad Robledo en representación de las demandadas Codam S.R.L., Enrique San Andrés Rivas y Basap S.A.; la Dra. Mariela Garabito en representación de la demandada Mapfre Argentina ART S.A.; el Dr. Salvador Ignacio Scilipoti en representación de la demandada San Cristóbal Seguros S.A.; el desistimiento por las demandadas Codam S.R.L., Enrique San Andrés Rivas y Basap S.A. de su prueba confesional; la declaración testimonial de Edgardo Saúl Núñez, Mauro Gutiérrez, José Vidal, María de los Ángeles Arroyuelo, Oscar Sebastián Hernández, Javier Burgos y Pablo Schawallier; el desistimiento de los restantes testigos propuestos; la adjunción por la demandada Mapfre Argentina ART S.A. de la documentación que le fuera requerida y la formulación de alegatos por las partes.

10. Mediante providencia de fs.784 se ordena el pase de los AUTOS al ACUERDO para dictar la Sentencia Definitiva.

CONSIDERANDO: I.- Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1° de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Que el actor se desempeñó en relación de dependencia para CODAM SRL –ENSA UTE, siendo su fecha de ingreso el 25-01-2008, cumpliendo tareas de “ Ayudante de Albañil” de la Industria de la Construcción, en la obra de Acueducto y Planta Potabilizadora de Agua de la ciudad de Villa Regina (surge de los dobles ejemplares de recibos de haberes de fs. 25/47).

2. Que, las firmas Codam SRL, Enrique San Andrés Rivas y Basap S.A., conformaron una Unión Transitoria de Empresas, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 377 de la Ley

19.550. Las dos primeras firmas fueron las adjudicatarias de la obra “Construcción de Acueducto y Planta Potabilizadora en Villa Regina – Río Negro”. Acordando –posteriormente- la cesión de contrato participando en la construcción la firma BASAP, acordando que cada una de las sociedades tendrá un participación en el contrato del 33.33% cada una (esto se acredita con el contrato de fs. 71/72).

Además, cabe señalar que las accionadas al contestar demanda aclaran a fs. 104, que la Unión Transitoria de Empresas demandada esta conformada por las tres empresas, estando BASAP legitimada para estar en juicio y defenderse en función del contrato acompañado, pese a que la acción se dirigió contra las otras dos empresas, lo que puede explicarse en razón de que la documentación laboral que le fue extendida figuraba como empleadora “CODAM- ENSA UTE” (cfr. recibos de haberes de fs. 25/43).

A lo que cabe agregar que corrido el traslado del art. 32 de la Ley 1504 a fs. 235, el actor contesta el mismo a fs. 236/237, sin manifestarse sobre la integración de litis, ni ejercer oposición a la aclaración preliminar de las co-demandadas (empleadoras). Por lo que con buena fe contractual y procesal la parte accionada integró debidamente la litis, sin que medie oposición del demandante. Q Quedando disipada cualquier duda sobre la relación jurídica sustancial existente entre las partes.

3. Que la UTE empleadora tenía un contrato de afiliación con MAPFRE ARGENTINA ART S.A., instrumentado bajo el N° 96885, vigente desde el 19/06/2007 a la actualidad –al menos al momento de la contestación de demanda- (hecho reconocido por la ART co-demandada a fs. 203 vta.)

4. Que el día sábado 21-02-2009 en horas de la mañana el Sr. Zabala sufre un accidente de trabajo en la obra sita en Allemani 639 –Acueducto y Planta Potabilizadora- de Villa Regina, ocasión en que el balde de una retroexcavadora le aplastó la mano derecha (formulario de denuncia on line de fs. 3, y dictamen de Comisión Médica de fs. 8/13).

En tanto el dictamen técnico en Seguridad e Higiene a fs. 552 sobre los registro del hecho informa: “ ...En Libro Especial de Seguridad e Higiene y Contaminantes, se informa a folio 11 del mismo, en fecha 21 de febrero de 2008, fecha de asentamiento que tiene un error ya que cronológicamente a los asentamientos debe indicar 2009, donde se indica el siguiente texto: “ Dejo constancia en el informe del día de la fecha, el accidente ocurrido al operario Diego Zabala DNI 28947734 en el sector del predio de Obras Públicas. El mismo ocurrió en hora de la mañana en donde sufrió aplastamiento de mano derecha con el brazo de la retroexcavadora. El obrero fue trasladado hacia Clínica Central, donde se pidió derivación a Neuquén Centro CEMIC“. Firmado este

informe la responsable del Servicio de Higiene y Seguridad, la técnica de seguridad y finalmente el Jefe de obra. ...”.

En otra parte de su dictamen el perito dice: ”... La Aseguradora de Riesgos del Trabajo MAPFRE ver fs. 483 en el expediente, presenta un informe del accidente a fs. 483; se detalla en el punto (38) del formulario de investigación la siguiente conclusión del hecho: “ El accidentado se encontraba realizando señalización a una retro excavadora dispuesta en forma muy cercana, cuando la misma realiza un movimiento con el balde y aprisiona la mano de Zabala Diego (la persona se encontraba capacitada). El trabajador realizaba tareas de ayudante en obra en horario de 8.00 a 12.00 (día sábado). El horario de lunes a viernes de 8 .00 a 12.00 y de 13.00 a 18.00 hs.”.

5. Que recibió las prestaciones médicas de parte de MAPFRE ARGENTINA A.R.T. S.A. a partir de la denuncia y hasta el alta médica el día 28-12-2009 (se acredita con informe de Centro Médico Integral Comahue de fs. 344/421, y formulario de “ Finalización de la Incapacidad Laboral Temporaria –Alta Médica de fs. 5).

6. Que, con fecha 16-02-2010 se da intervención a la Comisión Médica N° 009 de Neuquén, tramitando el Expediente N° 018-L-00183/10, citando al actor a examen médico el día 19-03-2010, como consta en Acta de fs. 6.

7. Que el organismo emite dictamen el 30-03-2010 concluyendo: “... Que el damnificado sufrió un traumatismo de mano derecha como resultado del cual se le produjo una herida gravísima, con lesión de todos los planos y órgano, al ser oprimida por la pala de una retroexcavadora contra una pared, durante sus tareas habituales; Que la ART reconoció el siniestro y le brindó las prestaciones que consideró adecuadas a la evolución que presentaban las lesiones; Que el damnificado fue intervenido quirúrgicamente en numerosas oportunidades, realizó rehabilitación mediante fisioterapia y Terapia Ocupacional, perdiendo tres dedos y quedando una severa limitación funcional de los dos dedos restantes de su mano hábil; Que habiendo otorgado el alta médica, la ART procedió a la estimación de la incapacidad laboral permanente y dio inicio al presente trámite, solicitando la determinación del Carácter Definitivo de la misma; ...La contingencia se caracteriza como accidente de trabajo; ...La ART brindó las prestaciones en tiempo y forma y al momento actual se consideran suficientes...”.

Determinando su incapacidad permanente, parcial y definitiva en los siguientes parámetros: “... Amputación de 3°, 4° y 5° rayos completos de mano derecha con severa limitación funcional del Pulgar e índice restante, equivalente a la amputación del

segmento. 60,00%; Miembro Superior Hábil: Derecho 3,00%; Subtotal 63,00%; FACTORES DE PONDERACIÓN: Tipo de actividad: Alta (0 al 20%) (20% del 63,00%)...12,60%, Recalificación Laboral: Amerita (10%) (10% del 63%) ...6,30%; Edad: Entre 21 y 31 años (0 al 3%)... 3,00%, PORCENTAJE TOTAL: 65,00%...". Aclarando que: "...En caso de que una incapacidad permanente sea parcial por aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales y que por la incorporación de los factores ponderación se llegue a un porcentaje igual o superior al 66% el valor máximo de incapacidad será 65%. Dto. 659/95. Anexo I...". (Documental de fs. 8/13 e informe de fs. 313/321).

8. Que, MAPFRE Argentina ART SA. Le notifica con fecha 27-05-2010 mediante Carta Documento que luce a fs. 15, que debe proceder a la elección de una aseguradora de Renta Vitalicia a fin efectuarle el depósito del monto correspondiente a la indemnización ILPPD. Y le informan que al momento de hacer efectivo el depósito en la Compañía por usted elegida, recibiría el cheque de \$ 30.000 en concepto de pago unico adicional previsto por el art. 11 apart. 4 de la Ley 24557 y Dec. 1278/00.

9. Que, el 16-06-2010 MAPFRE Argentina A.R.T. SA le abonó al actor la suma de \$ 31.469,73 en concepto de "PAGO DE PUA – BENEFICIOS DEVENGADOS", conforme se acredita con recibo acompañado a fs. 20 de estos autos.

10. No obstante, el actor envía CD a la ART en los siguientes términos: "... En atención a haber recibo de Uds. Formularios de cotización para ser firmados y para elegir alguna entidad de las que operan en la modalidad de Seguro de Renta Periódica, expresando su notificación '...que al momento de hacer efectivo el pago del depósito en la compañía por usted elegida recibirá paralelamente, cheque por la suma de \$ 30.000, más beneficios devengados en caso de corresponder en concepto de pago único adicional de acuerdo a lo establecido en el art. 11 apartado 4 de la Ley 24557 u dec. 1278/00)', condicionando a la entrega del cheque citado a la presentación de los formularios indicados. Atento el estado de necesidad Alimentaria extrema en que me encuentro, ya que desde el alta médica en diciembre de 2009 no percibo recurso alguno para cubrir las necesidades propias y las de mi familia, hago saber a Uds que, firmaré los fomularios de 'cotización y selección' mencionados haciendo expresa reserva de reclamar judicialmente el pago de la indemnización completa, solicitando la declaración de incostitucionalidad del art. 14.2.b de la LRT, conforme fallo de la Corte Suprema "Milone..." del 26-10-2004...". (Documental de fs. 17 e informe de Correo de fs. 540/546).

Misiva que reitera mediante TCL de fs. 18 (04-08-2010) a otro domicilio de la aseguradora, con motivo de no haber recibido respuesta. Y amplía su requerimiento: “... Si bien no he recibido respuesta a la fecha vuestra aseguradora ha abonado la suma de \$ 30.000 en concepto de compensación dineraria adicional de pago único (art. 11 4-a LRT). No obstante y atento la vigencia del DNU 1649/09 art. 1º la misma debió ser de \$ 100.000.-Ello conforme a las disposiciones del art. 3º del Código Civil y a la inconstitucionalidad del art. 16 del DNU referido. Siendo de aplicación al caso los art. 7, 9 y 12 de la LCT. Por lo que INTIMO término CINCO DIAS abonen la suma de \$ 70.000 saldo adeudado conforme a la nueva normativa. Asimismo por el presente INTIMO a uds por el término de CINCO DIAS abonen la Indemnización sistémica correspondiente, \$ 180.000 en un sólo pago, de conformidad a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Milone“ y “Suarez Guimbard“, conforme a la reserva efectuada oportunamente, bajo apercibimiento de iniciar a las acciones judiciales pertinentes, solicitando la inconstitucionalidad de las normas que disponen el pago en forma de renta periódica...”.

11.- Que, el actor seleccionó y suscribió la documentación necesaria a fin de recibir las prestaciones de la LRT a través de Renta Vitalicia con la empresa San Cristobal Seguro de Retiro S.A., dando cuenta de ello la documentación de fs. 133/147. Esto más allá de que el actor cuestiona en contestación de traslado a fs. 236/237 el contenido de parte de esta documentación.

12. Que, también se acredita el daño físico sufrido por el actor mediante la pericia médica efectuada por el Dr. Néstor Fernando Andrada glosada a fs. 760/762. En la misma, luego de realizar la entrevista y el examen físico al actor, el experto concluye que el Sr. Zabala “...ha recibido la atención médica indicada para el accidente de marras. Las secuelas son las inherentes a este tipo de lesiones. Es destacable la secuela antiestética que afectará en la vida de relación del actor. Es menester destacar que las lesiones sufridas son consideradas como si hubiese perdido en forma total la mano. El Sr. Zabala Diego Fernando, como consecuencia del accidente descripto, presenta incapacidad parcial y permanente del 68% del VTO TENIENDO EN CUENTA LOS BAREMOS DE LA LEY ART. 24557. AMPUTACIÓN DE 3º, 4º Y 5º RAYO DE MANO DERECHA, LIMITACIÓN FUNCIONAL DEL PULGAR E INDICE. DISFUNCIÓN DE LA ART DE LA MUÑECA MIEMBRO SUPERIOR HABIL...” , acompaña fotografía que muestra la gravedad de daño físico padecido por el actor.

13. Que, la co-demandada MAPFRE ART impugna la pericia médica a fs 764, en dos

aspectos: 1) Dicen que el perito suma una limitación funcional del pulgar y el dedo índice pero no hace referencia a la limitación en grados de cada uno de los movimientos de los mencionados dedos, y 2) refiere una disfunción en la muñeca y otorga a esta un porcentaje de incapacidad, pero no menciona que tipo de disfunción presenta o en cuanto limita el movimiento.

14. Que el facultativo contesta la impugnación a fs. 768 solicitando se deniegue la impugnación. Pasando a responder en los siguientes terminos: “...Que el grado de movilidad y funcionalidad es 0. El grado de funcionalidad de la muñeca es 0. Que, con meridiana claridad se describe en la labor pericial que es igual la incapacidad a que si se le hubiese amputado el miembro. Sí tuviese algún grado menor de funcionalidad no sirve para nada, repito es más peligroso que si se le hubiese amputado el miembro...”.

15. Que respecto al daño psicológico, a fs. 432/435 la Licenciada Laura Gabriela Rodofile presenta pericia en la que en sus síntesis diagnóstica dice: “ ... De la evaluación de los Antecedentes, la Evaluación semiológica y Psicoclínica y la evaluación integral de las técnicas administradas, se concluye que el señor Diego Fernando Zabala es un sujeto de estructura neurótica que cumple actualmente con los criterios para el diagnóstico de una Depresión Reactiva moderada, crónica, en remisión parcial, sin síntomas psicóticos, reactiva al hecho de autos. La depresión reactiva se produce después de un estrés psicosocial grave. En el caso que nos ocupa el agente estresor fue el accidente y sus secuelas. También aparecen síntomas de Stress post traumático como por ejemplo los flashbacks, imágenes que se le imponen y generan un monto de ansiedad que hace pertinente recurrir a medicación para amortiguar los síntomas... Cabe aclarar que cuando decimos “sujeto de estructura neurótica“ lo hacemos desde la nosología freudiana, que contempla tres estructuras: Neurótica, Psicótica y Perversa, y significa que el sujeto en líneas generales está ajustado a la realidad y el funcionamiento de sus mecanismos de defensa es adecuado...”. En cuanto a la necesidad de tratamiento dice: “ ... Si bien no es posible saber cuándo una persona mejorará o cuándo esa mejoría será suficiente, en mi opinión se puede estimar una duración de 1 año de tratamiento tanto psiquiátrico como psicológico. La consulta al psiquiatra se estima mensual con un valor de \$ 300.- por consulta y al psicólogo semanal, con un valor de \$ 150.- por consulta. El valor estimado total es de \$ 11.400.- más la medicación psicofarmacológica que el profesional psiquiatra defina en su momento...”.

16. Que, el Perito en Seguridad e Higiene Ing. Alberto Julio Delord presentó su informe

pericial a fs. 547/559, donde efectúa Comentarios generales del informe, Relato de los hechos –de acuerdo a los escritos constitutivos de la litis-, detalla la documentación base de su dictamen –Anexo documentación fs. 560/596-, y pasa a contestar los puntos de pericia requeridos. Cuyas partes principales serán analizadas al momento de tratar el deber de seguridad.

17. Que, el 15-09-2009 la UTE empleadora le notificó la extinción de la relación laboral mediante CD que dice: “ ... En representación de CODAM SR-ENSA/UTE comunico a UD que a partir del día de la fecha, por finalización de trabajos, cesa relación laboral...” (Documental de fs. 48).

18. Que, el actor al momento de accidente tenía 27 años (nacido el 12-09-81), como surge del Dictamen de Comisión Médica de fs. 8/13.

19. Que, el Sr. Zabala tiene dos hijos menores Agustina Yael y Santiago Tomas, ambos de apellido Zabala (conforme copias Partidas de Nacimiento de fs. 22 y 23).

20. Que, ambos hijos menores están cumpliendo con su ciclo escolar, de ello dan cuenta las constancias acompañadas a fs. 24.

21. Por último, de la prueba testimonial rendida en la audiencia de vista causa, se acredita la mecánica del hecho dañoso.

El acto comenzó con la declaración de Edgardo Saul Nuñez, quien dijo conocer al actor por haber trabajado junto en la obra de la planta potabilizadora. Refirió que conoce San Andre Rivas por haberlo visto una vez, y que le pagaba CODAM SRL. Respecto del accidente, declaró que era el que manejaba la máquina, que les dejaron encargada la tareas de escavar un pozo, y les dijeron que la máquina estaba disponible. Menciono que le hicieron señas, suelta el comando y el brazo golpea la mano a Zabala, no sabe contra que, si sobre la pared o el aguilón. Detuvo la máquina y salieron para la clínica. Dice que llamó a Mauro Gutierrez y le aviso. Aclara que no era el conductor habitual de esa máquina, que el operario de la misma laboraba de lunes a viernes, y esa tarea era del fin de semana –un sábado a la mañana-, para aumentar la quincena. Había manejado la máquina unas tres veces. Agregó que fue una falla de la máquina, la pala no quedó quieta fue y volvió hasta atrás. Que la máquina no estaba en movimiento, el hecho ocurrió cuando la activaron. Explicó que el capataz Mario Monti lo llamó porque el era el pañolero, y le indicó que operar la máquina, que el día viernes lo llama y le dice que tienen que hacer ese trabajo con Diego Zabala y Vidal. Que la máquina estaba posicionada en el lugar que tenía que trabajar, y el capataz lo autorizó a que la operara. Mencionó que no había manejado máquinas en otras obras, ahí en la empresa sí, una

máquina que se llama Sky Track. Agregó que esa mañana estaban los tres solos, que no le habían dado instrucciones en caso de accidente, ni se les había indicado si había botiquín, o como actuar en caso de accidente. Por otro parte, dijo que Zabala estaba haciendo un pozo, y el otro operario y el dicente sacando tierra con la pala, lo guiaron para excavar con la retroexcavadora. Que ellos trabajaban con una pala y el dicente con la máquina, porque hay partes donde esta no llega, y cuando la puso en marcha, se empezó a mover y lo comenzaron a guiar a donde tenía que excavar. Refirió que tenía licencia para manejar máquinas desde 2007, que ya la había usado, pero en este caso hacía dos días que había llegado la retroexcavadora que venía alquilada con chofer que trabajaba de lunes a viernes, y el sábado el trabajo lo hacían ellos.

Continuó el testigo Mauro Gutiérrez que declaró conocer a Zabala de la obra. Que esta la llevaba a cabo la Ute CODAM SRL y San Andres Rivas Enrique. Mencionó que era empleado de CODAM SRL y estaba encargado de la administración de la UTE. Dijo que ese día no estaba en la obra, pero fue informado de inmediato por Jefe de Obra el Ing. Cordeu y la Jefe de Seguridad e Higiene Natalia Carbonari –Lic. En Seguridad quienes lo llamaron de inmediato, para que activen los mecanismo habituales, por lo que por via internet hizo la denuncia on line, en MAPFRE, porque tenía la clave, pero igualmente ya le estaban atendiendo.

Aclaró que el viernes sabía de las tareas que se iban a hacer el sábado, el Jefe de obra y el Capataz se lo habían dicho, que eran trabajos manuales o menores que se le encargaba a los trabajadores. Explicó que después se enteró como había sucedido el accidente, que supo que habían puesto en marcha una retroexcavadora de propiedad de la UTE, para agilizar la tareas se prendieron a la máquina, pero no era la directiva que tenían, porque no fue convocado el maquinista habitual Tomás Zabala, que vivía en Villa Regina y era el padre del actor. Que la tarea encomendada era perfilar con pala para que entre el caño, excavar un poco y dejar perfilado. Era una tarea manual, no se podía hacer con la máquina ese trabajo. La retroexcavadora se guardaba a 25 metros del lugar en unos galpones que no tenían cerramiento. Había un metro medio antes de la loza que había que zanjar. Ese día estaba el actor, Nuñez, Vidal y creo que había un muchacho más. Nuñez Edgardo era pañolero. Que éste no estaba habilitado para manejar la máquina pero se lo estaba capacitando. El capataz era Mario Monti y le dijo quienes iban a ir al otro día y qué iban a hacer. Dijo que esa máquina era nueva, no tenía más de un año en la empresa; que la compraron para esa obra, era una JVC. Explicó que la zanja que tenían que hacer era de un metro o metro y medio. Se tenía que poner un

caño de acero de 300 a 400 milímetros. El pozo tenía que tener una profundidad de un metro y medio y de ancho un metro y medio máximo. Las instrucciones las daba el capataz y el ingeniero de obra. La llaves del equipo estaban en el pañol.

Seguidamente declaró José Vidal dijo conocer al actor de la obra, y haber trabajado para CODAM SRL. Manifestó que estaba ese día y tenían que hacer una excavación con máquina, estaban el dicente, el actor y el maquinista. El actor fue a mostrar donde tenía que hacer el pozo y la máquina hizo un movimiento que provocó el accidente. Esto fue un sábado, que estaban haciendo horas extras. Que el capataz Mario les había dado la directiva de hacer el trabajo. Refiere que la máquina estaba en el lugar en donde tenían que trabajar. La máquina estaba a 6 o 7 metros al aire libre lugar donde tenían que hacer el pozo. Dijo que no sabe si el capataz le había dicho que manejara la máquina a Nuñez. Éste trabajaba en el pañol. Que a Nuñez lo vio en el río manejando una máquina. Sobre el accidente dijo que Zabala fue a indicarle, se movió la máquina, y le golpeó la mano. Dijo me rompió la mano, y después lo llevaron al médico. Que no había nadie más en la obra. No estaban ni Natalia Carbonari ni Gastón Cordeu. El pañol estaba a 15 metros del pozo. Que cuando llegó ellos estaban en el pañol.. Los sábados cuando se trabajaba no había nadie de la empresa, ni el capataz. En el pañol había un botiquín. Mencionó que ese día trabajó con la pala sacando la tierra suelta que no podía sacar la máquina. Dijo que después el capataz le pidió que contara como había sido el accidente. Y contó que la máquina era alquilada y venia con maquinista. Sobre capacitación dice que no recibió, no obstante, al exhibirsele la documental de fs. 95 reconoce su firma, y explica que si recibió esa capacitación y se le enseñó a usar los elemento como cascos, guantes, antiparras, botines, ropa de trabajo, pero no recordó si se hablo del uso de la retroexcavadora.

A su turno, declaró María de las Mercedes Arroyuelo dijo que el actor era un obrero de la obra, que la ella cumplía la función de seguridad e higiene contratada para la UTE. Y al momento del testimonio seguía trabajando para Codam. Aclaró que su servicio es externo. Relata que el accidente sucedió un sábado, el 21 de febrero de 2009, que era un trabajo que se había dispuesto el día anterior, e iba a ser coordinado por el capataz y jefe de obra. Se tenían que hacer presentes Zabala y dos oficiales Nuñez y Vidal. Que el trabajo consistía en el retiro del material para una rectificación; era descubrir un caño para el lunes continuar con el trabajo. Tenían que retirar tierra del hueco a pala. Aclaró no saber como estuvo involucrada la máquina, que ese día la dicente no estaba en la obra. Que Natalia Carbonari estaba trabajando pero en el río, no en esa obra. Adujo que

fue una negligencia del obrero que manejó la máquina, primero en tomarla sin tener un orden para hacerlo y segundo que no tenía habilitación. Refirió que después del accidente se hizo una investigación que estuvo a su cargo, más bien informal porque a partir de ahí pueden saber qué fue lo que se hizo mal. Entrevistó a la gente que intervino, concluyendo que se dispuso de esa máquina irregularmente. Se dictaron cursos de capacitación y todos sabían que como operarios no podían estar cerca del radio de operaciones de la máquina. Informó que los servicios que tenía contratado con la UTE, era estar en obra, verificar los trabajos, hacer un programa de seguridad para todas las etapas de la obra, y llevar el control; se controla en obra si el programa de seguridad se va llevando a cabo. Agregó que esa obra recibió visitas de la ART antes y después del accidente, y seguramente les hicieron recomendaciones. Refirió que visitaba todos los meses a la técnica que visitaba la obra en forma personal. Y que en este caso se reunió con el jefe de obra y con el capataz para ver cómo había sucedido el accidente.

El testigo Oscar Sebastián Hernández declaró conocer al actor de lo que era Codam, por haber trabajado en esa obra. Relato que ese sábado a la mañana estaba en la costa del río trabajando con una máquina Sky Track. Que le contaron que Zabala había tenido un accidente, le apretaron la mano con la retro. Que en ese tiempo el dicente manejaba una retro, entró como ayudante y terminó como maquinista. Mencionó que trabajaban los fines de semana para hacer unas horas extras. Y bueno le decían querés hacer este trabajito con la máquina y así fue aprendiendo, y también le enseñó el maquinista. Dijo que a Nuñez lo vio manejando la retro, la usaba desde antes que él. La máquina del accidente era nueva en la obra, aunque no sabe si era usada. Refirió que ese día no fue la técnica en seguridad e higiene. El dicente trabajaba sólo en el río corriendo los paquetones de fierros del lugar. Las máquinas quedaban en el obrador siempre y las llaves quedaban siempre puestas. Agregó que Nuñez manejaba más que él la máquina, no sabe si se fue de pañolero después que le dieron la máquina al deponente. Dijo que él no estaba presente cuando los convocaron a trabajar para el sábado al actor y a Vidal. Que la máquina que operaba, antes la operaban Tomás Zabala y Nuñez. Aclaró que le dieron unas 6 hojas de instrucciones del trabajo. Que la máquina del accidente era una Sky Track. En toda la obra había dos máquinas hasta que llegó la nueva que fue la del accidente. Que le dieron una charla con esas hojas. Y aclaró que la máquina no se puede operar si hay personas en su radio.

Continúo, el testigo Javier Alejandro Burgos que declaró conocer al actor de la obra de

Villa Reina, que trabajaba para Coda. Era el el Jefe de Obra. Cuando terminó la obra se desvinculó de la empresa. Contó que el accidente pasó un día sábado en el cual por lo general no se hacen trabajos en la obra, solo se hacen tareas menores esos días. Dijo que ese día se encargó una tarea menor en la que no se podía utilizar la retro. Que tomaron una máquina que no se podía tomar y se produjo el accidente. Que estaba en Roca cuando le avisaron del accidente. Mencionó que no había posibilidad técnica para hacer ese trabajo con una máquina. Explicó que tenían que rectificar el hueco - que se ve en la foto, es decir, ampliar en hueco un poco más para insertar la cañería. La retro tiene un balde y la única explicación era que los obreros tiraran la tierra en el balde y ahorrar un paso. Que el capataz era Mario Monti. Aclaró que él dió las directivas estando presente el capataz, y como no había que usar la máquina no se citó al maquinista. Estaba sobrentendido que no se tenía que usar la maquina. No hubo una prohibición expresa. Refirió que en esa reunión de instrucciones estaban Vidal, Nuñez, no recordó bien. El que manipuló la máquina fue Nuñez. Dijo que cuando se enteró llamó a Gutiérrez. Señaló que no se tomó ninguna decisión con Nuñez era de confianza, y eficiente, de los que no abundaban en la localidad, y nunca se planteó ninguna decisión de tomar algo contra él. Aclaró que las que herramientas que tenían que utilizar eran herramientas de mano, pico, pala, carretilla. Dijo que esa obra tenía capacitaciones habituales en seguridad e higiene, se cumplía con rigor porque iban junto con cada certificación, sino no se cobraba. Que esa máquina la usaba el padre del actor y Nuñez en algunas ocasiones con supervisión. Hay que tener un carnet profesional para usar esa máquina. Que no hubo mucha charla porque era un trabajo muy fácil, no era complicado.

Por último declaró Pablo Diego Schwallier , quien dijo conocer al actor de Ing. Huergo, por ser vecino, y estar casado o juntado con su prima. Mencionó que la familia esta compuesta por la señora y dos chicos, la nena de 8 años y el varón de 5 años. Que el actor era sostén de familia y la esposa estudiaba magisterio. Después que ocurrió el accidente, anduvo mal porque no tenia dinero y se tuvieron que ir a Chichinales a una casa prestada. Que los vecinos los ayudaron. En su caso con ropa de sus hijos que les iba quedando. Que actualmente vive en la casa de la suegra en Huergo. Zabala esta adelante y la suegra vive atrás. La señora empezó a trabajar de maestra. Refirió que se aisló bastante, como un año le llevó la convalecencia. Dijo que actualmente no trabaja el actor, no sabe porque. Está yendo a una Iglesia Evangelica que fue lo que lo sacó adelante. Va a distraerse porque estan construyendo, les explica y colabora.

II.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver

este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

Como surge del escrito de demanda, la pretensión que suscita estos autos, esta dirigida obtener la reparación integral de los daños. Detallando para su distribución entre los demandados: que la ART deberá abonar lo que le corresponde conforme las disposiciones de la Ley 24557, y a las empresas empleadoras que conformaban la UTE la diferencia entre lo percibido y el resarcimiento integral del daño ocasionado que considera corresponde por el mismo infortunio, en las condiciones previstas por los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, atribuyendo culpa al principal por la elección de elementos de trabajo, determinación del horario, elementos de seguridad brindados, e incumplimiento de la normativa en Seguridad e Higiene; además le atribuye responsabilidad de la condición de titular de la cosa riesgosa causante del evento (pala retroexcavadora).

A.- Inconstitucionalidad el art. 39 apart. I de la Ley 24557. La parte actora plantea la inconstitucionalidad de esta norma con la pretensión de que se reconozca íntegramente el derecho del trabajador a ser resarcido, de lo contrario se vulneraría los arts. 16, 17, 18, 19, 20, 31, 75 inc. 22 y 23, arts. 11, 15 Constitución Provincial, y distintos convenios internacionales.

Destacando que la norma de la LRT en cuestión colisiona con el derecho a la igualdad ante la ley, el principio *alterum non laeder* –la obligación de no dañar-, y el derecho de propiedad, invocando la doctrina de la CSJN en el caso “Aquino”.

Ello, a partir de que el art.39, inc.1º, de la Ley 24.557, dispone que "...las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sólo excepción de la derivada del art.1072 del Código Civil...".

Planteo que in limine corresponde admitir, sin mayores consideraciones que la remisión a los fundamentos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A." (Sentencia del 21/9/2004 en Fallos 327:3753), "Cura, Hugo O. c/ Frigorífico Riosma S.A." (Sentencia del 14/6/2005), "Díaz, Timoteo c/ Vaspia S.A." (Sentencia del 7/3/2006, en Fallos 329:473) y "Aróstegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía" (Sentencia del 8/4/2008 en Fallos 331:570), entre otras, que este Tribunal receptara casi desde su constitución, en autos "Quevedo, Estefanía Fabiana c/ Parmalat Argentina S.A. s/ Reclamo" (Expte.Nº 2CT-15.660-03, Sentencia Definitiva del 27/2/2009), y "Suarez Pedro Rolando c/ Diomedi Juan; Diomedi Alberto Eduardo y

MAPFRE Aseguradora ART S.A. s/ Reclamo” (Expte.Nº 2CT-18900-06, Sentencia Definitiva del 11/12/09), criterios que ha sido reiterado en numerosas ocasiones.

A lo cual cabe añadir la doctrina también del Alto Tribunal de la Nación en autos "Llosco, Raúl c/ Irmi S.A." (Sentencia Definitiva del 12/6/2007, en Fallos 330:2696), en orden a que "...nada impide que la víctima de un infortunio laboral, luego de percibir la indemnización por incapacidad permanente a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo, pretenda obtener una reparación por la vía del derecho común de parte del empleador, previo planteo de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley de accidentes y riesgos del trabajo 24.557, ya que la percepción de la reparación tarifada sólo importa, para el reclamante, el sometimiento voluntario a las normas relativas a dicha reparación, mas no al resto de las disposiciones de la citada ley especial, sin que exista interdependencia o solidaridad inexcusable entre unas y otras...".

Claro que todo sujeto a un análisis diverso de aquél que frente a la simple comprobación del acaecimiento del infortunio "por el hecho o en ocasión del trabajo" (arg.art.6º de la LRT) posibilitara la consolidación del derecho resarcitorio en las condiciones sistémicas. Pues aquí, aunque acreditados desde el vamos el hecho y el daño, la atribuibilidad a los fines que se pretenden se halla sujeta a la comprobación del nexo causal eficiente entre ambos, lo cual ante los términos en que se formula el planteo depende de la acreditación de las acusadas condiciones riesgosas en que se cumplían las tareas al momento del infortunio.

De suerte que como primera cuestión habrán de esclarecerse las circunstancias en que se produjo el accidente, no profundizadas en la instancia anterior en razón de los requerimientos de la normativa especial, pero que aquí resultan en cambio fundamentales, desde que como sostuvo la Dra. Gabriela Gadano en su reciente voto en autos "Rubí, Pablo c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ accidente de trabajo" (Expte.Nº H-2RO-676-L2013- H-2RO-676-L2013, Sentencia Definitiva del 23/2/2016), en la acción civil no da igual la forma en que ocurrió el hecho dañoso, ni la significación de la actividad desarrollada por el dañado para que el accidente se produjera. Pues así como ésta carece de trascendencia cuando nos encontramos de frente a la acción especial de la ley 24.557, en la que para excluir la responsabilidad del empleador se requiere que el dependiente haya actuado con "dolo", en el marco del derecho común pasa a ser un elemento esencial al momento de formular el mérito del accionar del dañado de frente a la cosa.

B.- Inconstitucionalidad del art. 49 disposición adicional primera de la Ley 24.557 y art.

75 de la LCT: Asimismo el accionante tacha de inconstitucionales ambas normas en tanto limitan el deber de seguridad reconocido en el art. 75 de la LCT en clara violación del art. 19 de la Constitución Nacional.

Introduciendo el art. 49 disp. Adicional primera de la LRT una modificación al art. 75 de la LCT, normas que en este plexo normativo merece la misma tacha de inconstitucionalidad que el art. 39 apart. 1 de la LRT.

Pues de la mirada de las disposiciones normativas contenidas en los arts. 1, 2, 6 y 39, integradas en consonancia con la manda del art. 49 Disposición adicional 1º de la Ley 24557, hacen del régimen prestacional de dicha ley un sistema hermético. Es decir, operan como un andamiaje donde toda lesión o disminución de la aptitud laboral de un trabajador causada en el desempeño del trabajo sea derivado al sistema de la ley 24557. Así, la modificación introducida al art. 75 de la LCT por la disposición adicional 1º del art. 49 de la Ley 24557, prevé, en su ap. 2, que “...Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior –normas legales sobre higiene y seguridad del trabajo- se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas...”.

El art.75 de la LCT mediante su apartado 1º se enlaza con uno de los objetivos de la Ley 24.557, cual es la prevención (art.1.2.a) y mediante el ap. 2º de dicho precepto de la LCT se patentiza la intención del legislador de contener en un único régimen legal toda reparación a que dé lugar la disminución laborativa que puedan padecer los trabajadores en relación de dependencia en el desempeño de su débito laboral.

Tal diseño normativo provoca una inequívoca delimitación y la derivación, mediante el ingreso de todo daño laboral, hacia el régimen implementado por la Ley 24557 –objetivo de autosuficiencia y hermeticidad expresamente declarado entre sus postulados- y la consecuente imposibilidad de predicar que existan accidentes o enfermedades que permanezcan fuera del sistema.

Esquema que se cierra con el art.39, apart.1º, de la LRT que exime a los empleadores de toda responsabilidad civil, con excepción del supuesto previsto por el art.1072 del Código Civil.

Ahora bien, frente a un daño verificado motivado por riesgo o por incumplimientos derivados de culpa o negligencia que tornan operativa la responsabilidad extracontractual del empleador, se pone en evidencia la ruptura del sistema de la LRT

con la Constitución Nacional. En tanto el art. 14 bis dispone que: "...El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...", y de la expresa manda de la que da cuenta esta norma: dichas leyes "asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor", todo esto en el marco de protección que merece el trabajador como sujeto de preferente tutela (CSJN "Aquino").

Asimismo, desde el punto de vista del empleador, se produce un enriquecimiento indebido –al eximirlo del pago de lo adeudado- y la habilitación a la lisa y llana impunidad de sus actos u omisiones ilícitos, habida cuenta que permanece ajeno o liberado del deber de resarcir por los daños derivados del riesgo que introduce en la mecánica laboral o directamente provocados por su culpa o negligencia.

Es por todo ello que resulta impensable, no sólo la desprotección de las víctimas de infortunios laborales mediante la erradicación del resarcimiento de los daños padecidos, sino lisa y llanamente la consagración de la impunidad que inocultablemente la norma proyecta en relación al responsable del hecho lesivo. Dados los términos de la pretensión, corresponde hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad del art. 39 apart. I LRT y del art. 49 Disposición I de la LRT que modifica al art. 75 de la LCT y por proyección ineludible el apartado 2º de la misma disposición.

C- Pretensión de daños y perjuicios con fundamento en el Código Civil.

Debo partir el análisis de que tenemos certeza de la existencia del daño que le produjo una minusvalía física del orden del 68% - pericia de fs. 760/762- sobre la capacidad total obrera como dijera supra, consecuencia de las graves lesiones sufridas en su mano derecha –amputación de 3º, 4º y 5º rayos completos de mano derecha con severa limitación funcional de pulgar e índice restante, equivalente a la amputación del segmento, más otras lesiones que afectaron toda la mano- , equivalente a amputación de la mano, conforme opinión de la perito, la que a su vez considera que guarda relación causal con las circunstancias fácticas informadas por el trabajador damnificado. Daño sufrido por el "hecho o en ocasión" del trabajo, pues fue en pleno cumplimiento de su quehacer habitual como eran sus tareas de Ayudante Albañil en la obra del Acueducto y Planta Potabilizadora de la ciudad de Villa Regina.

Circunstancia por sí suficiente para operar como factor de atribución de responsabilidad bajo los parámetros del derecho común, desde que si para llevar adelante el objeto empresario se contratan dependientes que a cambio de una remuneración tienen la obligación de prestar tareas, el beneficiario de la fuerza de trabajo puesta a disposición debe además garantizar a quién lo preste que al hacerlo no comprometa ni su salud ni su

vida.

El Dr. Horacio Schick, en su obra *Riesgos del Trabajo- Temas Fundamentales*, pág. 231, al analizar la teoría del riesgo en el contexto laboral, entre otras cosas dice: “ ... El empresario-empendedor que es operador del mercado (en el sentido amplio de productor de bienes o prestador de servicios) en cualquier rama de la actividad (lucrativa o no) - subrayó para destacar- , aun con limitaciones con frecuencia dotadas de la coactividad, pone en marcha una determinada estructura organizativa predispuesta para la producción de bienes o el ofrecimiento de servicios que representa en sí misma un ámbito de riesgos que, en su gran mayoría, contiene específicas “situaciones de peligro” para los terceros y, en particular, para los trabajadores, quienes, con su prestación, hacen posible la concreción material del fin perseguido por el empresario-empendedor. La distinta situación formal de la conducta finalista de los trabajadores y empleadores se proyecta sobre la situación material de su realización y de los efectos que se derivan de ella. El prestador de trabajo se encuentra personal y socialmente bajo la coacción de obtener medios de subsistencia y esta coacción es extrajurídica, proviene de situaciones externas, objetivas y socio-económicas que precalifican su ingreso al mundo jurídico a través del contrato de trabajo. La coactividad, en consecuencia, no es jurídica y casi podría ser calificada de prejurídica, pero presenta –a semejanza de la coacción jurídica- un forma de sanción indirecta ya que, si el trabajador no ingresa en el circuito jurídico del contrato de trabajo, pierde el acceso a la remuneración cuya función instrumental es la permitirle obtener en el mercado sus medios de subsistencia. En esas circunstancias y en el marco de limitaciones materiales tan severas, el trabajador ingresa en la esfera de riesgos de la actividad económica del empleador y, más aún, penetra en la “zona de peligro” de la misma –su face crítica-, de modo que, en relación a ambas, el “riesgo“ es un estado necesario, no eludible y potencia pero presente, cuya verificación origina la situación de daño...”.

Como se sostuvo por esta Sala en los citados autos "SUAREZ, PEDRO ROLANDO", es ello producto de representar la tarea encomendada en sí misma un riesgo trascendente y ser la transformación de ese riesgo en un resultado dañoso una consecuencia posible, aún cuando se tomen medidas para evitarlo y se proveyeren elementos de seguridad suficientes.

En el presente caso no se encuentra controvertida la fecha, ni el lugar, ni que el accidente ocurrió en el trabajo. Lo que si se discute por las partes son las circunstancias en que sucedió el mismo en cuanto a las tareas, las herramientas utilizadas y las

imprudencias de los sujetos involucrados en el mismo.

Por un lado, la parte actora afirma que delante de la pared bajo la cual debían realizar un pozo se encontraba la retroexcavadora, y que mientras el actor y su compañero Vidal observaban el lugar donde se debía realizar la excavación, el Sr. Nuñez se sube a la máquina, y por una mala maniobra, mueve equivocadamente el comando y el brazo de la pala retroexcavadora se desplaza hacia el costado en un latigazo atrapando la mano de Zabala contra la pared.

Que en ese momento no había en el lugar ningún tipo de señalamiento, ni medida de seguridad, ni se encontraban el capataz ni el responsable de seguridad e higiene, que dirigiera las tareas. A más de destacar que el Sr. Nuñez estaba aprendiendo a operar la pala retroexcavadora, y no contaba con habilitación profesional.

A su turno, la UTE demandada niega que la retroexcavadora estuviera en lugar donde tenían que realizar el trabajo – remitiéndose a las fotografías que acompaña-, ni que estuvieran autorizados para poner en marcha la máquina. Sin embargo, reconoce que el compañero de trabajo realizó una mala maniobra no autorizada, señalando que el actor se encontraba a escasos metros de la máquina lo que esta vedado, conforme capacitación recibida el 06-11-08. Dice que es falso que los oficiales no hubieran recibido instrucciones, por el contrario el personal se capacita de manera permanente.

Por ende niega que no se cumpliera con las medidas de seguridad necesarias para la tarea, y aclara que ese día en lugar se encontraba el 2º Jefe de Obra. Aduciendo que la tarea que tenían encomendada no se necesitaba conocimientos especiales, bastaba que lo realizaran 3 ayudantes. Ni siquiera era necesario ser oficial para su ejecución.

Sin embargo, reconoce que quien puso en marcha la máquina no contaba con la habilitación para ello por lo que le estaba vedada tal actividad.

Ahora bien respecto de estos hechos controvertidos cabe pasar a hacer merito de la prueba producida en autos.

De los testimonios brindados en la audiencia de vista de causa, puedo extraer las siguientes conclusiones:

1-El trabajo a realizar consistía en el retiro del material para una rectificación, es decir, tenían que descubrir un caño para poder poner un caño de acero de 300 o 400 milímetros. Para lo cual tenían que hacer un pozo de un metro y medio, después de una loza o vereda (dichos de testigos Nuñez, Gutiérrez y Arroyuelo);

2- Las directivas de trabajo las dieron el día viernes el Jefe de Obra Javier Alejandro Burgos y el Capataz Mario Monti, y que se trataba de tareas menores (dichos del propio

Burgos en la audiencia y de Arroyuelo);

3- Los testigos presenciales del hecho mayormente coinciden en sus dichos sobre el lugar en que se encontraba la máquina, y las ordenes sobre su uso, así el Sr. Nuñez dijo que: “ ... la máquina estaba posicionada en el lugar que tenía que trabajar. Que el Capataz me autorizo a manejarla...” , en tanto, el testigo Vidal dijo: “...la máquina estaba en el lugar en donde teníamos que trabajar, a unos 6 o 7 metros del lugar donde tenían que hacer el pozo. No sé el capataz le habrá dicho que manejara la máquina a Nuñez...”. A lo que cabe agregar que el testigo Burgos –Jefe de Obra- declaró “ ...Como no había que usar la máquina no se citó al maquinista. Estaba sobrentendido que no se tenía que usar la máquina. No hubo una prohibición expresa. Nunca se habló de la máquina en la reunión. En esa reunión de las instrucciones estaba Vidal, Nuñez, no recuerdo bien...”. Por otro lado, según los dichos del testigo Mauro Gutiérrez y Oscar Hernández la máquina se guardaba 25 metros en unos galpones que no tenían cerramiento, y que las llaves de la máquina estaba en el pañol. De todo esto puedo concluir por los dichos testigos presenciales que la máquina estaba próxima al lugar donde tenían que realizar la tarea encomendada, que la directiva sobre su uso no fue clara de parte del Jefe de Obra, quien a su vez dijo que cuando se investigó el hecho, Nuñez le dijo que Monti le había dicho que usara la máquina si era necesario.

4- Que ese día los trabajadores Nuñez, Vidal y Zabala estaban solos en la obra. No estaban ni Natalia Carbonari ni Gastón Cordeu –gente de seguridad e higiene-, ni el capataz, conforme los dichos de los testigos presenciales y protagonistas del accidente que sufrió el actor. A su vez, el testigo Hernández que estaba trabajando en el río, dijo que ese día no fue la Técnica en Seguridad e Higiene. Y respecto del Jefe de Obra Burgos, el mismo declaró que ese día se encontraba en Roca.

5- Las declaraciones fueron coincidentes en que la empresa tenía un servicio de Seguridad e Higiene de carácter permanente, y que recibían capacitaciones habituales, que se cumplían rigurosamente porque se acompañaban con cada certificación de obra, siNO no cobraban (dichos de Arroyuelo y Burgos).

6- Que el servicio de Seguridad e Higiene que tenía contratado la UTE era estar en obra, verificar los trabajos, hacer un programa de seguridad de todas la etapas de la obra y llevar un control, se controlaba en obra que el programa de seguridad de se lleve a cabo (dichos de Arroyuelo).

7- Que, el infortunio ocurrió con la retroexcavadora conducida por el Sr. Nuñez, y que los otros dos operarios le hacían señas indicativas de donde tenía que hacer el pozo, que

el conductor activa la máquina y al soltar el comando el brazo de la pala no quedó quieto fue y vino hacia atrás golpeando contra la mano de Zabala, que aparentemente fue una falla de la máquina. (dichos de Nuñez).

8- Que, respecto de la ubicación de Zabala al momento en que ocurre el accidente se dijo que estaba arriba de la vereda desde le hizo la señas indicativas del lugar a excavar (dichos de Vidal).

Acreditados estos presupuestos fácticos controvertidos por las partes, pasaré a analizar la responsabilidad de la empleadora.

A los fines de considerar la aplicación del artículo 1113 Cód. Civil, en el ámbito laboral, debemos partir de que no existe una definición legal del riesgo, por lo que en general ha quedado librada a la apreciación de peligrosidad de la cosa al examen de los hechos.

Siguiendo el análisis del Dr. Schick: "... En el ámbito laboral, es necesario realizar una apreciación conceptual amplia de la acepción de "cosa". En tanto, el trabajador desarrolla su actividad inmerso en un ambiente organizacional mediante el intercambio con su entorno y manejando dinámicamente su cuerpo, las herramientas y los materiales; los equipos, las máquinas y los demás instrumentos de trabajo y el ambiente físico, es decir, el piso, techo y paredes; el aire, el agua y los demás fluidos, así también como las radiaciones y la energía en todas sus formas. La manera en cómo se lleva adelante las posturas laborales, el modo en cómo se desembolsa la energía del trabajador para la realización de las tareas, forman parte del entorno laboral, es decir que la organización del trabajo es parte integrante de dicho entorno dado que según ésta se diseñe, los resultados del contenido de trabajo serán diferentes, más o menos productivos, más o menos confortables, más o menos estresantes y más o menos riesgosos y/o peligrosos.

También se deben incluir los factores organizacionales y de dirección de la empresa o establecimiento a que se haya sometido u obligado el trabajador, como la jornada, el descanso, las relaciones de mando, etc.

En resumen, cada entorno de trabajo queda definido por un cúmulo de "cosas", como el conjunto de elementos que conforman integralmente el entorno del puesto de trabajo, incluyendo los factores organizaciones, ambientales e instrumentales..." (Obra citada, pág. 235, nota 57 Geretto Jorge, Ponencia presentada en las XI Jornadas Latinoamericanas de Seguridad e Higiene en el Trabajo de la ALASEHT, Santiago de Chile, Octubre de 1997).

La jurisprudencia más moderna ha extendido el concepto trascendiendo el puro criterio físico del término cosa incluyendo 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 artículo 1113 no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto. En otras palabras, el vocablo cosa se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y toda actividad laboral. Si a ello se agrega que, cuando estas tareas pudieran generar un resultado dañoso, deberían ser incorporadas al concepto de cosas riesgosas, de donde se deriva su inclusión en las previsiones del artículo 1113 del Código Civil.

“ No es admisible distinguir, a los efectos de determinar el derecho que pueda asistir al trabajador, si el daño fue producido por las cosas o en ocasión de realizar tareas con ellas propias de la actividad, pues ello implicaría un apartamiento del concepto jurídico que cabe asignar a aquel vocablo en el contexto del artículo 1113 del Código Civil. El daño en cuestión no puede dejar de asociarse con las tareas que cumplió el trabajador, si es propio de ellas; su pretensión no puede desecharse sin el debido análisis de las labores desarrolladas y de las circunstancias en que se cumplieron”. (CSJN, Fallo 311: 1694, “Nobriega Horacio Julio c/YPF”).

Que dentro de la teoría de la causalidad adecuada, se impone determinar cual es la causa de un daño. Que debe desentrañarse la causa jurídica, no la causa material. Que el juicio de probabilidad consiste en establecer si una acción es o no idónea para producir un determinado resultado, conforme cualquier hombre normal puede prever. En tal contexto incumbe al actor probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando cuando se trata de cosas inertes la posición o el comportamiento anormal de las cosas o su vicio, pues para que rija el art. 1113 del C. Civil, no se requiere que haya intervenido activamente en la causación del daño

En este caso ha quedado demostrado que el daño se produjo en ocasión de estar el actor señalando el lugar donde se debía realizar el pozo –tarea encomendada-, y tenía que llegar la pala de retroexcavadora, la que PORuna maniobra brusca/equivocada del operador del equipo (Nuñez) se desplaza y golpea su mano derecha.

No se discute por la parte que el evento dañoso ocurrió con la pala retroexcavadora, la que de por sí constituye una cosa riesgosa. Más aún en vistas de que el operador del equipo no estaba habilitado para su manejo, hecho reconocido por la empleadora demandada.

Todo lo cual torno altamente riesgosa la tarea a realizar, pues como destaca el perito en

Seguridad e Higiene en su respuesta al punto 21 de pericia “ ...Se observa que no había una metodología definida para el análisis previo de riesgo de las tareas. El uso de equipos sin habilitación por la falta de una metodología que limite la operación de un maquinista sin habilitación, es una demostración de faltas de control operativo sobre el personal. Que un trabajador pueda operar una máquina sin autorización es sinónimo que el equipo no poseía limitación alguna para su manejo...”.-

Quedando en evidencia el riesgo que representa el manejo de equipos de obra, elemento de uso habitual en la construcción, lo que requiere el estricto cumplimiento de normas preventivas así como la capacitación sobre el tema. Pues estamos en presencia de una actividad riesgosa por el uso de elementos o herramientas que pueden representar peligro, pero a su vez con el manejo de elementos y materiales que requieren un conocimiento y dominio del mismo para la ejecución de las tareas, de manera de evitar daños y accidentes.

Es por ello que el supuesto cuadra en las disposiciones del art.1113 del Código Civil, por aplicación del factor objetivo de atribución del riesgo creado, al margen de cualquier noción de culpa y como una imputación ajena a factores subjetivos, habida cuenta que el riesgo se instala por el carácter riesgoso en sí de la cosa, independientemente en la forma en que ésta se hubiera llevado a cabo.

Ni más ni menos que de la denominada "responsabilidad objetiva basada en una imputabilidad por riesgo creado", que como bien explica Jorge Mosset Iturraspe, requiere la presencia de este último como elemento positivo no equiparable con la mera ausencia de culpa y en cuya sustancia es imputable "...quien conoce y domina en general la fuente del riesgo; quien es el centro ... de una organización, ... de una empresa: porque emplea personas, usa cosas muebles o inmuebles, automotores, etcétera. Y '\por este simple hecho\' debe esa persona cargar con las resultancias dañosas...". Pues "...una organización o empresa es creada con fines de lucro, para la obtención de ganancias o beneficios y si, en el ejercicio de sus actividades propias surge la posibilidad de un riesgo al margen de todo comportamiento culposo o doloso que se traduce luego en un daño, es justo que sea indemnizado por quien '\conocía y dominaba en general la fuente del riesgo\'..." (cfr. "Responsabilidad por Daños", Rubinzal Culzoni Editores, 2004, Tomo I, pág.189 y ss.).

Resultando tales principios, como sostiene el destacado autor, aplicables a las actividades riesgosas o peligrosas, bajo una interpretación del antiguo texto del art.1113 del Código Civil (subsumido en los actuales arts. 1717, 1749, 1753 del Código Civil y

Comercial), amplia, inteligente y que "...demuestra la riqueza de las normas, su vida autónoma al margen de la mens legislator y su aptitud para dar respuesta a las exigencias sociales nuevas...".

Máxime cuando "...el descubrimiento de las actividades riesgosas en el art.1113, fue el resultado de la colaboración entre '\laboralistas\' y '\civilistas\'', a partir del uso intenso de esa norma para la solución de conflictos nacidos por accidentes de trabajo..." (op.cit.pág.209).

Porque en el marco de la teoría del riesgo creado, la cosa riesgosa y/o defectuosa, según se lo vea, el hecho ocurrió mientras el actor estaba en ejercicio y ocasión de las funciones encomendadas y no intervino ni voluntaria ni involuntariamente sobre la cosa para que ocurriera lo que pasó.

Como refuerzo de lo dicho los actuales arts.1757 y 1758 se refieren a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades detallando con más precisión lo que luego del art.1113 del Código Civil la jurisprudencia y doctrina contribuyeron a desarrollar. El primero dice: "...Hecho de las cosas y actividades riesgosas: Toda persona responde por el daño causado 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 responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención...". El art.1758 agrega: "...Sujetos responsables: El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien la obtiene un provecho de ella...". En consecuencia, cabe sin dudas responsabilizar a la UTE S.A. por las consecuencias dañosas que se prueban por encima de aquello que efectivamente se abonó en el marco del proceso administrativo sistémico.

Cuando además, no puede adjudicarse falta alguna atribuible al trabajador como producto de una maniobra prohibida o indebida, de la omisión de alguna medida de seguridad obligatoria, de un caso fortuito, del hecho de un tercero por quien el empleador no deba responder o del empleo contra su voluntad de un cosa de su propiedad; todo en las condiciones eximentes de la norma que se viene analizando. Pues no basta para ello el hecho de que se le diera una capacitación con fecha 06-11-08 (fs. 95), como pretende la demandada para atribuir culpa a la víctima. Es más su ubicación en lugar de trabajo -y del accidente- no se puede definir como imprudente pues estaba

en la vereda desde donde podía hacerle señales indicativas al conductor del equipo, no siendo motivo suficiente para reprocharle culpa a la víctima en el evento.

A todo esto cabe agregar, que esta Sala II se ha expedido sobre los conceptos de “actividad riesgosa”, en la causa “ Pérez Eduardo Juan c/ Mansilla José Luis y Edersa S.A. s/ Reclamo” (Expte. 2CT-21408-09) Sentencia del 26-06-2012, con voto rector de la Dra. Gabriela Gadano, al cual adhiero y me remito en honor a la brevedad.

A este análisis de la actividad riesgosa, se conecta con el merito que cabe hacer de la responsabilidad desde la perspectiva del art. 1109 del Cód. Civil en cuanto prevé: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”, lo que a su vez enlaza con la obligación contractual del deber de seguridad, que en este caso muestra una serie de negligencias del empleador, que en definitiva le ocasionaron el daño al trabajador.

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 (arts. 75 LCT y 4º apart. 1 LRT) y como contrapartida de los poderes de organización y dirección que la ley le otorga; de la misma forma que debe preservar también 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 CN). De ahí que 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 el buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62/63 y ccts. LCT).

El Dr. Fernández Madrid destaca el deber de previsión en cabeza del empleador, que abarca el conjunto de medidas que éste debe adoptar en relación a las condiciones particulares de la tarea o función, a fin de evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes o se afecte su dignidad. En tal sentido, debe adecuar su conducta para la obtención de dicha finalidad, extremando su diligencia en el ejercicio del poder de dirección, excluyendo toda forma de abuso de derecho y considerando siempre en la toma de decisiones, como prevaleciente, el cuidado de la persona y bienes del trabajador. A través del ejercicio de este deber se manifiesta en toda su importancia el principio protectorio. El fundamento del deber de previsión es el principio de indemnidad ínsito en el cumplimiento regular del contrato, que se expresa a través de distintas disposiciones de la ley, de convenio colectivo y de los reglamentos de empresa. En definitiva, el empleador debe cumplir con los deberes que le impone el contrato

(implícitos o explícitos) con cuidado y previsión, como es él quien organiza y dirige la empresa, debe actuar en ese ámbito al que pertenece atendiendo a la persona del trabajador y al cuidado de sus bienes (patrimonio) para que quien aporta su trabajo no sufra menoscabos espirituales o materiales por causa del ejercicio de dichos poderes y facultades. (“Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ª. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Lay 2007, T II, pp. 1281-2).

La mayor parte de las manifestaciones de este deber están establecidas implícita o explícitamente en la normativa aplicable. Por ejemplo, el deber de seguridad, en reglas precisas que provienen de la ley 19.587 y de su decreto reglamentario, encuentra un espectro más amplio en las disposiciones de los artículos 62 y 63 LCT, y 19 de la Constitución Nacional.

Las normas que disponen el deber de seguridad estiman la integridad del trabajador como un bien socialmente predominante frente a otros bienes y determinan, en consecuencia, cuál ha de ser la conducta del empleador a fin de que se conforme a dicha valoración. Por lo que puede afirmarse que en cumplimiento del deber de seguridad, debe adecuar su conducta a las siguientes pautas generales:

Crear condiciones de trabajo idóneas y seguras de acuerdo con los dictados de la experiencia y de la técnica; en tal sentido, deben adoptarse todas las medidas necesarias para excluir el daño evitable, impuestas por la ley (ley 19857, sus decreto reglamentarios 351/79, 911/96; 917/96 y demás resoluciones de la SRT y reglamentaciones) y las que sean necesarias según el tipo de trabajo y las condiciones en que se realiza, aunque no estén previstas por la ley o convenio colectivo (v. gr. la introducción de una nueva tecnología);

Adaptar las labores del trabajador a sus posibilidades psicofísicas; al respecto deben practicarse exámenes periódicos de salud, para determinar si la tarea es acorde con el estado del dependiente.

Respetar las normas en materia de descanso y jornada. Abstenerse de emplear el poder de dirección en forma que pueda atentar contra la salud del trabajador, a cuyo efecto debe actuar con diligencia.

Practicar los exámenes médicos complementarios establecidos por la Resolución SRT 37/10.

Abstenerse de emplear en la explotación, la maquinaria obsoleta que implique un riesgo adicional para los trabajadores, generando una responsabilidad más para el empleador.

Las distintas manifestaciones del poder de dirección en su vinculación con el deber de

seguridad llevan a exigir que la asignación de la tarea a una máquina determinada, por ejemplo, deba ser precedida del examen del elemento de trabajo, que debe ser conservado en buen estado de funcionamiento. Por ello, el poder de dirección no consiste solamente en ordenar y organizar la tarea necesaria para la producción del bien o la realización del servicio sino en rodear la orden de todas las garantías necesarias, para que su cumplimiento no sea perjudicial.

Como sostiene el Dr. Horacio Schick "... Desde un perspectiva práctica y sucinta, cabe destacar que, para la viabilidad de esta acción fundada en el deber de seguridad, es necesaria la alegación oportuna y la ulterior prueba en un proceso de pleno de conocimiento de las siguientes circunstancias: 1) incumplimiento de una norma precisa de seguridad encuadrable en el genérico deber de previsión; 2) presencia de un daño resarcible; y 3) relación de causalidad directa e inmediata entre aquel incumplimiento y el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, de acuerdo con lo previsto por el artículo 521 del Código Civil..." (Riesgos del Trabajo – Temas fundamentales, Tomo I, Edit. David Gringberg, pág. 253 y sts).

En este a más de la declaraciones testimoniales que pusieron de resalto las circunstancias en que ocurrió el accidente, el manejo irregular de la retroexcavadora y el incumplimiento de las normas de seguridad al momento de ejecutar la tarea, además resulta de suma relevancia la pericia en Seguridad e Higiene del Ing. Delord, de la que cabe destacar los siguientes párrafos de su informe: "...Del análisis de estas evidencias, por un lado se demuestra el uso y entrega de elementos de protección por parte de la empresa. Pero asimismo se detalla que en los informes se recomendaba insistir en el uso obligatorio de los EPP. ... El Programa de Seguridad obrante a fs. 76/90 detalla a fs. 89 vta. PROGRAMA TENTATIVO (Ver ANEXO presenta el siguiente listado de capacitaciones: - Charla de inducción; -Procedimiento de Trabajo Seguro; - Levantamiento y transporte correcto de pesos; -Seguridad en trabajo en altura; - Seguridad en el uso de andamios; -Seguridad en herramientas; -Riesgo eléctrico; - Incendio; -Primeros auxilios. El listado debe considerarse "tentativo" según se indica a fs. 89 vta. Del análisis de las capacitaciones registradas al actor, no se han desarrollado algunas capacitaciones que serían claves, como la charla de inducción (al momento de ingreso). Tampoco se observa en el resto de los participantes del accidente este tipo de capacitación o sustitutas ya que se mencionó inicialmente como tentativas, por lo cual era factible su adaptación. Otra capacitación no detectada es "Procedimiento de Trabajo Seguro", su empleo debe considerarse como una herramienta de seguridad de extrema

importancia para la percepción y análisis de riesgo de los trabajadores, siendo una forma de comunicar a los trabajadores las medidas preventivas. El Programa de Seguridad fue desarrollado en fecha 25 de junio de 2007, en el mismo se detallan las capacitaciones mencionadas, las que fueron planteadas como tentativas según se ha indicado. Este perito no detectó en forma documentada el procedimiento “Procedimiento de Trabajo Seguro“, no hay un documento que describa como se debe desarrollar este. Se visualiza en el Libro Especial de Seguridad e Higiene y Contaminantes de fecha 14 de abril de 2009, este documento donde consta, en diversos folios del mismo 179/180/181/182 y 183 (ver ANEXO) el uso del modelo/registro de análisis de trabajo seguro.

En el Libro Especial de Seguridad e Higiene y Contaminantes con fecha de habilitación 6 de febrero de 2009 en su ANEXO II; se describe la cantidad de profesionales y técnicos auxiliares: se indica 1 (uno) como técnico en forma permanente. Las firmas de los registros de capacitación existentes en los libros observados, corresponden a Carbonari Natalia Técnica. Sup. En Seguridad e Higiene Laboral.... En el informe de Investigación de Accidente de Trabajo de fs. 483 la persona que realiza la investigación por parte de MAPFRE destaca como (Datos de las personas entrevistadas para elaborar el informe de investigación del Accidente) al señor Burgos Javier con cargo de Jefe de Obra por CODAM-ENSA-UTE y a la Técnica Carbonari Natalia como auxiliar del servicio de higiene y seguridad quienes firman el documento de fs. 486 sin haber hecho mención o detalle de falta de habilitación por parte del operador del equipo. ... existía un Programa de Seguridad, firmado y aprobado por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo. En el desarrollo del mismo estaban planificadas las distintas etapas de obra. Para tener una referencia de esta pautas a fs. 87 vta. (ver ANEXO) la etapa de trabajo de excavación estaba considerada. Los riesgos estaban evaluados a nivel general el Programa de Seguridad, donde se los contemplaba. Luego es necesario al momento de la ejecución de la tarea desarrollar estos principios en forma específica, según la exposición a los riesgos que la misma demande. Cada etapa en sus tareas debe ser considerada, adoptando las medidas de control como se detalló. Posteriormente debe ser comunicado a las personas involucradas en la tarea/s bajo los criterios de control que debían adoptar...“. En otro pasaje de la pericia dice: “...Se observa que había una metodología definida para el análisis previo de riesgo de las tareas. El uso de equipos sin habilitación por la falta de una metodología que limite la operación de un maquinista sin habilitación, es una demostración de faltas de control operativo sobre el personal.

Que un trabajador pueda operar una máquina sin autorización es sinónimo que el equipo no poseía limitación alguna para su manejo. Si cualquier operario puede acceder a cualquier máquina, inclusive una retroexcavadora que no deja de ser un tema preocupante a nivel seguridad laboral. De existir tal facilidad en materia de poder operar un equipo (sin habilitación), hace presumir que no había controles operativos de autorizaciones y bloqueos para limitar el uso de equipos exclusivamente a personal habilitado...“ (Respuesta 21). “... Para tener una idea simple de algunas pautas básicas de seguridad, hay que considerar que todo operador de máquina antes de iniciar las actividades, debe hacer sonar la bocina de la unidad como medio de advertencia del inicio de operaciones. También debe corroborar que el personal que exista en los alrededores este lo suficientemente alejado para impedir que ante una maniobra brusca o desafortunada pueda impactar con el equipo en sus compañeros de terreno. Existen exigencias técnicos-administrativas para este tipo de tareas a nivel marco legal de cumplimiento. Para ello corresponde analizar lo dispuesto en el art. 148 del Dec. 911/96 el cual indica: ‘ Deberá tenerse en cuenta la resistencia del suelo en los bordes de la excavación, cuando éstos se utilicen para acomodar materiales, desplazar cargas o efectuar cualquier tipo de instalación, debiendo el responsable de Higiene y Seguridad, establece las medidas adecuadas para evitar la caída del material, equipo, herramientas, etc, a la excavación, que se aplicarán bajo la directa supervisión del responsable de la tarea’. Sobre estos conceptos o responsabilidades la empresa no ha presentado evidencias para las medidas definidas de seguridad...“ (Respuesta 23). “... en materia de controles previo del maquinista para evitar contactos con sus compañeros de terreno. Para dar mayores aclaraciones corresponde analizar el art. 142 del Dec. 911/96 el cual indica ‘ Previo a una excavación, movimiento de suelo o trabajo subterráneo, se realizará un reconocimiento del lugar, determinándose las medidas de seguridad necesaria a tomar en cada área de trabajo. Además previo al inicio de cada jornada, se verificarán las condiciones de seguridad por parte del responsable habilitado y se documentará fehacientemente’. De la lectura de este artículo surge que la tarea exigía un análisis previo y asimismo un responsable habilitado para verificar las condiciones de seguridad. Toda esta gestión previa debía ser documentada en forma fehaciente. Por los relatos del accidente no se identifica la persona habilitada para evaluar la seguridad, ni tampoco aparece un registro que lo demuestre. Hacer un trabajo con un maquinista sin habilitación es parte de la falta de control, que podría haber sido advertida de haber intervenido una persona de seguridad. Esta debería haber verificado las condiciones de

seguridad como lo establece el artículo antes transcripto. Se concluye que de una u otra forma no aparece el responsable de los controles, o de la autorización de liberación de la tarea. Previamente deberían haber tomado conocimiento los participantes de las medidas de control..." (Respuesta 23). "...De la documentación observada y los criterios utilizados en base a un Análisis de Trabajo Seguro, se indica que no se han cumplido la condición de supervisión previa de la tarea. No hay un documento con evaluación y medida de control de los riesgos. La supuesta instrucción otorgada un día previo al personal para que realizara un pozo, debe considerarse como algo grave en materia de seguridad. No se puede presuponer con 24 horas previas, como serán las condiciones en el lugar al momento de la real ejecución. Uno puede tener la certeza de la realización de un pozo, pero partiendo de las condiciones climáticas, las situaciones circundantes al lugar y cualquier tipo de condición que modifique las pautas normales, se pueden generar mayores o diferentes riesgos que los propios de la tarea. La realización y fiscalización en el mismo día por persona habilitada, hubiera sido una condición mínima para controlar y comunciar los riesgos de la tareas..." (Respuesta 28). "... De los distintos puntos mencionados se puede informar que en base a la documentación presentada, no existió ningún desarrollo de control que pueda dar criterios preventivos hacia la tarea. El propio personal que realizó los trabajos, puede tener criterios preventivos generales, pero en base a un documento y comunicación se debe informar sobre los riesgos concretos de la tarea. La participación de la supervisión en la tarea y su control, es la única condición que garantiza la efectividad de la prevención. Las medidas de seguridad no existieron ya que operar sin habilitación, ni el control para limitar tal situación irregular. Tampoco quedo documentado, ninguna medida de control para los tres participantes de la tarea. El art. 142 del Dec. 911/96 plantea con mucha claridad el siguiente texto: ' previo a la tarea se debe hacer una reconocimiento del lugar para determinar las medidas de seguridad, verificando las condiciones de seguridad por parte del responsable habilitado y se documentará'. En los distintos documentos se indicó de la existencia de un técnico en Seguridad quien debía estar premente en obra. La intervección de esta persona hubiera sido fundamental para controlar la situación de incumplimiento..." (Respuesta 30). "... El tema de la señalización tiene dos conceptos diferentes, el primero es señalar la zona de trabajo, para que no existan interferencias y riesgosos con otras actividades. La segunda sería la señalización una vez finalizada la excavación para limitar el lugar" (Respuesta 31). Sobre la señalización en la construcción y lo previsto por ela art. 66 ddel Dec. 911/96

dice: " ...este artículo que corresponde a '\señalización en la construcción\' define con claridad que '\El responsable de Higiene y Seguridad indicará los sitios a señalizar y las características de la señalización a colocar, según las particularidades de la obra...\' ... debe dar pautas, bajo manuales o guías de referencia. Bajo este mecanismo todos los trabajadores deben tener idea del tipo de señal y la forma de utilización. Salvo que el propio profesional se haga presente en el lugar y dicte las medidas o recomendaciones de señalización en forma directa. Bajo este aspecto no se observó evidencias de esta documentación, ni estuvo aparentemente presente el responsable de seguridad o técnica en el momento de la tarea". (Respuesta 33). " Las maquinarias o equipos móviles generan ruido que interfiere con la comunicación, lo usual es utilizar código gestual o equipos de comunicación tipo VHF. No se detectó dentro de las capacitaciones una referida a los participantes de la tarea sobre señalización gestual. Se observó una capacitación general de señalización. A fs. 96 capacitación de fecha 10-12-08 Uso de EPP uso -control de escaleras- Prevención de Accidentes en vía pública-Señalización-Rol de Accidentes..." (Respuesta 34).

Del amplio informe pericial en Seguridad e Higiene podemos concluir que el día en que sucedió el evento dañoso, no se tomaron las medidas adecuadas de seguridad para ejecutar la tarea encomendada, en violación de normativa específica en seguridad que puntualmente cita el perito, a la cual me remito a fin de no sobreabundar en el análisis.

Puedo concluir en el presente caso conforme la valoración en conciencia de la prueba que la empleadora no ha cumplido con el deber de seguridad que le impone la LCT, la LRT y puntualmente la Ley de Higiene y Seguridad Industrial y Decreto 911/96 que prescribe en su articulado, la adopción por parte de los responsables de las medidas protectorias y preventivas que resguarden la integridad psicofísica de los trabajadores y prevengan los riesgos en los puestos de trabajo.

Así, el art. 8 inc. b de la Ley 19.587, establece que todo empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores.

Respecto del deber de seguridad el Dr. Schick –citando a Alterini- dice: “ ... cuando el trabajo se desarrolla en el establecimiento y de acuerdo con las condiciones que ordena el empleador –como ocurre en la mayoría de los supuestos- es razonable presumir que, si el dependiente sufre un daño físico, éste se haya producido porque el empleador ha incumplido los deberes de seguridad que la ley y el contrato le han impuesto, precisamente, la adopción de todas las medidas necesaria para evitar el daño. En esta

inteligencia, la producción del evento dañoso acarrearía una inversión de la carga probatoria, ya que el principal deberá demostrar que ha cumplido con la obligación que le impone el art. 75 de la LCT y, para el supuesto de que no lo acredite, sólo podrá eximirse de responsabilidad probando que tal incumplimiento no le es imputable por haber mediado una situación de fuerza mayor o caso fortuito...". (obra citada, pág. 257).

Lo cual importa un fundamento más que suficiente para generar el deber de responder en cabeza de la empleadora demandada por los daños que se reclaman y sobre cuya procedencia me expediré a continuación.

D.- Rubros por los que prospera la demanda:

Daños – Criterios de Aplicación del daño patrimonial y extrapatrimonial: Es criterio consolidado de este Tribunal, que todo lo mensurable económicamente en términos más o menos objetivos -atendiendo a costos previsibles o potenciales que puedan verosímilmente darse y ser materia de cálculos matemáticos- debe ser tenido en cuenta por el juzgador como dato de la realidad presente o futura y así volcarlo del modo más preciso posible.

Sin que ello suponga que la vida o la salud tenga por sí un valor pecuniario, pues como desde antiguo se ha sostenido no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero.

Empero cuando se hacen construcciones económicas, no es que se utilicen fórmulas matemáticas para definir el "valor vida" o "valor salud", sino que se alude sustancialmente al aspecto concreto desde el cual se evalúan los distintos valores que confluyen en la apreciación indemnizatoria que transita por diversos carriles.

De ahí que si se utilizan razonamientos matemáticos para obtener parcialidades numéricas específicas que permitan llegar al resultado, es imperioso explicar el método aplicado y las variables introducidas, pues se trata de atender a datos verificados y ordenados mediante un algoritmo previamente justificado, no hallando en ello motivo para sostener la inobservancia de los conceptos que se extraen del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "ARÓSTEGUI, PABLO MARTÍN". En tanto la idea que de allí resulta no es la eliminación lisa y llana de fórmulas como parámetro de aproximación, sino que los Jueces se aten a ellas sin atender al ser humano como una integridad, dejando de lado otros aspectos de la vida de las personas.

Por lo que corresponde disponer valores dentro del género "daño patrimonial" en los aspectos relativos a daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, gastos y tratamientos realizados y futuros y daño estético (si de este último derivare una clara

disminución de ganancia, dificultad o imposibilidad de obtener trabajo o insuma gastos en la curación de lesiones), todo con la debida explicitación del mecanismo de cálculo.

Mientras que en lo relativo a lo extrapatrimonial deben tenerse en cuenta las restantes órbitas de la vida del hombre comprensivas de las manifestaciones del espíritu, insusceptibles de medida económica que integran los demás valores vitales, donde se relacionan repercusiones anímicas, proyecto de vida, vida de relación, armonía física y psíquica perdida, y afecciones de los llamados "bienes ideales" (CNCiv, Sala D, 22-4-76 "Ramos de Casale" L.L.1977-A-154), entre los que dependiendo de sus condiciones, podrá ingresar el daño estético y el psicológico en los aspectos que no puedan ser evaluados de otro modo mediante fórmulas mas precisas.

Se hace la salvedad que en el presente caso que la co-demandada MAPFRE Argentina ART S.A. abonó al actor la suma de \$ 31.469,73 en concepto de PUC (art. 11 inc. 4 apart. a de LRT), y la prestación dineraria prevista por el art. 14 apart. 2 inc. b de la LRT cuyo pago es a través de "renta periódica", que fue depositada el 25-06-2010 en San Cristobal Seguro de Retiro S.A. el importe de \$ 180.000.-

En consecuencia, restaremos la referida suma a lo que resulte de los cálculos que se efectúen a continuación.

1.- Daños patrimoniales – Lucro Cesante por incapacidad sobreviniente: En tren de evaluar el daño emergente, por aplicación de la fórmula de matemática financiera con las pautas previstas por el STJRN en autos "PÉREZ BARRIENTOS, DAVID DEL CARMEN c/ ALUSA S.A. y OTRA s/ SUMARIO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 23.695/09 - SE N° 108 del 30/11/2009), de acuerdo a su vez con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "ARÓSTEGUI, PABLO MARTÍN c/ OMEGA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. y PAMETAL PELUSO y COMPAÑÍA" (Sentencia del 8/4/2008, en Fallos 331:570), para la determinación de la cuantía económica del daño, se debe valorar no solamente la pérdida de la capacidad de ganancia o de producción del trabajador siniestrado, sino cómo ello lo afectará en su vida de relación y en su proyección laboral futura, todo lo cual implicará el necesario incremento de los valores patrimoniales, a los que, en última instancia por imposibilidad física de otro modo de reparación, habrá de recurrirse a fin de arribar a una resolución equitativa.

Los factores a considerar son entonces el 68% de incapacidad, la edad de 27 años con que contaba el actor al momento del accidente y la remuneración de \$ 2.327,04 conforme escala salarial de UOCRA vigente al 01-06-2009 cuyos valores se mantenían

a la fecha de consolidación del daño con el alta médica (28-12-2009) y no la utilizada por el actor a valores de Agosto de 2010, a tal evento se toma el valor hora previsto para la categoría “Ayudante Albañil” más el adicional 20% de asistencia, multiplicado por 192 horas mensuales a razón de una jornada completa de 48 hs. semanales, por ser éste el componente que impone la solución de "PÉREZ BARRIENTOS" a los efectos del cálculo resarcitorio. Con todo ello la indemnización histórica asciende a la suma de \$ 715.416,05.-

Sin perjuicio de las prestaciones en especie que como obligada en el marco de la LRT deberá seguir prestando en virtud de lo establecido por el art. 20. Tanto en lo que fuera necesario y factible para la afección física, pues aun cuando de la pericia médica surgen escasas chances de obtener resultados con la continuidad terapéutica, la amplitud de la norma no permite cerrar la posibilidad de futuras y eventuales prácticas útiles; como respecto de los tratamientos psiquiátrico y psicológico, sobre cuya necesidad los peritos de las especialidades han sido categóricos.

2.- Daños patrimoniales – Daño Psicológico: Como se sostuvo en el precedente "Quevedo" (Expte.Nº 2CT-15660-03, Sentencia del 27/2/09), siguiendo a los Dres. López Mesa y Trigo Represas, "...el daño psíquico no es una categoría autónoma, por lo que debe ser computado, si resulta indemnizable, dentro del rubro daño moral o dentro del acápite daño patrimonial, o en ambas a la vez, según las particularidades del caso; pero, en ningún caso, cabe su resarcimiento autónomo...es así que el daño psíquico, el daño estético y otros presuntos rubros indemnizatorios no constituyen géneros independientes, que puedan ameritar una indemnización autónoma...ello no quita que deban ser tenidos en cuenta al momento de cuantificar el daño sufrido por una persona, si se comprueban menoscabos en esas esferas..."

En ese orden, la pericia psicológica de fs. 432/435, expone en su Síntesis Diagnóstica : “... De la evaluación de los Antecedentes, la Evaluación Semiológica y Psicoclínica y la evaluación integral de las técnicas administradas, se concluye que el señor Diego Fernando Zabala es un sujeto de estructura neurótica que cumple actualmente con los criterios para el diagnóstico de una Depresión Reactiva moderada, crónica, en remisión parcial, sin síntomas psicóticos, reactiva al hecho de autos. La depresión reactiva se produce después de un estrés psicosocial grave. En el caso que no ocupa el agente estresor fue el accidente y sus secuelas. También aparecen síntomas de Stress post traumático como por ejemplo los flashbacks, imágenes que se le impone y generan un montón de ansiedad que hace pertinente recurrir a medicación para amortiguar los

síntomas...“.

Asimismo, señala la perito que el Sr. Zabala necesita tratamiento psicológico, estimando su duración y costo, así dice: “... Si bien no es posible sabe cuándo una person a mejorará o cuando esa mejoría será suficiente, en mi opinión se puede estimar una duración de 1 año de tratamiento tanto psiquiátrico como psicológico. La consulta al psiquiatra se estima mensual con un valor de \$ 300.- por consulta y al psicólogo semanal, con un valor de \$ 150.- por consulta. El valor estimado total es de \$ 11.400.- más la mediación psicofarmacológica que el profesional pasiquiatra defina en su momento...“-

Conforme lo expuesto por licenciada se liquida el daño psicológico en la suma de \$ 11.400.-

4.- Daño estético: Sustenta su pedido en la magnitud de la lesión, ilustrando al Tribunal con fotografías que acompaña a su demanda, y considera que se trata de un daño que tiene autonomía propia.

La Dra. Zavala de González opina y lo define como: “ Por tanto, se computa como perjuicio estético toda modificación exterior de la figura precedente o alteración del esquema corporal, aunque no sea desagradable ni repulsiva. El disvalor ínsito al daño estético no es únicamente lo “feo”, “deformante”, “repugnante” o “ridículo”; sí, además lo “extraño”, “raro”, “anormal” e, inclusive, lo “distinto” con relación a la presentación física anterior al hecho”. (obra citada, pág. 170).

Por otro lado, la doctrinaria mencionada dice: “ La lesión estética puede ser de naturaleza anatómica, apreciable en la situación estática del cuerpo –cicatrices en el rostro, quemaduras en partes visibles-; o bien, funcional, es decir, perceptible en el ordenamiento fisiológico, en la dinámica del desenvolvimiento somático –una dificultad en la marcha, anormalidad en los gestos de masticación-. Estas últimas perturbaciones suelen tener significación estéticamente perjudicial, sin perjuicio de su frecuente repercusión en la capacidad laborativa. La lesión estética puede proyectarse sobre los dos ámbitos, anatómico y funcional, como en el caso de la amputación de algún miembro u otros menoscabos...”.

Continuando con este análisis dice: “... En determinados supuestos la lesión estética tiene concreta repercusión económica, al impedir o limitar la actividad productiva actual o futura del sujeto. ...En consecuencia, no puede afirmarse en términos irrestrictos que la incapacidad sobreviniente sea autónoma de la lesión estética. Al contrario, es posible que este menoscabo sea factor genético exclusivo de la incapacidad, o bien obre como

elemento coadyuvante, agravando una incapacidad ya determinada por otras minoraciones desencadenadas por el mismo hecho. Desde luego, también es factible que la lesión estética no produzca incapacidad, toda vez que aquélla no influye ni siquiera mediatamente en la actividad productiva de la persona (por ejemplo, cicatriz en parte oculta del cuerpo de quien se dedica a tareas intelectuales), y eventualmente puede coexistir con una ineptitud que obedece a otra índole de secuela sicofísicas.

Cuando la lesión estética es causa o concausa de una incapacidad hay que evitar resarcir el daño patrimonial resultante de manera duplicada. Es decir, que si ya se consideran las consecuencias económicas bajo el rótulo ‘incapacidad’, la ‘lesión estética’ sólo será valorable en lo que resta bajo la órbita del daño moral (...). A la inversa, si la indemnización por el perjuicio material se aprecia bajo la nominación “lesión estética”, no corresponde considerar el mismo perjuicio encuadrándolo como ‘incapacidad’. En una materia sembrada de incertidumbres terminológicas y conceptuales, debe cuidarse que los ‘nombres’ o ‘rótulos’ no oscurezcan la sustancia de lo que se decida; o sea, procede identificar con precisión cuál es el daño que se repara, sorteando las duplicidades resarcitorias que pueden conducir a un enriquecimiento injustificado de la víctima...”.

Posteriormente, cuando analiza la lesión estética y su proyección sobre el daño moral, dice: “... A nuestro juicio, la noción daño moral no puede ser disociada de la herida a las ‘afecciones legítimas” (...), la cual en el caso surge porque se ha causado una lesión estética. El daño moral no se resarce en abstracto, sino en virtud de razones muy concretas, susceptibles de variar circunstancialmente de un sujeto a otro en intensidad y calidad, aunque el bien o interés atacado sea el mismo. De allí que tampoco aceptamos los perfiles doctrinarios que ofrecen algunos fallos, que diferencian la lesión estética (como alteración de la apariencia física del damnificado) y el daño moral (lesión a las afecciones legítimas de la víctima). Si bien se trata de nociones diferentes, no son autónomas pues hay entre ellas la misma relación que entre la causa (la lesión estética) y su efecto (un daño resarcible)...”. (obra citada, pág. 165 y sts.).

Desde esta mirada doctrinaria que comparto, considero que no estamos ante un daño autónomo a los fines de su resarcimiento, pues desde la patrimonial y su afección en la faz productiva del trabajador ha sido resarcido por la ART en función de la incapacidad laboral permanente, y en la presente acción se reclaman mayores daños por incapacidad. Respecto de su merituación desde el plano del daño extrapatrimonial, la misma se considera infra por su incidencia en el daño moral, dentro de las afecciones legítimas,

que sufre el actor, y el efecto disvalioso que provoca una lesión estética tan visible. Razones por las que considero corresponde desestimar el reclamo por daño estético.

Intereses aplicables al resarcimiento Daño Patrimonial (lucro cesante y daño psicológico) Ambas Salas del Tribunal han decidido en recientes pronunciamientos (vgr. "DURAN CARLOS ALBERTO c/ MAPFRE ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" -Expte.Nº 1CT-25515-12 - Sentencia Definitiva del 6/8/2014- y "SILVEIRA SANDRA ELIZABETH c/ LIBERTY ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" -Expte.Nº 2CT-24622-11 / H-2RO-561-L2012 - Sentencia Definitiva del 4/11/2014-, entre otros), un cambio en la tasa de interés legal, teniendo en cuenta para ello, varios indicadores que demostraban la insuficiencia de la tasa de interés activa del Banco Nación, por haberse modificado la situación imperante al momento en que la misma fuera adoptada por el STJRN en el fallo "LOZA LONGO, CARLOS ALBERTO c/ R.J.U. COMERCIO E BENEFICIAMIENTO DE FRUTAS Y VERDURAS Y OTROS s/ SUMARIO s/ CASACIÓN" (Expte.Nº 23.987/9 - SE Nº 43 del 27/5/2010), así como lo resuelto en el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, instrumentado en Acta Nº 2601 de fecha 21 de mayo de 2014, donde por amplia mayoría (19 votos a favor y 3 por la negativa) se decidió que la tasa de interés a aplicar fuera la nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses. Asimismo se determinó también por mayoría (12 votos a favor y 10 por la negativa) que dicha tasa de interés resulta aplicable desde que cada suma es debida respecto de las causas que se encuentran sin sentencia y con relación a los créditos del trabajador.

Todo atendiendo a que la tasa de interés activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, que en el orden local fuera considerada razonable y fijada como criterio por el Superior Tribunal de Justicia en "LOZA LONGO" a partir del 28-05-2010 en adelante, ha quedado desajustada como consecuencia de la inflación y por lo tanto no cumple con su finalidad, cual es la de "...mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, ya que la tasa de interés que se informa desde la institución financiera oficial, contempla tasas subsidiadas que lejos están muchas veces de cubrir siquiera los efectos del envilecimiento del signo monetario...", tal como lo señalara la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial en autos "Campos, Edgar Aníbal c/ Pochat, Carlos y Otro s/ Sumario" (Expte. Nº 19684-09, Sent. 21-02-2014).

Empero sucede que en "LOZA LONGO" la Alzada enfatizó la distinción entre las obligaciones dinerarias y las obligaciones de valor, señalando que "...las obligaciones dinerarias son aquellas cuyo objeto es la entrega de una suma de dinero. El dinero es lo debido y es el modo de pago, por ello se dice que está in obligatione, porque es objeto de la obligación, e in solutione, porque es el medio de pago (ej., el precio de la compraventa, la prima en el seguro, las rentas vitalicias, la que surge de títulos valores como el pagaré, el cheque o la letra de cambio, etc.)..".

Por su parte, que "...las deudas de valor son aquellas en que el objeto es un bien, que es medido por el dinero. Lo que se debe entonces es un valor, y el dinero no es objeto, sino el modo de pagar; a diferencia del caso anterior, no está in obligatione, sino in solutione. Se trata de una diferencia sustancial en un contexto nominalista e inflacionario. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones de valoraciones, en JA, 1976-IV-276, ps. 276). En las obligaciones de dar sumas de dinero siempre se debe la misma cantidad de dinero, aunque el mismo se deprecie, mientras que en las de valor lo debido es el bien, que se valoriza al momento del pago en una cantidad de dinero, de modo que en estas últimas el dinero varía según el aumento del precio del bien. Son obligaciones de valor, las indemnizaciones de daños y perjuicios, tanto en la responsabilidad por incumplimiento contractual como en la extracontractual; las obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa; la indemnización por expropiación; las deudas de medianería, las obligaciones de alimentos, etc.. En consecuencia, las obligaciones de valor permanecen al margen del nominalismo, por cuanto lo que se debe no es dinero, sino un valor que, aunque termine traducándose en dinero, permitirá siempre la actualización que sea pertinente hasta alcanzarlo y representarlo por medio de una suma de dinero. (LORENZETTI, ob. cit., ps. 162/164)...". Para señalar en párrafos subsiguientes que "...no puede soslayarse que cuando se reclaman deudas de valor "los jueces fijan el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia" (conf. Borda, G. A., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1976). La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual se ha entendido que no se encuentran alcanzadas por el principio nominalista, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo del pago (conf.

Pizarro, R.D. - Vallespinos, C.G., Instituciones de derecho Privado. Obligaciones, T. I, n° 163, ps. 372/375, Hammurabi, Bs. As., 1999)...".

La de autos (vgr. la indemnización en las condiciones del derecho civil de un ilícito extracontractual) es una típica deuda de valor -incluso por hallarse despojada de las limitaciones en la discrecionalidad para la determinación característica de las prestaciones sistémicas tratadas en los citados precedentes "DURÁN" y "SILVEIRA"- que como tal admite plenamente contemplar la tasa de interés necesaria para mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, a efectos del objetivo buscado de resarcir los valores salud y anímico lesionados.

Es por ello, que considero que la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, es la que más se adecúa con el objetivo a cumplir, coincidiendo con el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al que he aludido, así teniendo en cuenta la fecha del acaecimiento del hecho 21-02-2009, el interés devengado en 2012 en este caso fue del 27,96 %, en el 2013 del 33%, en el año 2014 la tasa llegó al 36%, en el año de 2015 la tasa se mantuvo en el 36%, en el 2016 ha ido aumentando progresivamente del 3% al 3,86% llegando a Diciembre al 44,47%, manteniéndose en lo que va del año 2017 en 3,86%, habiendo devengado al 30-04-2017 un 15,44%. Es necesario destacar que esta tasa que fue convalidada por el STJRN al fallar en autos "Jerez Fabián" dictado en 24-11-2015 hasta el 31-08-2016. Y a partir del 01-09-2016 conforme reciente criterio fallado en "Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley", (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016. Intereses que se seguirán devengando hasta el efectivo pago.

Capital e intereses que se calculan infra en el capítulo Liquidación con intereses al 30-04-2017, haciendo la salvedad que a dicha suma se deba deducir los pagos efectuados por MAPFRE ARGENTINA ART S.A. y SAN CRISTOBAL SEGUROS S.A. en concepto de dinerarias de la LRT y devolución de saldo existente del seguro de renta vitalicia instrumentado mediante Póliza de Seguro N° 026161/00, a cuyo evento deberán practicar planilla correspondiente.

3.- Daño Extrapatrimonial - Daño Moral: Tiene dicho este Tribunal, en forma reiterada, que la naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral hace que su traducción económica devenga sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste.

En tanto el propósito resarcitorio radica aquí en la definición del daño moral como

"...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, traducido en un modo de estar de la persona diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..." (cfr. Jorge Mosset Iturraspe; "Responsabilidad por Daños"; Rubinzal - Culzoni Editores; 2006; Tomo V -Daño Moral-, pág.118). Con lo que a título de ficción legal, la reparación hace las veces del remedio para el restablecimiento, en la medida factible y sobre parámetros razonables, del estado de ánimo original.

Cuando el daño moral es apreciable "in re ipsa loquitur" a partir de la apreciación de la entidad del perjuicio en base al sentido común y las reglas de la experiencia, su cuantificación es factible prescindiendo de pruebas, sobre pautas objetivas y razonables. Lo cual concretamente ocurre en materia de responsabilidad civil extracontractual, donde "...acreditada la acción antijurídica lesiva de alguno de los \derechos personalísimos\, debe tenerse por probado in re ipsa el consiguiente \daño moral\; correspondiendo en todo caso al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permite excluir en el caso concreto este tipo de daño..." (op.cit.pág.239).

Como explicara este Tribunal en "QUEVEDO ESTEFANÍA FABIANA c/ PARMALAT ARGENTINA S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-15660-03 - Sentencia Definitiva del 27/2/2009), "...su objeto es indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que poseen un valor fundamental en la vida del hombre, tales la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos ... No implica ello que se le esté pagando el dolor, sino que se intenta con ello aplacar el sufrimiento de la víctima, buscando que se distraiga, ocupe su tiempo y su mente en otra cosa distinta que mortificarse y así supere su crisis de melancolía. Un sucedáneo o placer compensatorio o sustitutivo no representa el dolor, sino que es un medio para combatir los males creados por el dolor (tristeza, apatía, tensión nerviosa, etc.)..."

Cada agravio moral tendrá una repercusión personalísima y es la misma naturaleza la que da cuenta de que unos son más fuertes y otros más susceptibles al sufrimiento, resultando ergo parámetros objetivos útiles las diez reglas para la determinación de la indemnización por daños moral que expone Mosset Iturraspe, a saber", "...1. No a la indemnización simbólica; 2. No al enriquecimiento injusto; 3. No a la tarifación con \piso\ o \techo\; 4. No a un porcentaje del daño patrimonial; 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del

daño; 7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9. Sí a los placeres compensatorios; 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida..." (cfr.op.cit.pág.228).

Con cierto énfasis en la regla novena (la apuntada "determinación atendiendo a los placeres compensatorios"), sobre la cual sostiene que "...cuando se pretende indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen al perdido...", de suerte que "...la suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces, que no apuntan, por lo común, -como ya señaláramos- a darse placeres superfluos, voluptuarios o de lujo, sino a cubrir necesidades primarias o sentidas como urgentes..." (cfr.pág.226).

La Dra. Matilde Zavala de González, en su obra "Tratado de Daños a las Personas, T.2 "Disminuciones psicofísicas", pág. 314/315 cita un fallo al respecto, señalando que: "El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas: el sufrimiento en el momento del suceso, tanto físico como psíquico, dolor corporal, temor ante el peligro corrido, miedo a la muerte, pérdida de conocimiento. Igualmente, las consecuencias del período de curación y convalecencia; curaciones e intervenciones quirúrgicas; molestias por radiografías, análisis, remedios; internación hospitalaria; tiempo de postración física; menoscabo subsistente después del tratamiento y secuelas no corregibles de las lesiones; que poseen natural incidencia en la vida individual y de relación, y la posible repercusión en la actividad laboral; lesión estética, dificultad para practicar deportes y disminución de la potencia sexual. Además de la gravedad objetiva expuesta, interesa la personalidad de la víctima y de sus receptividad particular, conforme con circunstancias de sexo, edad, profesión, estado civil, etcétera (C. Penal V Tuerto, -, 26/4/96, Juris 96-575, 1444-S)".

En el presente caso voy a tener en cuenta para cuantificar el daño los factores objetivos y subjetivos, estimativos del sufrimiento que ha padecido y seguirá padeciendo el resto de su vida el actor derivado de los siguientes hechos: la gravedad de la lesión sufrida y el efecto dañoso por la amputación.

Además de que la lesión fue sobre su mano hábil, lo que no le ha permitido su

reinserción laboral, afectando su condición de sostén de familia, habiendo acreditado que estaba compuesta por su esposa que estudiaba magisterio y sus dos hijos menores en edad escolar, que tuvo que mudarse, contando con la ayuda de sus familiares y vecinos (dichos del testigo Pablo Diego Schvallier).

A este fin resulta pertinente referir parámetros que hemos utilizado en casos de similares características, así:

- En la causa "Barros Luisa del Carmen c/ QBE Argentina ART S.A. s/ Accidente de Trabajo (Expte A-2RO-104-L2012), Sentencia del 14-09-2015, donde se reclamó por acción civil la reparación de un daño en hombro izquierdo con síndrome de suddek en codo y muñeca con daño psíquico, con una incapacidad definitiva del 64,93%, 26 años al momento del siniestro, con una hija a cargo, se fijó el monto del año moral en la suma de \$ 250.000.

-En la causa "Liza Cristina del Carmen c/ LA SEGUNDA ART S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-24664-11), Sentencia del 24-09-2015, también un acción civil, por daños físicos en mano izquierda con síndrome de suddek, extendido a todo el brazo hasta el hombro –equivalente a amputación dijo el perito-, que determinó una ILPT del 96,60%, , 44 años de edad al momento del siniestro ocurrido el 30-03-2007, con un hijo discapacitado a cargo, se estimó el daño moral en la suma de \$ 500.000.-

-En autos "Barrera Cabril Fabián Genaro c/ Veliz Francisco Domingo s/ Accidente de Trabajo" (Expte. Nº H-2RO-777-L2013), Sentencia del 07-03-2017, en una acción civil, por daños en mano hábil, responsabilizando a su empleador en un 80% y en un 20% al trabajador. Se determinó un 40,70% de incapacidad física, más incapacidad psicológica, todo lo cual totalizó una ILPT del 54,40%, 32 años al momento del siniestro ocurrido el 03-04-2012, se estimó el daño moral en \$ 70.000.-

En base a todo ello y por las particulares circunstancias evaluadas, propongo en concepto de daño moral la suma de \$ 300.000.- al día del dictado de la sentencia, sin perjuicio de que los intereses se calculan también desde la fecha del accidente.

Intereses aplicables al daño moral: Como dijera esta Sala II de la Cámara de Trabajo en la reciente decisorio dictado en autos: "LIZA CRISTINA DEL CARMEN c/ LA SEGUNDA ART S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-24664-11), Sentencia Definitiva del 24-09-2015, "... Se impone la revisión de la posición sustentada en los precedentes donde se aplicaron al daño moral las pautas de cómputo de acrecidos resultantes del criterio de "DURAN CARLOS ALBERTO c/ MAPFRE ART S.A.", por advertirse, bajo un nuevo análisis de la cuestión, que si se toman en consideración los conceptos

esgrimidos en aquel pronunciamiento, se arriba como resultado a la composición mixta que parte de asumir una deuda a valores históricos y recomponerla para mantener la incolumidad del capital para, al mismo tiempo, acordar la renta de la que se priva al acreedor por la mora, a partir del hecho de que las tasas subsidiadas del Banco de la Nación Argentina distan muchas veces de cubrir siquiera los efectos del envilecimiento del signo monetario.

Lo cual es correcto en los casos de la indemnización por daño emergente, lucro cesante o cualquier otro tipo de pretensión mensurable económicamente en sumas históricas, pues al momento de convertirla en una deuda de valor, es razonable aplicar un interés de aquellas características, donde puntualmente se valoriza al momento en que nació el crédito, fórmula de matemática financiera mediante, sin la consideración del valor actual del bien que representa el capital a ese momento

Mas ello no ocurre en el caso de significar económicamente el importe del daño moral, donde el juzgador hace una representación del sucedáneo que imagina en apreciaciones económicas contemporáneas a su valuación, con lo que acudir al mecanismo de interés comprensivo de un nominalismo desfasado inexistente importa excederse de la idea de interés puro que es el único que corresponde para la privación de la renta por la mora.

De ahí que propongo la aplicación del 8% anual desde el hecho dañoso, modificando así la postura seguida hasta el momento exclusivamente en lo que hace al daño moral, por entender que corresponde a este rubro una readecuación racional de los accesorios y dejar de lado en tal sentido la tasa "Loza Longo" o la prevista en "Durán", comprensiva de la nominal anual para préstamos personales libre destino el Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses..."-.

Sin perjuicio de dejar a salvo que los intereses posteriores a la fecha hasta la cual aquí se calculan (30-04-2017), habrán de devengarse en las condiciones de "Guichaqueo".

4. Excepción de Falta de Legitimación Pasiva planteada por la ART para intervenir en el reclamo por reparación civil –No seguro: Opone defensa de falta de legitimación pasiva a su respecto MAPFRE Argentina ART S.A. manifestando que el contrato de afiliación suscripto por la UTE, tiene una cobertura delimitada a lo normado por la Ley 24557 y sus reglamentaciones, por lo que la aseguradora pueda verse obligada a responder en el marco jurídico del derecho común. Que la cobertura asegurativa se limita a las contingencias prevista en la Ley 24557, riesgos por los cuales el asegurado ha abonado prima, y no por otros.

Que el seguro contratado no contempla bajo ningún punto de vista la cobertura de

responsabilidad civil. No obstante, contesta subsidiariamente la demanda por responsabilidad civil.

Corrido traslado de esta defensa a la parte actora, ésta no se manifiesta al respecto.

Ingresando en el análisis del planteo, debo partir de que la demanda en su “Exordio” no es clara pues indica contra quienes inicia la acción, y posteriormente solicita se condene a los demandados en forma solidaria a abonar la suma que reclama.

No obstante, en la demanda en el acápite XIV.- “ Reparación integral de los daños-Distribución: ...”, el accionante detalla las sumas que le corresponde abonar a cada uno, de acuerdo a la liquidación que propone y de la que dice se deben deducir las sumas a cargo de la ART y la Compañía de Seguros de Retiro, manifestando su pretensión de que la ART abone la diferencia de PUC de \$ 70.000 conforme el Dec. 1694/2009, y a la Compañía de Seguros la restitución de \$ 180.000 –depositada como renta periodica-. Y la diferencia resultante es por la que debe responder la patronal (UTE).

Por lo que la MAPFRE Argentina ART S.A. deberá responder en el límite de las prestaciones sistémicas, que en este caso se le reclama el pago de la diferencia de la prestación dineraria complementaria de pago único prevista por el art. 11 apart. 4 inc a) de LRT, a partir de la modificación introducida por el art. 1 del Decreto 1694/2009 (B.O. 06-11-2009), tema que trataré a continuación.

Sobre el tema el STJRN en la causa “Curiqueo” (Se. N° 43 del 07.05.07) expreso: “...Cuando en la causa ‘AQUINO’ (del 21.09.04) la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1 de la LRT, dejó a salvo una advertencia final: ‘...la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39, inc. 1), no se sigue las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida del aseguramiento’ (...).” Vale decir, que en la interpretación efectuada por la Corte, aun el acogimiento de la pretensión de inconstitucionalidad de la norma de la LRT que impide oportar por el derecho común (art. 39 LRT) no empece a que la ART deba asumir las obligaciones contraídas en el marco de la ley especial (in re: ‘GONZALEZ’, Se. N° 68 del 12.05.05; ‘DURAN’, Se.

Nº 11 del 27.02.07. ...“ Lejos de entender que la ART pudiera quedar eximida de responder en los supuestos en que se demanda con fundamento en las normas del derecho común, en autos ‘MORA POLANCO‘ (Se. Nº 73 del 02.06.05) y, más recientemente, en autos ‘ZANI‘ (SE. Nº 111 DEL 01.11.06), este Cuerpo analizó la concurrencia de las responsabilidades del empleador asegurado y de la ART, y concluyó que se trataba de obligaciones conexas.- ...“ En efecto,... en el primero de los precedentes citados se sostuvo: ‘... hasta el límite de las prestaciones a cargo de la ART, la condena sólo debió comprender a la aseguradora. Superado ese límite, e ingresando ya en el ámbito de la llamada responsabilidad extrasistémica donde se incluyen las acciones del trabajador o sus derechohabientes por los daños y perjuicios no comprendidos en la cobertura de la ley 24557 –es decir, la reparación integral reclamada por los actores con fundamento en el Derecho Civil por responsabilidad subjetiva u objetiva del empleador (arts. 509, 1109 y 1113 del Cód. Civil)- al que se accede previa declaración de inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24557, aparece la responsabilidad directa del empleador “. ... “ En este mismo orden de ideas, posteriormente la Suprema Corte de Mendoza dijo: ‘No queda duda, entonces, que la normativa en análisis determina claramente obligaciones individuales e independientes a cargo de sujetos de derecho diferentes, en el supuesto de resultar procedente la reparación integral en los términos del derecho común: el empleador según la normativa del CC y la ART según la normativa de la LRT, siendo dicha responsabilidad sucesiva y concurrente. Esta conclusión excluye todo supuesto de solidaridad, pudiendo afirmarse que en la materia no nos encontramos ante obligaciones solidarias sino ante obligaciones conexas. Es así por cuanto en las obligaciones solidarias la concentración de la obligación en cada sujeto se produce en virtud de una misma fuente obligacional, mientras que en las obligaciones conexas la responsabilidad surge de las distintas fuentes jurídicas, por lo que son independientes entre sí aunque medie entre ellas la conexión resultante referida a un idéntico objeto‘ (SCMza. Sala II, ‘Domínguez, Oscar C. c/ Disco S.A.‘ del 05-11-05, LL Gran Cuyo, año 11 Nº 1, febrero de 2006)“. (STJRN en autos ‘‘MARILLAN, ELIANA GLADYS C/ EDERSA S.A.S S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY‘‘ Expte. Nº 21020/06- Sent.28-11-2007). Todo esto sin perjuicio, del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" (sentencia del 31/3/2009), sintetizado en el octavo considerando del voto mayoritario, en orden a que "...no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen

de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales...". Pues, "...no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son anejos, puedan evitarse..".

Lo que no ha sido objeto de esta demanda, ni se ha invocado ningún presupuesto fáctico de responsabilidad civil de la ART en los términos de caso "Torrillo".

Por ende, propongo denegar la defensa de falta de legitimación pasiva incoada, con costas.

6. Planteo de inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/2009: La parte actora funda este planteo en que tiene una incapacidad del 65%, por lo que se le debió abonar la prestación complementaria de pago único (PUC) prevista por el art. 11 apart. 4 inc. a) de la LRT, modificada por el Decreto 1694/09, habiendo percibido la suma de \$ 30.000 -que toma como pago a cuenta-.

Cabe aclarar, que en razón de la ILPD determinada por el perito médico designado en autos, en un 68%, le corresponde esta prestación pero conforme el art. 11 apart. 4 inc. b) LRT, y además queda comprendido en el art. 15 apart. 2 párr.2 del mismo cuerpo legal. Siendo que con fecha 06-11-2009 se publica en el Bolentín Oficial el Decreto 1694, cuyo art. 1 eleva las sumas adicionales de pago único, dice que en este caso a \$ 100.000., por lo que entiende se le adeuda la diferencia de \$ 70.000.-

Valiendose para tal reclamo del planteo de inconstitucionalidad del art. 16 del Dec. 1694/2009, que establece que su entrada en vigencia será a partir de su publicación en el B.O.. Disposición que considera violatoria de los art. 14, 14 bis , 16 y 17 de la Constitución Nacional.

En tanto el accidente sufrido por el actor ocurre el 21-02-2009, es decir 9 meses antes del Decreto 1694/09, norma que evaluó un franco incremento de la desvalorización monetaria ocurrida en el periodo del 2000 a 2009, razón por la cual aumento el rubro en cuestión.

Viendose perjudicado el trabajador por el hecho de que su accidente se produjo 9 meses antes del cambio legislativo percibe una prestación dineraria desactualizada, cuando se encontraba devengada, pero no canceladas a la fecha de entrada en vigencia del Decreto

1694/09, considera que esto no implica una aplicación retroactiva de la ley.

Por lo que sostiene que deben aplicarse las mejoras a las prestaciones dinerarias y eliminación de topes fijados en el Decreto a las indemnizaciones devengadas con anterioridad, pero no canceladas a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1694/09.

Este tema que nos ocupa ya ha sido debatido por esta Sala II, al expedirse por mayoría en el precedente "ASSEF MIRIAM SORAYA c/ HORIZONTE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES S.A. y MUNICIPALIDAD DE GENERAL ROCA s/ RECLAMO" (Expte. N° O-2RO-733-L2012-2CT-21648-09), Sentencia interlocutoria del 3-6-2013 a cuyos argumentos me remito.

Sin embargo, en el camino andado desde el fallo "Assef" a la fecha mucho se ha escrito sobre el tema, y lo que no es menor diversos fallos de distintos tribunales, así como de la CSJN en la causa "Calderón", y más recientemente "Espósito" en que ajusta su postura; y nuestro STJRN en la causa "Carballo", me han llevado a abandonar la postura mayoritaria que conforme en la causa "Assef", adhiriendo a muchos de los sólidos argumentos vertidos por el voto minoritario de la distinguida colega Dra. Gadano en dicha causa, ampliado y reforzado con los recientes criterios jurisprudenciales de varios de los máximos Tribunales de provincia del país, en su reciente voto en la causa: "ARIAS MIRTA c/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.N° H-2RO-116-L2012-H-2RO-116-L2-12), Sentencia Definitiva del 05- 11-2015, a cuyo voto adherí y me remito en honor a la brevedad.

En este precedente "Arias" entraban en juego las siguientes variables fácticas: a- la primera manifestación inválidante de la enfermedad profesional ocurrida el 18-09-2009 –es decir bajo la vigencia de la Ley 24557 con el Decreto 1278/00, y b- la consolidación se produjo en 20-07-2010, cuando ya regía el decreto 1694/2009, que mejora las prestaciones del sistema. Lo que motivo el pedido de la parte de que se aplique la nueva normativa, y el tratamiento del tema por parte de esta Sala II.

A modo de síntesis en dicho decisorio el voto rector de la Dra. Gadano tuvo en cuenta los siguientes criterios que pautan la interpretación del tema:

1.- "...El consumo jurídico se produce con la primera manifestación invalidante con independencia de las consecuencias jurídicas que ese hecho trae con posterioridad, siendo entonces de aplicación en virtud de lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil, el Decreto 1278/00..." (dictamen de la Procuradora Fiscal Dra. De la Roca receptado por la mayoría de la CSJN en la causa "Luca de Hoz").

2.- A su vez aclaró: "...La aplicación inmediata de la ley a la que se alude en el art. 3^a del Código Civil, no puede ser interpretada como comprensiva de todas las causas judiciales pendientes, ya que tratándose de una pretensión de condena es incontrovertible que el pronunciamiento judicial que se dicte, no será constitutivo del derecho sino que declarará la exigibilidad de la obligación de reparar, a la época en que se hubiese producido el hecho. No hay que confundir la consolidación del daño con la consolidación del pago. La constitución de la relación adviene contemporánea con la ocurrencia del hecho dañoso y es el sustento de la obligación, que es lo que imputa la norma al hecho descrito como antecedente de la obligación de responder. Y ello es independiente de su consecuencia jurídica...". (voto de la Dra. Gadano en la causa Assef).

3.- Se remitió a las conclusiones del artículo "Posturas en torno al decreto 1694/09. La normativa de riesgos del trabajo y su aplicación en el tiempo" (E.D. 23-2-2012, María Soledad Font Nine) y a las palabras utilizadas por el Dr. Guibourg al votar en el plenario "Villamayor José D c. La Franco Argentina SA", del 28-2-91, "... que podría sintetizar en que es inadecuado equiparar los términos previstos por el art. 3 del C.Civil relativos al concepto de consecuencia jurídica existente con efectiva promoción del pleito, pues se haría depender la vigencia y aplicación de las normas a la voluntad de las partes. Que tampoco resultaría acertado equiparar los conceptos de "situación jurídica existente", "relación jurídica existente" o "consecuencia" a las nociones de consolidación del daño, determinación del daño resarcible o determinación de la incapacidad. Que el interrogante de la aplicación en relación al tiempo no es novedoso pues se presentaba cada vez que una nueva norma producía un incremento en las tarifas indemnizatorias, con argumentos sustentados en un fuerte reclamo de equidad, para concluir en que no resulta inconstitucional el art. 16 del decreto 1694/09 ni el 17 5. de la ley 26.773 y que no debe aplicarse la nueva reglamentación. Lo que corresponde hacer, es declarar la inconstitucionalidad del importe de la prestación de pago único o los topes, cuando evidentes desfasajes económicos traducen la carencia de equidad o pulverización en el crédito que debe abonarse al trabajador en concepto de indemnización por incapacidad."

4.- A su vez se señaló que es la línea a seguir definida por el STJRN en el fallo "Carballo Edgar Eduardo" dictado en 20-8-2014, con sustento en "Lucca de Hoz" dijo lo siguiente: "...el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por infortunio laboral solo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese

pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el reconocimiento en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico. Sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habrían producido con anterioridad a ser sancionada ... En definitiva, y en función de los antecedentes antes reseñados, tengo para mí que lo decidido por la Cámara en el sentido de declarar aplicable el Decreto 1694/09 (B.O. 06.11.09) para resolver en la presente causa promovida a raíz de un siniestro ocurrido el 28.10.08 supone un supuesto de aplicación retroactiva de la ley, en franca violación al debido proceso y la defensa en juicio. Si bien lo antes expuesto permite avizorar que el recurso planteado por la aseguradora habrá de tener acogida favorable, ello de ningún modo significa convalidar la pretensión de la demandada tendiente a que el monto resarcitorio que efectivamente debe pagar en estos autos quede reducido como consecuencia de la aplicación del tope del art. 14 ap.e, inc a) de la LRT, pues para ello resta aun que la Cámara se expida sobre el planteo de inconstitucionalidad de esta norma, tal como fue requerido por la parte actora..."

5.- Asimismo, la magistrada explicó los motivos coincidentes con los argumentos de la mayoría del reciente Fallo Plenario de la SCJMendoza en autos "La Segunda en Navarro Juan Armando" fallado en 14-5-2015, que cabe reiterar:

- El fallo judicial es declarativo y no constitutivo de derechos.
- La compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito, que persigue el reconocimiento de esta situación y sus efectos en el ámbito jurídico.
- Cuando una ley ha optado por omitir toda referencia a su aplicación al juzgamiento de los hechos ocurridos bajo la vigencia de la ley anterior, aquéllos deben quedar sometidos a los preceptos legales imperantes en el momento en que se produjeron, ya que en esas condiciones el nuevo ordenamiento no tiene efecto retroactivo, no se proyecta hacia atrás en el tiempo ni altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos y actos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal (Fallos 299:132) pues de lo contrario podría afectar derechos adquiridos bajo el régimen

anterior.

- Hay una norma de derecho transitorio que expresamente indica "la primera manifestación invalidante" como el momento a partir del cual ha de regir. Esto lo expresan tanto el Decreto 1694/09 como la actual ley 26.773.
- Se ha buscado mejorar la condición económica de los créditos por riesgos de trabajo para el futuro, pues no ha elegido la fórmula utilizada por el ex art. 3 del Código Civil, actual art.7 del Código Unificado.
- Esté el juez conforme o no con el articulado, así se encuentra redactado y la cláusula no efectúa ningún distinguo ni referencia al accidente, definitividad o falta de pago.
- Con la legislación actual (ley 26.773) al igual que con el Decreto 1694/09 no tengo dudas que el derecho del trabajador nace y produce efectos desde el momento del acaecimiento del evento dañoso, o primera manifestación invalidante.
- Al art.3 del Código Civil solo cabe recurrir cuando la norma en análisis no contiene una disposición de derecho transitorio, supuesto precisamente contrario al del Decreto 1694/09 con las solas excepciones que indique la norma.
- La aplicación inmediata lo es siempre luego de la entrada en vigencia de una norma y para el futuro, puesto que esta regla es la única forma de compatibilizar dicho principio con la irretroactividad.
- Hay que comprender debidamente la distinción entre "situación jurídica" y "consecuencias de la situación jurídica". Una situación jurídica pasa por distintas fases que son producidas por hechos a los que la ley asigna virtualidad para crear, modificar o extinguir la situación jurídica. Dichas fases se rigen por el principio de irretroactividad conforme el art. 3 C.Civil, actual 7 del CCyCN.
- La obligación de resarcir es una "relación jurídica" que se establece entre víctima y victimario en virtud de disposición legal cuando se reúnen los recaudos de hecho, aunque se le apliquen los mismos conceptos que a la situación jurídica.
- El momento de la constitución no puede ser alterado por la aplicación de una nueva ley en otro momento o fase. Queda allí establecido de manera pétrea.
- En lo tocante a consecuencias o efectos, las correspondientes a la obligación de resarcir son, entre otras, la producción de intereses.
- El análisis del concepto de definitividad utilizado por la Corte Federal en autos "Calderón", muy atractivo al principio, pensado en términos de la aplicación de la ley mas benigna para el trabajador, a poco que se analice en sus efectos, no sigue las reglas que tan claramente la Corte había delineado desde antes de "Lucca de Hoz" pues

termina confundiendo el nacimiento del derecho con el nacimiento del derecho a la acción, lo que llevaría a que por aplicación del principio que rige la mora, los intereses, salvo norma en contrario (como hoy lo dispone la ley 26.773 en la cláusula 2ª párrafo tercero), solo comenzarían con la definición jurídica del monto independientemente del momento del daño, llevando en varios supuestos no solo a tomar como fórmula de cálculo la del año anterior al hecho, y como comienzo del curso de los intereses la del nacimiento de la acción. Ciertamente "Calderón" aparece como un fallo distorsionado de todo cuando venía sosteniendo el Máximo Tribunal y hay que considerar que, cuando ella ha querido modificar su doctrina no ha bastado con la remisión al dictamen de Procuración sino que lo ha hecho fundando muy detalladamente el cambio.

De cuanto se trata al igual que lo dije en "Assef" es de expedirse sobre la inconstitucionalidad en el caso concreto, cuando se demuestre que los topes o la forma de cálculo o alguna particularidad del régimen vigente no resista el tamiz de los principios que rigen la Carta Magna o el control de convencionalidad.

Con lo que en el presente caso, haciendo mérito de todo lo dicho, entiendo que las prestaciones adeudadas deben ser establecidas de conformidad con las prestaciones de la ley 24557 bajo las pautas del Decreto 1278/2000, cuya primera manifestación invalidante se produjo el día que ocurrió el hecho dañoso esto es el 21-02-2009 (denuncia de fs. 3/4).

De acuerdo a lo establecido por la Ley 24.557 y Decreto Nro. 1278/2000, y considerando la incapacidad determinada al actor del 68 % ILPPD, le corresponde las prestaciones: 1) la compensación dineraria adicional de pago único prevista en el art. 11 párrafo 4.b., de la ley 24557 según DNU 1278/2000), cuya suma es de \$ 40.000.-, habiendo percibido el actor la suma de \$ 30.000, y que de acuerdo a lo expuesto sobre la inconstitucionalidad planteada no corresponde el pago de diferencia reclamada en base al Decreto 1694/2009, sino la diferencia de \$ 10.000.-; y 2) las prestaciones dinerarias previstas por el art. 15, apart. 2 párr 2 de la Ley 24557, y no la abonada por la ART en función del art. 14, apart. 2 inc.2, por un importe de \$ 180.000 como manifiesta la parte en su demanda, que fuera depositada en forma de renta periódica.

7. Planteo de inconstitucionalidad del pago en forma de renta periódica del art. 14 apart. 2 inc. b de la Ley 24557: Si bien la parte actora efectúa este planteo en función de esta norma, ello no invalida en tratamiento de la misma en tanto las prestaciones dinerarias que le corresponden al actor en razón de la incapacidad determinada en estos autos del 68%, cabe –como diré– analizar esta forma de pago también prevista en el art. 15,

apart. 2, 2º párr.del mismo cuerpo legal. Norma esta que establece: "... Declarado el carácter definitivo de la Incapacidad Laboral Permanente Parcial Total (IPT), el damnificado percibirá(IPT), el damnificado percibirá las prestaciones que por retiro definitivo por invalidez establezca el régimen previsional al que estuviere afiliado. Sin perjuicio de las prestaciones previstas por el apartado 4 del artículo 11 de la presente ley, el damnificado percibirá, asimismo, en las condiciones que establezca la reglamentación, una prestación de pago mensual complementaria a la correspondiente al régimen previsional. Su monto se determinará actuarialmente en función del capital integrado por la ART. Ese capital equivaldrá a CINCUENTA Y TRES (53) veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por un coeficiente que resultará de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante y no podrá ser superior a PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$ 180.000)".

La norma en análisis en su redacción vigente al tiempo del accidente (21-02-2009), establece como primera pauta que el capital allí previsto se abone al trabajador en forma de RENTA PERIODICA. Aspecto sobre el cual la parte actora plantea la inconstitucionalidad del art. 15, apart.2º y art. 19, de la LRT, por tratarse del caso de un trabajador que ha quedado gravemente incapacitado.

Lo que motiva el pedido de inconstitucionalidad por considerar que la norma da un tratamiento discriminatorio para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas, en tanto quienes sufren una minusvalía inferior se le reconoce una indemnización de pago único. Distinción que no se compadece con la atención de las necesidades impostergables de la víctimas con incapacidades graves, desnaturalizándose el fin protectorio de la ley.

Respecto de la inconstitucionalidad del sistema de pura renta periódica, esta Sala II ya ha tenido oportunidad de expedirse respecto del art. 15 apart. 2º, párr.. 2 de la LRT, en sentencia definitiva el 01-12-2008, en los autos caratulados "MAMINSKA, MARCIANA IRENE por sí y en Rep. de sus hijos menores: S.M.S. y S.M.B. c/ MÁXIMA S.A. AFJP s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-19.778-07). Allí se dijo que: "...Sin embargo, la pretensión de los accionantes en cuanto a soslayar el reseñado mecanismo a fin de obtener la prestación en un único pago, halla pleno aval en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, en primer lugar en los autos "Milone, Juan Antonio c/ Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ Accidente" (sentencia del 26/10/04, en Fallos 327:4607) que la peticionante invoca, sostuvo el Máximo Tribunal de la Nación que el régimen indemnizatorio de renta

periódica, '\...dado su antes indicado carácter absoluto, puede conducir a resultados opuestos a los '\objetivos\' legales a los que se debe servir, y a un apartamiento de la tendencia a aproximarse a las '\efectivas necesidades que experimentan los damnificados\'...". Que "...está fuera de toda duda que una discapacidad, sobre todo de las comprendidas por el art.14.2.b., repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida...", de manera que un trance de tamaña gravedad "...llevará seguramente al trabajador –y, en su caso, a la familia de éste- a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo...". Precisamente por ello, "...el medio reparador, de ser inadecuado, puede añadir a la mentada frustración, una nueva, tal como sucede con el sistema originariamente previsto por la LRT...", la cual "...reduce drásticamente el universo de opciones que le permitirían al trabajador reformular dicho proyecto...". Así, "...por su carácter, el artículo 14.2.b. impide absolutamente las alternativas realizables mediante una indemnización de pago único, aun cuando fueran más favorables a la víctima, la que deberá contentarse con escoger dentro del marco más que estrecho que le impone la renta. De tal manera, y si bien cabe descartar que sea un fin querido por el legislador, lo decisivo es que el ámbito de libertad constitucionalmente protegido en el que se inserta el proyecto de vida, es objeto de una injerencia reglamentaria irrazonable al no encontrar sustento en ningún fin tutelar legítimo...". Confirmó de ese modo la sentencia de grado, en cuanto declarara la inconstitucionalidad del originario artículo 14.2.b de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo y consecuentemente hecho lugar al reclamo tendiente a que la indemnización por accidente de trabajo fuese satisfecha mediante un pago único y no en forma de renta periódica. Bajo los mismos argumentos, la CSJN declaró recientemente la inconstitucionalidad de los arts.15, inc.2, 18 y 19 de la ley 24.557, en su texto posterior a la reforma operada por el Decreto 1278/00, en autos "Suárez Guimbard, Lourdes c/ Siembra A.F.J.P. S.A." (sentencia del 24/6/08, en La Ley del 14/7/08), referido a un supuesto de muerte del damnificado –vale decir, idéntico en todo sentido al de autos-, considerando para ello efectivamente demostrado que "...el sistema de renta periódica –a causa de la fórmula actuarial que determina su quantum- conduce a un pago mensual que no da satisfacción al objetivo reparador que la norma predica, a la vez que impide a los derechohabientes –que reclaman en un pago único el capital depositado- el ejercicio

de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador...”, sin que obste a tal conclusión –siempre en palabras del Alto Tribunal- la circunstancia de que, a tenor de la reforma introducida por el Decreto 1278/00, junto con la prestación complementaria de renta periódica, "...los beneficiarios percibirán, además, \\'una compensación dineraria adicional de pago único\' que, para el caso del art.18, apartado 1, será de \$ 50.000...”. Ello pues “...si bien por esta modificación se pretendió \\'dar satisfacción a necesidades impostergables del trabajador [...], originadas en el infortunio laboral\'... y traduce una mejora en la prestación originaria del sistema, el pago adicional en cuestión no alcanza a desvirtuar las conclusiones del considerando precedente, toda vez que su percepción no deja de conculcar el derecho del beneficiario a disponer libremente de la totalidad de su crédito, según sus necesidades...”.

Criterios estos que resultan aplicables al presente caso, por lo que corresponde se declare la inconstitucionalidad del art. 15 apart. 2 inc. LRT y del art. 19 LRT -en cuanto a la contratación de renta periódica- en tanto ambas normas prevén una renta en lo que hace al pago de la prestación dineraria por sistema de renta periódica, pues el presente caso no se encuentra alcanzado por la Ley 26.773.

Seguidamente pasare a determinar las pautas bajo las cuales se va a cuantificar la indemnización sistémica, en razón de los elementos aportados por las partes y el derecho aplicable.

Así tenemos, que la parte actora toma como ingreso base el importe de \$ 2.327,04, importe que se corresponde con las remuneraciones mensuales vigentes para los trabajadores de la industria de la construcción para la categoría “Ayudante Albañil” al momento de consolidación del daño, no habiendo sido cuestionada la remuneración tomada como base por el trabajador para la determinación de indemnización civil, en el caso de la ART niega que fuera de \$ 2.765, pero no aporta datos sobre el VIBM a considerar ante la eventualidad de que se determinará una incapacidad distinta.

Así pues, aplicando la fórmula matemática del art. 15 apartado 2, 2º párrafo, de acuerdo a esta base el resultado económico de la cuenta es: $\$ 2.327,04 \times 53 \times 100\% \times 2.407 (65 \text{ div. } 27) = \$ 296.862,81.-$

Ahora bien, en este importe que arroja la cuenta resulta evidente que la misma excede el tope previsto en la última parte de la norma en análisis, en tanto dispone que el capital resultante de la fórmula “...no podrá ser superior a PESOS CIENTO OCHENTA MIL (\$ 180.000)”. Es evidente que aplicar este tope, implica una reducción de esta prestación

dineraria de aproximadamente de un 40%, lo que evidencia un perjudicial desajuste que no puede ser tolerado y que obliga a declarar su inconstitucionalidad, la que ha sido peticionada por la parte actora.

Respecto de la inconstitucionalidad de dicho tope, esta Sala –en su anterior integración– en una decisión que comparto, se expidió sobre el tema en los autos: “ SANDOVAL JOSÉ ADRIAN C/ HORIZONTE A.R.T. S.A. S/ RECLAMO” (Expte. N° 2CT 21360-09) Sent. Definitiva del 31-03-2011. En esa causa y respecto del tope dispuesto en esta misma norma pero por el Decreto N° 1278/00 (\$ 180.000), se consideró que resultaba irrazonable mantener la vigencia del mismo a una prestación que debía liquidarse en mayo de 2.009, es decir, a más de 8 años desde que había sido fijado por el Decreto de Necesidad y Urgencia 1278/2000.

Con mayor razón aún el presente caso, que la prestación se liquida a mas de 16 años de haber sido dispuesto el tope de \$ 180.000.-

Los argumentos que en ese fallo se desarrollaron, resultan totalmente aplicables al presente. En efecto, allí se dijo que: “ La realidad económica a esta altura de las circunstancias había superado el límite tenido en cuenta en diciembre de 2000, por lo que resulta desajustado y en consecuencia inequitativa su aplicación en una liquidación 8 años después. Adviértase, que producto del desequilibrio señalado, el 6 de noviembre de 2.009 se publicó en el Boletín el Decreto N° 1694/09, en donde, a partir de entonces, el tope de marras paso a ser el piso. El propio Decreto en los considerandos señala; ‘...Que el régimen creado por la Ley N° 24557 y sus modificaciones, denominado de Riesgos del Trabajo, instituyó un sistema de seguro obligatorio por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a cargo de gestoras privadas con o sin fines de lucro, abarcando tanto a los empleadores del sector público como del sector privado. Que a partir de su puesta en marcha, el citado sistema de prevención y reparación de siniestralidad laboral evidenció su imperfección estructural como instrumento de protección socia, lo que originó el estudio de distintas alternativas de superación. Que en función de ello, mediante el Decreto N° 1278 del 28 de diciembre de 2000 se modificaron algunas previsiones de la ley mencionada, destacándose, entre otras, las inclusión de mayores compromisos en materia de prevención; la mejora de las prestaciones dinerarias; la apertura del concepto de enfermedad profesional según el procedimiento allí previsto; la ampliación del régimen de derechohabientes; la inclusión de un dictamen jurídico en la instancia administrativa de solución de conflictos y la ampliación del destino del Fondo Fiduciario para Enfermedades Profesionales; entre

otras disposiciones. Que sin embargo, dicha modificación parcial no fue suficiente para otorgar a ese cuerpo legal un estándar equitativo, jurídico, constitucional y operativamente sostenible. En párrafos siguientes se agrega que: ‘...Que sin perjuicio de lo precitado y a fin de continuar con ese cometido, el PODER EJECUTIVO NACIONAL entiende que el dictado de las medidas que permitan proteger a las víctimas y otorgar previsibilidad para los empleadores, contribuirá a la generación de un marco de paz social. Que por tal razón, resulta pertinente mejorar las prestaciones dinerarias en concepto de incapacidad laboral permanente y muerte, actualizando las compensaciones dinerarias adicionales de pago único, eliminando los topes indemnizatorios para todos los casos y estableciendo pisos por debajo de los cuales no se reconocerá válidamente el monto indemnizatorio, de acuerdo a las previsiones del artículo 11, inciso 3, de la Ley 24.557 y sus modificaciones...’.

De manera, que dicho tope resulta contrario al principio protectorio constitucional de condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis CN), al derecho de propiedad (art. 17 CN), al principio de no regresión normativa (art. 75 inc. 23 CN) y del de progresividad (art. 75 inc. 22 CN).

Refuerza lo expuesto, lo resuelto por la CSJN en el caso “ASCUA”, en que si bien declaró la inconstitucionalidad del tope previsto por el art. 8 inc, a, segundo párrafo, de la Ley 9688, según Ley 23.643, proyecta sus alcances sobre la LRT, desde nuestro punto de vista. En efecto, en el considerando 8º se señala; “... que la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado –al cual apuntan los textos transcritos-, no pueden válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima. Luego, resulta evidente que si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23.643) atendió, como principio, a la mentada pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, impidió, a la postre, que esa finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales, como el de esta controversia, resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía...’.

En el mismo sentido se expidió el STJRN, así, en el precedente “GAMBOA”, por el cual se confirmó la sentencia de Cámara que declaró la inconstitucionalidad del tope fijado por el Decreto 1278/00, desechando el agravio planteado por la aseguradora que entendía que el a quo había aplicado con efecto retroactivo las previsiones que pasaron a convertirse en pisos mínimos, sólo para las contingencias cuya primera manifestación

invalidante se produjera a partir de la entrada en vigencia del decreto; es es, noviembre de 2009 (art. 16). En el caso, el accidente databa de fecha 28-09-07. (Se. 11/2014)

En la misma línea, resolvieron en las causas “RAMIREZ SEPULVEDA” (Se. 32/2014) y en “GONZALEZ” (Se. 42/2014). En este último, se dejó traslucir un lineamiento respecto a la aplicación del RIPTE; más precisamente sobre el objeto aplicable. Se dijo allí que: “... tiempo después del infortunio de la actora (acaecido el 14.04.08) se dictó el Decreto 1694/09 (B.O. del 06.11.09), aplicable a los siniestros sucedidos con posterioridad a su entrada en vigencia, el cual eliminó los “topes” del Decreto 1278/00 y los convirtió en “pisos mínimos”. Del mismo modo, poco tiempo después de que se dictara la sentencia de Cámara (...) se sancionó la Ley 26773 (B.O. del 26.10.12), que dispuso que los pisos mínimos establecidos en el Decreto 1694/09 se deben incrementar conforme con las variaciones del índice RIPTE (arts. 8 de la Ley 26773 y 17 del Decreto reglamentario N° 472/2014)”.

De este modo, y a través de estos pronunciamientos quedó expuesto el criterio de la inconstitucionalidad de los topes, y la no aplicación retroactiva de los decretos a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia.

En el precedente “CARBALLO” (Se. 47/2014), en lo que aquí interesa, la Cámara de Trabajo había declarado la inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/09. El Superior Tribunal revocó el fallo y sostuvo se había omitido ponderar la doctrina de la CSJN en materia de aplicación temporal de las sucesivas reformas al régimen de accidentes de trabajo. (Fallos 314:481; 299:132; 312: 1234; 321:45).

En consecuencia, por las razones expuestas, se declara la inconstitucionalidad del tope de \$ 180.000, previsto por el art. 15, apart. 2, párrafo 2 de la Ley 24557, modificado por el Decreto 1278/2000, por lo tanto el rubro queda liquidado –como se señaló supra- en la suma de \$ 296.862,81.-

A este importe deberá deducirse la suma de \$ 180.000 depositado por la ART en la compañía de seguros de retiro SAN CRISTOBAL, por lo que deberá abonar la diferencia, a lo que se adicionarán infra los intereses indicados supra, desde que la obligación fue exigible, calculados al 30-04-2017, y los que se devenguen hasta el pago total.

8.- Obligación de San Cristobal Seguros de Retiro S.A.- Restitución de fondos: Tal como ha quedado reconocido en estos autos MAPFRE ART S.A. el 25-06-2010 ingresó en la cuenta de SAN CRISTOBAL SEGURO DE RETIRO S.A. el importe de \$ 180.000, en concepto de premio único de la póliza de seguro de renta vitalicia, a partir

de la selección y opción formulada por el actor Sr. Diego Fernando Zabala, con vigencia a partir del 01-07-2010.

Opción que ejerció el actor compelido por la necesidad de percibir las prestaciones, no obstante, efectúo expresa reserva de reclamar el pago completo a partir de la inconstitucionalidad de la norma que impone esta forma de pago, y los fallos de CSJN (CD. del 04-10-2010 dirigida a MAPFRE de fs. 16).

En definitiva, planteada y tratada favorablemente la declaración de inconstitucionalidad de la norma que dispone el art. 15, apart. 2 párr 2º LRT, en el capítulo anterior, cabe ordenar a esta Compañía de Seguros la devolución del capital restante, con la rentabilidad producida a partir del mecanismo legal aplicable a estas rentas, ello teniendo en cuenta que el actor desde el 01-08-2010 a la fecha de dictado de la presente sentencia, ha percibido a cuenta el pago mensual en concepto de renta periódica conforme comprobantes acompañados a fs. 607/630. Siendo que las partes no han aportado las pautas de rendimiento, es decir, el rentabilidad diaria sobre la que se basa el sistema, ni un informe de saldo de la cuenta de capitalización individual a una fecha determinada, la suma quedará sujeta a determinación a partir planilla de liquidación que se deberá practicar conforme documentación y datos que deberá aportar la Aseguradora a tal evento, en el plazo razonable de 10 días hábiles de notificada..

Pues el derecho del accionante no se limita a la obtención de la prestación como si hubiera abonado al momento de la contingencia, sino que también debiera alcanzar el producido de la rentabilidad durante todos estos años, a más de los intereses judiciales conforme las pautas expuestas supra para los daños patrimoniales, desde el 01-08-2010 hasta el 30-04-2017 (fecha de cálculo de los intereses de los restantes rubros), y los que se seguirán devengando hasta su efectivo pago.

9.- Inconstitucionalidad de la Resolución de SRT 414/99 sobre intereses. El accionante cuestiona esta norma en cuanto establece que la mora en las prestaciones dinerarias contempladas en la Ley 24557, se producirá de pleno derecho a los 30 días corridos de la fecha en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado.

Resolución que considera inconstitucional en tanto la SRT se arrogó funciones legislativas contrariando el art. 75 de la CN, además de importar una violación al derecho de propiedad consagrado en el art. 17.

Sostiene que en su caso tuvo el alta médica el 28-12-2009, fecha en que se produjo la consolidación jurídica del daño y desde allí deben correr los intereses compensatorios.

Esta Sala tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en autos: “ MUÑOZ LIDIA

ESTHER C/ MOÑO AZUL S.A.C.y A Y PRODUCTORES DE FRUTAS ARGENTINAS COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO” (Expte. N° 2CT-21066-09), Sentencia del 12-05-2010; “GARRIDO LAGOS JOSE LUIS C/ ASOCIART S.A. ART S/ ACCIDENTE DE TRABAJO” (Expte. N° 2CT- 19516-07, Sent. Interlocutoria del 23-05-2011), entre otras. En dichos precedentes se consideró que no es aplicable al caso la pauta de la Resolución de SRT n° 104/98 que dispone que los intereses se devengan a partir de la firmeza del dictamen de la Comisión Médica que cuantifica la incapacidad del trabajador. Estamos en el ámbito jurisdiccional, y se falla en sentido distinto a lo dicho por la Comisión Médica. De suerte que, resolver en otro sentido, significaría sostener que quién tuvo razón para litigar, cuando finalmente obtiene el reconocimiento judicial, debe cargar con los efectos de la mora del obligado permitiendo una vez más afectar el derecho a la igualdad del trabajador en relación a cualquier otro civil frente a idénticas circunstancias.

Quiero, sin embargo, dejar en claro lo siguiente: el incumplimiento o el pago fuera de término de la ART del depósito por incapacidades laborales incuestionadas, supuestos en el cual la Resolución 414/99 dispone el devengamiento de un interés equivalente al de la tasa activa mensual que percibe el Banco de la Nación Argentina para la operaciones de descuentos, determinado desde que cada suma fue exigible hasta la notificación de la puesta a disposición, nos pone de frente a lo que se define como “interés punitivo” de origen legal. Distinta ha de ser la tasa por “interés moratorio”, en los supuestos en que la procedencia o improcedencia del crédito esté controvertida, como el caso de autos, pues se regirá por las reglas propias de dicho supuesto o por lo previsto en la Resolución 104/98 según el caso. El art. 3° de la Resolución 414/99 atiende al principio del art. 11 inc. 1 de la ley 24557, al disponer que: “...Los intereses devengados deberán ser abonados conjuntamente con la prestación dineraria que corresponda percibir al trabajador siniestrado o a sus derechohabientes según el caso. Asimismo, en el supuesto de fallecimiento del trabajador, los intereses deberán ser depositados junto con el capital a integrar...”. Ello significa, ni más ni menos, que los intereses como accesorios de la indemnización principal se deben a partir del momento en que esta último es debida, aunque el trabajador haya percibido el capital sin hacer reserva alguna sobre los mismos.

En esta posición se enrola la Sala X de la CNAT al fallar en “Montoya c/ Liberty ART” dictada en 25-10-2007 al decir: “...Más allá de las argumentaciones vertidas por la

recurrente, comparto lo decidido por la a quo en cuanto al momento en que se hizo exigible la prestación, toda vez que si bien la incapacidad padecida por el actor fue recién determinada por el órgano jurisdiccional (Sala III de la Cámara Nacional de de Seguridad Social), pese a que la misma no mereció reconocimiento por parte de las Comisiones Médicas, sabido es que las sentencias judiciales poseen efecto declarativo y no constitutivo de los derechos que declaran, por lo que en este sentido, teniendo en cuenta que el pronunciamiento de la Sala II (ver fs. 4) revocó lo decidido por las Comisiones Médicas, debe estarse a la fecha en que se expidió la Comisión Médica local (esto es: el 10/04/02), ya que es en ese momento y no en otro en que debió haber sido reconocido el derecho del actor a percibir las prestación por la incapacidad laboral padecida, sin perjuicio del procedimiento que tuvo que seguir el accionante hasta obtener el reconocimiento de su derecho por el órgano judicial. Solo a mayor abundamiento, cabe señalar que –como bien sostuvo la sentenciante anterior- la Resolución 104/98 de la SRT a la cual hace referencia la quejosa, no resulta aplicable al caso particular de autos, toda vez que la misma fue prevista para los casos en que la incapacidad fuera determinada por los órganos administrativos respectivos y no en los casos en que la misma fuera reconocida por el órgano jurisdiccional, máxime teniendo en cuenta que las Comisiones Médicas dictaminaron que se trataba de una dolencia fruto de una patología inculpable. Sentado ello y, respecto de la fecha en que deben comenzar a computarse los intereses reclamados, el art. 2º de la Resolución 414/99 de la SRT establece que: ‘...la mora en el cumplimiento de la obligación de otorgar las prestaciones contempladas en la Ley 24.557 se producirá de pleno derecho transcurridos treinta (30) días corridos de la fecha en que la prestación debió ser abonada o el capital depositado, por el mero transcurso del plazo indicado... En este sentido y teniendo en cuenta la obligación de otorgar las prestaciones dinerarias debió tornarse exigible con fecha 10/4/02, la mora en su cumplimiento se produjo de pleno derecho con fecha 10/5/02, por lo que corresponde computar los intereses establecidos en origen a partir de esa fecha y hasta que la prestación fue debidamente abonada, esto es, el 26/8/04....’.

En el presente caso, la Comisión Médica Nº 9 en su dictamen de fecha 30/03/2010 (fs. 8/13), estableció el porcentaje de incapacidad del actor y en este marco, la ART contaba con 30 días corridos para cancelar las prestaciones dinerarias. Así la prevista por el art. 11 apart 4 inc. a) LRT fue abonada el 16-06-2010 por un importe de \$ 31.469,73 (PAGO DE PUA + BENEFICIOS DEVENGADOS conforme recibo de fs. 20), en tanto, el importe previsto por el art. 14 apart. 2 inc.2 LRT por un importe de 180.000

fue depositado el 25-06-2010, ante el seguro de retiro para su pago en forma de renta, siendo el tope previsto por la ley.

Y desde este criterio, la mora se produjo el 30-04-2010, por lo que corresponde computar los intereses a partir de esta fecha, los se deberán adicionar a las diferencias en las prestaciones a partir de IPT del 68%, y su ajuste a las prestaciones del art. 15 apart. 2, párr. 2º LRT.

10.- Liquidación- Detalles: La presente planilla de liquidación se practica al 30-04-2017, conforme a los parámetros explicitados precedentemente, esto es, con relación a CODAM, ENSA y BASAP UTE, desde el 28-12-2009 –fecha de consolidación del daño tomada para acción civil- corresponde aplicar la tasa mixta (activa-pasiva) de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa “Calfin c/Murchinson”, a partir del 28-05-2010 según lo dispuesto por el STJR en “Loza Longo” dictado el 27-05-2010, los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina hasta el 31 de diciembre de 2011, y del 01 de enero de 2012 en adelante la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, y a partir del fallo del STJ en los autos “Guichaqueo” del 18-08-2016, la tasa vigente de Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales, aplicable a partir del 01-09-2016.

A parte de las tasas especificadas a aplicar en el caso del rubro "daño moral", y los intereses que se continuen devengando.

Y en el caso de Prevención ART S.A. por las mismas tasas de intereses pero desde el 30-04-2010.

1. A cargo de CODAM, ENSA y BASAP UTE

-Base salarial: \$ 2.327,04, 27 años, 68%	
x fórmula "Pérez Barrientos al 22-10-2008.....	\$ 715.416,05
-Intereses (230,00%).....	\$ 1.645.456,90
-Subtotal por daño material.....	\$ 2.360.872,95
-Daño Psicológico	\$ 11.400,00
-Intereses (230,00%).....	\$ 26.220,00
-Sub-total por daño psicológico.....	\$ 37.620,00
-Daño Moral.....	\$ 300.000,00

-Intereses (65,47%).....\$ 196.410,00
-Sub-total por daño moral.....\$ 496.410,00
Total al 30-04-2017.....\$ 2.894.902,90

A este importe se le deberán deducir el pago los pagos efectuados por MAPFRE ART S.A. y San Cristobal Compañía de Seguros, por lo las partes deberán practicar oportunamente planilla de liquidación.

2. A cargo de MAPFRE ARGENTINA ART S.A..

-Prestación dineraria del art. 15 apartado 2 de la LRT al 30-04-2010 (VIBM 2.327,04 x 53 x 2.407 -65 div. 27 años-) \$ 296.862,81
Intereses al 01-07-2010..... \$ 9.232,43
-Suman..... \$ 306.095,24
- Deduce depósito en renta vitalicia \$ 180.000,00
-Restan \$ 126.095,24
- Intereses 01-07-20 al 30-04-10 (211,37%)..... \$ 266.527,50
-Subtotal \$ 392.622,74

-Prestación dineraria art. 11, apart. 4 incb) LRT. \$ 40.000,00
-Intereses al 15-06-2010 (2,32%) \$ 928,00
-Suman \$ 40.928,00
- Percibió 16-06-10..... \$ 31.469,73
-Restan \$ 9.458,27
-Intereses 16-06-10 al 30-04-10 (212,14%)..... \$ 20.064,77
-Sub-total.....\$ 29.523,04
-Total al 30-04-2017\$ 422.145,78

3. A cargo de San Cristobal Seguros de Retiro S.A.

Habiendo depositado la ART la suma de \$ 180.00,00 el 01-07-2010 en renta vitalicia, y que el actor se encuentra percibiendo la misma desde el 01-08-2010 a la fecha, se difiere la determinación de la misma hasta que las partes aporten los datos y propongan planilla sobre el saldo existente y rentabilidad producida al 30-04-2017, fecha en que se toma como de cierre de planilla de cálculo, ello sin perjuicio de los intereses que se devenguen hasta su efectivo pago.

11.- Costas Judiciales: Costas a cargo de los demandados (cf. art. 68 del CPCyC. y 25

L. 1.504) en forma solidaria, teniendo en cuentas sus respectivos montos de condena. Respecto de los rubros daño estético se rechazan en su entidad autónoma, pero si ha incidido en el mérito que hace del daño moral, por lo que considero que por tal razón el actor no tiene calidad de vencida, pues tenía razones valederas para reclamar los mismos.

No pudiendo precisar al momento los montos base de condena corresponde diferir la regulación de honorarios de los letrados y peritos hasta que se cuente con los mismos. TAL MI VOTO.

El Dr. Nelson Walter Peña, adhiere al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos. Dejando a salvo, que adhiere al modo de cálculo de intereses sobre el daño moral allí establecido, en cuanto dicho rubro es estimado en el caso a la fecha de sentencia.

La Dra Gabriela Gadano, adhiere al voto de la Dra. Vicente por compartir los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR a las inconstitucionalidades de los arts. 39 apartado I LRT, 49 clausula adicional I LRT, 15 apart. 2, párr 2 y 19 LRT, y art. 75 LCT.

II.- RECHAZAR el pedido de inconstitucionalidad del art. 16 del Decreto 1694/09 y Resolución SRT 414/99.

III- RECHAZAR la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por MAPFRE ARGENTINA ART S.A. y en su consecuencia condenandola a pagar a DIEGO FERNANDO ZABALA la suma de Pesos Cuatrocientos Veinte y Dos Mil Ciento Cuarenta y Cinco con Setenta y Ocho Centavos (\$ 422.145,78) que resulta de la diferencia en las prestaciones dinerarias conforme art. 11 apart. 4 b) y art. 15, apart. 2 párr 2 de la Ley 24557 y Decreto 1278/2000, con sus intereses al 30-04-2017, de acuerdo a las tasas judiciales que se indicaron en los considerandos, importe que deberá ser abonado dentro del plazo de DIEZ (10) DIAS de notificada la presente, ello sin perjuicio de la intereses que se devenguen hasta el efectivo pago. Con costas a MAPFRE ARGENTINA ART S.A.

IV.- HACER LUGAR a la demanda promovida por DIEGO FERNANDO ZABALA y en su consecuencia condenando a CODAM SRL, SAN ANDRES RIVAS ENRIQUE - ENSA- y BASAP (UTE) a pagar al nombrado en primer término la suma que resulte previa deducción de los importes percibidos o a percibir de MAPFRE ARGENTINA

ART S.A. Y SAN CRISTOBAL SEGUROS DE RETIRO S.A., en concepto de prestaciones dinerarias por incapacidad tomadas como pago a cuenta del daño patrimonial por lucro cesante y daño psíquico, esto sin perjuicio del daño moral, debiendo al efecto practicarse la correspondiente planilla de liquidación. Con costas a cargo de CODAM SRL, SAN ANDRES RIVAS ENRIQUE y BASAP S.A. (UTE) .

V- HACER LUGAR a la demanda promovida por DIEGO FERNANDO ZABALA y en su consecuencia condenando a SAN CRISTOBAL SEGUROS DE RETIRO S.A a pagar al nombrado en primer término la suma dineraria que resulte del saldo de la cuenta de renta vitalicia instrumentada mediante Póliza de Seguro N° 026161/00 existente al 30-04-2017, conforme fuera explicitado en los considerandos, debiendo al efecto practicarse la correspondiente planilla de liquidación. Con costas a cargo de SAN CRISTOBAL SEGUROS DE RETIRO S.A .

VI.-En razón a la forma en que se resuelve, se difiere la regulación de honorarios hasta tanto exista planilla firme.

VII- Oportunamente, una vez que se encuentren firmes las sumas cuya liquidación debe practicarse, por Secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la empleadora condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

Dra. María del Carmen Vicente
Vocal Trámite - Sala II

Dra. Gabriela Gadano Dr. Nelson Walter Peña
Vocal - Sala II Vocal Subrogante - Sala II

Ante mí: Dra. María Magdalena Tartaglia
Secretaría subrogante.