

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 15 días del mes de marzo de 2016, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dra. Alejandra M. Paolino y Dres. Jorge A. Serra y Carlos D. Rinaldis, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "PAILLALEF, Matias E. C/ CODISTEL S.A y Otra S/ SUMARIO (I) (Conc.Alicia Sisko)", Exp. N° 24449/13, iniciado el 13/02/2013. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Jorge A. Serra; segundo votante, Dr. Alejandra M. Paolino, y tercer votante, Dr. Carlos D. Rinaldis.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Jorge A. Serra dijo:

--- I.- Antecedentes:\n--- 1) A fs. 92/114 se presenta la Dra. Ana María Scalmazzi en representación de Matías Eduardo Paillalef, con el patrocinio de la Dra. Carolina Von der Becke. En tal carácter, inicia demanda contra Codistel S.A. y Consolidar Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., reclamando la suma de \$ 42.391,71.- y/o lo que corresponda en función de la prueba a producirse en la causa, más intereses y costas.-

--- En primer término, plantea la inconstitucionalidad de los arts. 39, inc. 1); 21; 22; 28 y 46 de la ley 24.557, conforme los argumentos que expone a fs. 93/98 (con citas de doctrina y jurisprudencia), a cuya lectura me remito.-

--- Funda la legitimación pasiva que atribuye a Codistel S.A., en los términos del art. 1113 del Cod. Civil.- Suscintamente, considera que la "construcción" ha sido declarada en reiteradas oportunidades una actividad de riesgo y el accidente ocurrió por las condiciones en que se desarrollaba la obra en que trabajaba Paillalef, no habiendo existido alguna culpa que le pudiera ser imputable a la víctima (ver fs. 98vta./103vta.).-

--- Asimismo y en cuanto se refiere a Consolidar ART, sostienen que no han mediado de parte de la empresa, los debidos controles respecto de las condiciones de seguridad e higiene, a los fines de detectar situaciones de riesgo para los trabajadores y evitar accidentes (ver fs. 103vta./106).-

--- En cuanto se refiere a los hechos que sustentan la demanda, refiere que el actor ingresó a Codistel S.A. el 3/5/2010, prestando tareas en la obra de INVAP.- En diciembre de ese año mientras se movilizaba de un punto a otro, cayó a un pozo de 5mts. de profundidad excavado a fin de realizar el replanteo de obra.-

--- Fue derivado al Sanatorio del Sol, donde se determinó que se había clavado un hierro que penetró por el muslo, perforando intestino grueso y vejiga (rozando además el riñón).- Fue sometido a dos operaciones, la primera en la cual se cerró la vejiga y reparó el intestino, realizándosele una colostomía y otra a los tres meses, en que se procedió al cierre de la colostomía y se retiró la sonda.-

--- En junio de 2011 se le dió el alta médica, diagnosticando el Dr. Caviglia, que Paillalef podía reintegrarse a sus tareas en tanto no le demandaren grandes esfuerzos, por lo que debían readecuarse las mismas. El día 21 de ese mes, la ART ratifica el alta médica y estima una incapacidad del 45%.-

--- El día 16/1/12, fue despedido por Codistel S.A..-

--- Refiere los estudios y trámites posteriores, hasta que finalmente la Comisión Médica Nro. 18, estableció una incapacidad del 6,5%, abonándole Consolidar/ Galeno la suma de \$ 35.987,08, en concepto de indemnización.-

--- Detalla los rubros reclamados y el monto liquidado (fs. 107/110), funda en derecho su pretensión (fs. 110vta.) y ofrece prueba (fs. 110vta./111vta.).-

--- 2) A fs. 113/4 se corrió traslado de la demanda, compareciendo a fs. 135/8 los Dres. Alan Joos y Sergio Dutschmann, en representación de Codistel S.A..-

--- Luego de negar los hechos invocados por el actor (ver fs. 135/6), relatan su versión del siniestro.- Al respecto, sostienen que Paillalef se encontraba realizando el último tramo del cerco perimetral que rodeaba la excavación de uno de los edificios de la obra y haciendo el último tramo que pasaba a dos metros aproximadamente de la misma, en esas circunstancias se acercó demasiado al borde la excavación y por su falta de atención se resbaló, desplazándose por el borde la excavación.- Al caer parado, se le clavó un fierro que estaba en el lugar y era imprescindible para la realización de la obra (y cuya existencia no era desconocido para el actor).-

--- Por tal motivo considera improcedente el reclamo formulado en los términos del art. 1113 del Cod. Civil.- Ofrece prueba y funda en derecho su postura (fs. 137vta./138).-

--- 3) A fs. 150/183 se presenta el Dr. Juan Ignacio Gigena en representación de Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. (actual denominación de Consolidar Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.).- Opone excepción de cosa juzgada, en virtud de haber dictaminado la Comisión Médica Jurisdiccional una incapacidad definitiva de un 6,50%, dictamen que se encuentra firme y consentido por lo que resultaría un escándalo jurídico su revisión en esta instancia judicial.- --- En función de ello y habiendo abonado al actor la suma de \$ 35.987,06.- (en función de dicho dictamen),

también opone excepción de pago total.-

--- Asimismo opone defensa de falta de legitimación pasiva, en función de sustentarse la pretensión deducida en el marco de la responsabilidad civil, que no constituye un riesgo cubierto por su mandante (fs. 152vta./154).-

--- Sostiene también que la aseguradora no puede ser responsabilizada más allá de las prestaciones previstas en la ley 24.557 (cf. art. 1ro. -ver fs. 154/155vta. y 165/66), no existiendo obligación a su cargo derivada de las medidas de seguridad e higiene, por cuanto es deber del empleador cumplir las mismas (art. 31, ley 24.557) y la ART no ejerce un poder de policía en la materia (ver fs. 155vta./57 y 163vta./165).-.-

--- Finalmente, contesta demanda y niega los hechos invocados por el actor (ver fs. 167 y vta.)- Impugna liquidación (fs. 168/70); contesta los planteos de inconstitucionalidad (fs. 171/81vta.) y ofrece prueba (fs. 181vta./83).- \n--- 4) A fs. 191 se celebró audiencia de conciliación y al no existir acuerdo entre las partes, a fs. 192 se dispuso la producción de la prueba ofrecida.- A fs. 306/312 y 313/14, obran alegatos formulados por las partes.-

--- Finalmente, a fs. 317, se dispuso el pase de los autos al Acuerdo, por lo que se encuentran las actuaciones en condiciones de dictar un pronunciamiento definitivo.-\n---

II.- Hechos:

--- Conforme lo dispuesto por el Art. 53 de la Ley 1504 habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que considero relevantes para la resolución de la presente causa.- \n--- II-1) No existe controversia entre las partes en cuanto al hecho de que el actor trabajó en relación de dependencia para la codemandada Codistel S.A. desde mayo de 2010 y hasta enero de 2012 (fs. 106 y 150vta.)- \n--- II-2) De igual manera se encuentra reconocido el siniestro que sufrió el Sr. Paillalef en diciembre de 2010, en circunstancias en que mientras realizaba tareas para la empresa demandada en la obra de Invap, cayó a una zanja de aproximadamente 4 mts. y se le introdujo un hierro por su muslo izquierdo sufriendo una grave herida (volveré más adelante sobre dicha herida y sus consecuencias).-

--- El carácter laboral del siniestro tampoco ha sido desconocido por las codemandadas, habiendo reconocido inclusive la A.R.T. que abonó al actor una indemnización por incapacidad (circunstancia en que funda la excepción de pago total interpuesta a fs. 15).-

--- II-3) Ahora bien, siendo que la pretensión del reclamante se encuentra fundada expresamente en las normas del derecho común que rigen la responsabilidad derivada

del riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 y ccs. del Código Civil entonces vigente-), entiendo que corresponde en esta instancia efectuar un análisis de la eventual aplicación de dicha normativa al presente caso.-

--- Al respecto, debe partirse de la premisa de que para responsabilizar al dueño o guardián por accidentes derivados de las cosas no es requisito que se trate de cosas que se hallen en movimiento. Ello es así por cuanto las cosas inertes pueden causar un perjuicio, como ocurre con un árbol caído que bloquea una ruta o el foso donde puede caer una persona, las obras en construcción o los baches en veredas o calzadas. En consecuencia, no interesa el `modo` con que se hace efectiva la potencia dañosa que encierra la cosa; ésta es fuente del perjuicio cuando, `mecánicamente` pasiva, ha sido `causalmente` activa.

---Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando su anormal situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una consecuencia dañosa.-

--- En tal orden de ideas, considero que una zanja de 4 ó 5 mts. de profundidad y en cuyo suelo sobresalían “desnudos” hierros preparados para sustentar las bases de la construcción per se, implicaba una cosa riesgosa en los términos de la norma en análisis (cf."MACHADO LUIS OSCAR C/ LOGISTICA CONCRET SRL Y OTRO/A S/ PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA“, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso de San Nicolás, fallo del 3/8/2015; “MACÍAS, LILIANA NANCY POR SÍ y EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJA MENOR G.,C Y OTROS C/TECHNO AMERICANA S.A. Y OTROS S/ INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO" causa Nro 5.769/2003, SD 91.516, de fecha 24/11/2009, publicada por elDial.com el 11.02.2010 -elDial.com AA5B83-).-

--- En sentido concordante ha señalado expresamente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil- Sala B que “...no cabe duda que la depresión, excavación o zanja en donde se precipitara la actora por su entidad debe ser considerada una cosa en el sentido previsto por el art. 1113 citado, cuanto de ella se servía la demandada a los fines de cumplimentar su obligación prestataria” (autos Fagundez, Olga Asunción c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios” , citado en nota publicada en <http://www.diariojudicial.com/nota/46012>) .-

--- Y sin perjuicio de la existencia de doctrina que entiende que corresponde aligerar la presunción de responsabilidad del guardián o responsable en caso tratarse de una cosa inerte, en este caso por la naturaleza de la “zanja” (en cuanto a su profundidad y

existencia de hierros desnudos), debe descartarse dicha posibilidad.- Por lo tanto, pesaba sobre la parte demandada, la carga de acreditar la existencia de una conducta de la víctima que pudiera sustentar una atribución de culpa en relación a la producción del accidente sea en forma total o concurrente.-

--- Analizando la prueba colectada en la causa, surge de la testimonial de Jorge Leuquen, que se hallaba junto al actor reforzando una parte de la malla que cumplía función de cerco perimetral de la zanja y que si bien contaban con elementos de seguridad (zapatos, anteojos, cascos, etc.), en ese momento no se hallaban atados, ya que iban y venían.-

--- En esas circunstancias y mientras caminaban buscando tirantes, se desmoronó el terreno un metro cayendo Paillalef y en el fondo de la zanja se le clavó un fierro que no tenía ninguna protección.-

--- Por su parte, José Luis Morris, quien se desempeñaba como 2do, capataz y no estaba en el lugar al momento del siniestro, señaló que el pozo era visible y estaba marcado, creyendo que había una distancia de 3mts. entre la zanja y donde se señalizaba colocando la malla, trabajo en el que participaba el actor.-

--- Respecto a la superficie que se desmoronó, señaló que fueron aproximadamente 50cms. y ante la consulta del Tribunal, refirió que no recordaba de otros desmoronamientos.-

--- Y el testigo Espinoza, que se desempeñaba como oficial armador de fierros, situó la malla a unos 50cms. aproximadamente de la zanja.-

--- En síntesis, no existen elementos que permitan inferir algún descuido o negligencia de parte del actor en la realización de las tareas que le fueran encomendadas que pudiese resultar jurídicamente relevante y que pudiese motivar atribuirle algún grado de culpa en el acaecimiento del evento dañoso.- En efecto, el lugar en que se hallaban colocando la malla indudablemente hubo sido fijado por el personal encargado de la obra (no se invocó una orden contraria) y no se acreditó que hubiere existido de parte del trabajador algún movimiento ajeno a sus labores o que fuere susceptible de provocar un desmoronamiento en un terreno en que no habrían ocurrido otros eventos de esa naturaleza (ver registro del testimonio de José Luis Morris).-

--- Por otra parte, la naturaleza de las lesiones que sufriera Paillalef carecen de relación con el uso de los elementos de seguridad provistos, ya que ni un casco, zapatos de seguridad, anteojos, botas, etc., hubieran evitado que se clavara el fierro que sobresalía en el fondo de la zanja.-

--- A mayor abundamiento, no puede soslayarse que de las propias "Normas para excavaciones y zanjos" adjuntadas por Codistel S.A. surge que "...Todas las zanjas de más de 1,20mts. de profundidad se deben entibar y/o arriostrar, excepto cuando se trate de roca maciza, a menos que los bordes se hagan en talud..." (o declive).-

--- Tratándose de acepciones de uso poco común fuera del ámbito de la construcción, he de señalar que "entibar" significa apuntalar las excavaciones de las minas con maderos o armazones metálicos y "arriostrar" sería sostener la pared de la excavaciones mediante una estructura metálica o de madera con soportes diagonales.- .

--- De la propia página de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, surge como recomendación para evitar desmoronamientos el estudio de suelos y "entibado" (ver www.srt.gob.ar; "Riesgos y Medidas de Prevención por actividad").-

--- Y asimismo, considero que las vallas, malla u otro sistema de seguridad tendiente a delimitar el perímetro de la zanja, en modo alguno pueden ser colocados una vez efectuada la excavación (y llegando a una profundidad de aproximadamente 5 mts.), sino que dicha tarea debe ser previa y simultánea al replanteo.- Dicha medida de seguridad no puede ser suplida por meras "cintas", que como ha sido reconocido se rompen con un viento fuerte (propio de la región).-

--- De las constancias de la causa no surge que ninguna de esas medidas hayan sido adoptadas por la empresa constructora, por lo que resulta clara su responsabilidad en los términos del art. 1113 del Cod. Civil (reitero, vigente a la fecha del siniestro), al no realizar aquellas acciones necesarias para evitar los daños que pudiese causar la zanja realizada a los fines de la obra realizar para INVAP SA.-

--- II-4) En cuanto a la incapacidad que padece el actor como consecuencia del siniestro, la misma fue estimada en un 6,5% por la Comisión Médica Nro. 18 (ver fs. 82/85).-

--- Por su parte el perito médico Dr. Rodolfo Galosi ha estimado que Paillalef sufre una incapacidad laboral parcial y permanente del 13,98%, conforme los fundamentos que expone a fs. 279/84, a cuya lectura me remito a los efectos de no extenderme en forma innecesaria.-

--- Respecto al valor probatorio de la pericia médica ha resuelto en reiteradas ocasiones la jurisprudencia que "La pericia médica es el elemento probatorio hábil por excelencia para determinar la etiología de la dolencia y, consecuentemente, la existencia de relación causal o concausal entre las condiciones del desempeño laboral a las que se encuentra expuesto el trabajador y el quebranto de su salud. (SCBA, L 84092 S Fecha: 24/08/2005; Carátula: Rodríguez, Higinio Santiago c/Mirasur S.A. s/Indemnización

enfermedad-accidente de trabajo; Mag. Votantes: Pettigiani- Kogan- Genoud- Hitters-Soria, fallo publicado en Lex Doctor).-

--- Más allá del cuestionamiento formulado por la A.R.T. a fs. 288/289, no encuentro motivos para apartarme de las conclusiones del Dr. Galosi, que además de encontrarse debidamente fundadas, se condicen en mi opinión con la gravedad de las lesiones que sufriera el actor.-

--- III.- Decisorio:\n--- III- 1) Inconstitucionalidad de los arts. 39.1, 21,22 ,28 y 46 de la ley 24557\n--- La parte actora ha planteado la inconstitucionalidad de los referidos artículos de la ley 24557, solicitando la jurisdicción de este Tribunal para entender en autos y también rechazando la norma que limitaba su derecho a reclamar el resarcimiento integral de los daños sufridos, conforme el derecho común, además del sistema tarifado especial resultante de la LRT.

--- Al respecto y tal como lo ha hecho el Dr. Carlos Rinaldis al emitir su voto en los autos caratulados "ABURTO URIBE, Cristian A. C/ ARQUITECTO SRUR Y SRUR S.A. y Otra S/ ACCIDENTE DE TRABAJO", Exp. N° 23941/12,. “ cabe poner de manifiesto que esta Cámara siguiendo la línea jurisprudencial ampliamente mayoritaria en los Tribunales de nuestra República- ha declarado reiteradamente la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, por resultar contrarias a garantías constitucionales plenamente reconocidas, especialmente la del juez natural y la posibilidad de reclamar por la doble vía para asegurar el resarcimiento integral del daño; conforme fallos de la CSJN a los cuales en honor de la brevedad me remito, citando por ej. “Castillo c/Cerámica Alberdi” ; “Aquino” , “Arostegui” y “Diaz c/ Vaspia” entre muchos otros.-

--- En tal sentido me remito in tutum para evitar reiteraciones innecesarias a los fundamentos expuestos en tal sentido en los ya citados fallos dictados en autos “Olazar Arguello” y en " Suarez c/ Galeno", entre otros de esta misma Cámara, y propongo al Acuerdo hacer lugar a la inconstitucionalidad de los artículos mencionados en la demanda, de la ley 24557.-

--- Y no obsta a lo expuesto, que la víctima pudiera haber percibido algún monto indemnizatorio de la A.RT..-

--- En relación a ello se ha resuelto que "...La LRT impone un régimen indemnizatorio particular al afirmar la responsabilidad de la aseguradora de riesgos por una reparación tarifada de la incapacidad permanente y negar la civil del empleador (con la salvedad de su art. 39 inc. 2, inaplicable al presente). No existe impedimento alguno en que la

víctima de un accidente laboral luego de percibir la indemnización a cargo de la aseguradora de riesgos del trabajo, pretenda obtener una reparación por parte del empleador y plantear la invalidez constitucional de las normas que se opongan (art. 39 inc. 1 LRT), puesto que la percepción de la reparación tarifada solo importa – para el reclamante – el sometimiento voluntario a las normas relativas a dicha reparación más no al resto de las disposiciones de la LRT sin que exista interdependencia o solidaridad inexcusable entre unas y otra (cf. CSJN L.334.XXXIX. RHE. “Llosco, Raúl y otra c/ Irmí S.A.” - 12/6/2007 – Fallos: 330:2696, publicado en Boletín Temático de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -abril 2012-) .-

--- Por lo expuesto, considero que debe receptarse el planteo de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por la parte actora a fs. 92vta. y ss.).-

--- III- 2) Excepción de falta de legitimación pasiva opuestas por Galeno ART SA;

--- Establecida la procedencia de la facultad ejercida por el trabajador de demandar en los términos del derecho común conforme los arts. 1078, 1083, 1109 y 1113 del Código Civil de la Nación entonces también vigente (conforme la fecha del siniestro 11-12-10), cabe analizar el planteo interpuesto por la A.R.T. codemandada.-

--- La misma sustenta su postura en función de la naturaleza de los riesgos asumidos y las limitaciones de la cobertura que derivan de la ley 24.557 (me remito a una lectura del libelo de contestación de demanda), mientras que el accionante le imputa el incumplimiento de la obligación de asumir controles efectivos en materia de seguridad e higiene (ver fs. 104vta. y ss.).-

--- Al respecto y si bien es cierto que la A.R.T. no ejerce el poder de policía en esa materia (que corresponde a la Secretaría de Trabajo u otro órgano administrativo competente), no es menos cierto que la ley 24.557, en su art. 4to. inc. 2do., le impone a la aseguradora, a los fines de prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, ciertas obligaciones que tienen estricta y directa relación con la cuestión aquí debatida; a) la elaboración de un plan de acción; b) evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución y c) Visitas periódicas de control de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo" .-

--- Y la Resolución 552/01 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo establece que en el caso de obras de construcción que reúnan alguno de los siguientes requisitos: a) comprendan la realización de una excavación; b) comprendan la realización de una demolición; c) prevean el uso de medios de izaje, montacargas o montapersonas; d) requieran el uso de silletas o andamios colgantes; e) superen los UN MIL (1000) metros

cuadrados de superficie cubierta; f) superen los CUATRO (4) metros de altura a partir de la cota CERO (0); g) realicen tareas sobre o en proximidades de líneas o equipos energizados con Media o Alta Tensión, definidas MT y AT según el reglamento del ENTE NACIONAL DE REGULACIÓN DE LA ELECTRICIDAD (E.N.R.E.), la A.R.T. debe informar a la S.R.T. el inicio de la obra y asimismo estará obligada a elaborar y mantener un Registro de Visitas a Obras debiendo contener de cada visita: a) C.U.I.T. del empleador; b) Razón Social del empleador; c) Domicilio de la obra; d) Código Postal de la localización de la obra; e) Fecha de la visita. f) Si se detectaron o no incumplimientos en la obra (arts. 13 y 14).-

--- Los incumplimientos detectados facultan a la S.R.T. a denunciar los incumplimientos a la normativa de higiene y seguridad, a la autoridad administrativa laboral de la jurisdicción competente, a los efectos de que se proceda a la correspondiente fiscalización (art. 16).-

--- En el caso que nos ocupa, no surge ninguna prueba que permita tener por acreditado que Galeno ART S.A. hubiera cumplido con dichas visitas o inspecciones, ni que hubiere cursado directivas o sugerido medidas para evitar los riesgos propios de una obra en construcción, de una envergadura tal que requiriera implantar fundaciones a una profundidad de 5mts. de profundidad.-

--- Por lo tanto, entiendo que ha existido un grave incumplimiento de su parte que justifica la atribución de responsabilidad en concurrencia con la codemandada Codistel S.A., ante la falta de adopción de las medidas de seguridad que hubiere evitado el accidente sufrido por Paillalef.-

--- En resumen, considero que la aseguradora sólo puede invocar la limitación de la cobertura a las prestaciones fijadas en la L.R.T. en tanto hubiere cumplido con las obligaciones que dicha norma le impone.- Pero si no lo hizo y esa omisión coadyuva a la producción del siniestro, es indudable que los efectos de su negligencia se extienden más allá de la indemnización tarifada, debiendo responder asimismo en el marco de las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual.-

--- III-3) Excepciones de cosa juzgada y pago total.-

--- En primer término y respecto a la "firmeza" del dictamen de la Comisión Médica, se ha pronunciado ya en reiteradas ocasiones este Tribunal respecto a la innecesariedad de agotar la instancia recursiva en sede administrativa, para instar la vía judicial y cuestionar la incapacidad laboral fijada y/o reclamar las eventuales diferencias indemnizatorias.-

--- Al respecto y más allá de lo resuelto en el apartado 1) en relación a la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por la actora, me permito transcribir lo señalado por la Dra. Alejandra Paolino, al emitir su voto en los autos ""MAIDANA, Dionisio C/ ALUSA S.A. y Otra S/ SUMARIO (I)", Exp. N° 25303/14 (fallo del 31/8/15).-

--- Sostuvo en esa oportunidad mi colega que: "... existe numerosa jurisprudencia que ya se ha expedido en relación al tema descripto en el sentido que si el trabajador pretende el otorgamiento de las prestaciones del sistema de la ley de riesgos del trabajo y no desea transitar la vía de las comisiones médicas, puede ocurrir directamente ante la justicia ordinaria.-

--- En este sentido se ha dicho:" Corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 -que establecen el trámite previo ante las comisiones médicas- y 46 - que establece la jurisdicción federal- de la ley 24.557, ya que dicha ley de Riesgos del Trabajo ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla la misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado "de fuero común" (Disidencia parcial de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay). -Del precedente "Castillo" (Fallos: 327: 3610), al que remitió la disidencia parcial-". "A partir de la inconstitucionalidad del art. 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo pronunciada por las razones expuestas en la causa L. 75.708 "Quiroga", sent. del 23-IV-2003 se impone declarar inaplicables los arts. 21 y 22 de dicho cuerpo legal.Carátula: Espósito, Mario Javier C/ Carrefour Argentina S.a. S/ Daños Y Perjuicios Mag. Votantes: Roncoroni-Soria-Pettigiani-kogan-Genoud-Hitters-de Lázari."-

--- De lo expuesto, surge claramente la inconstitucionalidad de dicha norma y en virtud de lo expresamente previsto por el Art 196 de la Constitución Provincial que autoriza a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, en tanto se vulneren derechos de neta raigambre constitucional, corresponde en el caso de autos declarar la inconstitucionalidad de los art. 21 y 22 de la Ley 24557 en el entendimiento que no corresponde agotar el procedimiento previsto en los mencionados artículos como condición previa para efectuar el posterior reclamo judicial, toda vez que lo contrario implicaría privar al trabajador del directo acceso a la justicia violentando esenciales derechos reconocidos por la Ley suprema Nacional -Art 18 y su correlativo en nuestra Ley Suprema Provincial en su art. 22 y normas de Tratados Internacionales -como el

llamado " Pacto de S.J. de Costa Rica" de los cuales es signataria la República Argentina.".-

--- Conforme lo expuesto, deberá desestimarse el planteo interpuesto por la A.R.T. codemandada.-

--- Y siendo que la suma percibida por el trabajador debe ser interpretada como recibida "a cuenta" del resarcimiento que en definitiva le corresponde y que no implica renuncia a derecho alguno (art. 260 LCT), deberá rechazarse también la excepción de pago total deducida por la aseguradora.-

--- Los restantes planteos y alegaciones de la codemandada (me remito al libelo de fs. 150 y ss.) , quedan subsumidos, en definitiva, en las cuestiones resueltas en los apartados precedentes, por lo que nada más cabe agregar en la presente.-

--- III- 4) Daños reclamados por el actor;

---- A.- Incapacidad sobreviniente (ver fs. 108/109).-

--- Al respecto y como lo he señalado en reiteradas oportunidades como Juez Civil y Comercial, es necesario precisar que a los fines de establecer la cuantía del resarcimiento, deben analizarse los diferentes aspectos que componen la vida normal de la víctima, es decir, no sólo los aspectos vinculados a la actividad laboral propiamente dicha y sus posibilidades de progreso futuro, sino también la incidencia de las lesiones sufridas en otros aspecto propios de la vida cotidiana y de relación (cf. Juz. Civil y Comercial Nro. 1; S.D. nro. 40, del 4-9-07).-

--- En este caso, el accionante contaba con 24 años de edad al momento de producirse el siniestro y sufre una incapacidad laboral parcial y permanente del 13,98%.-

--- Por lo tanto y teniendo en cuenta las actividades que desplegaba Paillalef (oficial albañil), entiendo razonable receptar el rubro por incapacidad sobreviniente por la suma de \$ 45.000.- a la fecha del siniestro (más los \$ 35.897,08.- ya percibidos).-

--- Dicha suma no difiere sustancialmente, de la que se obtendría realizando un simple cálculo aritmético de adecuación de la suma abonada por la ART ($35.897,08 \times 13,98 / 6,5 = 77.206,33$) y sin analizar otros elementos como el ingreso base tomado como referencia -por ejemplo-.-

--- Asimismo, dejo aclarado que no considero aplicable en forma automática la fórmula referida por la actora a fs. 108, por no reflejar la misma acabadamente el perjuicio que una incapacidad definitiva puede proyectar sobre otros aspectos ajenos a la actividad laboral.-

--- Por aplicación de las tasas de interés aplicadas de manera uniforme por este Tribunal

(24% hasta el 31/12/14 y 36% a partir del 1/1/15), dicho resarcimiento equivale al 31/3/16 a \$ 109.135.- (45.000.- más 142.30% de interés).-

--- Fijo esa fecha en función del plazo de pago del monto por el que propongo que prospere la demanda.-

--- B.- Daño moral:

--- Pudiendo definirse el mismo, sin necesidad de explayarse en demasía, como el resarcimiento que tiende a reparar los dolores y padecimientos que alteran el equilibrio espiritual, en función de las lesiones sufridas por el Sr.Paillalef y los tratamientos que ha debido afrontar (los cuales ha detallado el perito Galosi), es indudable que el rubro en análisis debe prosperar.-

--- Para tener alguna aproximación de los padecimientos que sufrió el actor, basta señalar que el mismo debió soportar dos intervenciones quirúrgicas y llevar una sonda vesical y colostomía hasta mayo de 2011 (ver fs. 282).- Esto sólo me exime de mayores consideraciones al respecto.-

--- Ahora bien, en función de la dificultad de mensurar en dinero dicho sufrimiento, entiendo que resulta necesario efectuar dicha valoración al día de la fecha.- Ello así, en tanto que si bien la indemnización en dinero no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño (cf. C.N.Civ., Sala L. 465.066, del 13/02/2007 y L. 563.986, del 22/02/2011, entre otros, fallo publicados en Lex Doctor).-

--- Por lo expuesto, considero equitativo fijar el resarcimiento por el agravio moral sufrido por el Sr. Matías Paillalef, en la suma de \$ 250.000.- (al día 31/3/16).-

--- Entiendo que fijar un monto menor, tornaría irrisorio el resarcimiento, atento una simple comparación (tal vez poco feliz, pero no menos efectiva), con el valor de aquellos bienes a los cuales debería acceder la víctima a través del resarcimiento.-

--- Dejo constancia que las cifras fijadas por daño moral e incapacidad en modo alguno implican fallar ultra petita, teniendo en consideración que la parte actora ha obrado con prudencia en su reclamo, difiriendo su cuantía definitiva, a la prueba que se produjera en autos (ver fs. 92) .-

--- III- 5) Pago a cuenta: Debiendo deducirse el pago efectuado por la A.R.T. (ver fs. 86), adicionaré sobre la suma de \$ 35.897,08.-, los intereses devengados al día 31 del corriente (82,3%), lo que hace un total de \$ 65.440.-, que deberá deducirse de los importes por los cuales se hace lugar a la demanda.-

--- Por lo tanto, la demanda ha de prosperar por la suma de \$ 293.295.- al día 31/3/16.-

--- Con posterioridad a esa fecha y hasta el efectivo pago, deberá calcularse un interés del 36% anual.-

--- Conforme ya lo he postulado en anteriores casos, considero que debe aplicarse dicha tasa, sin perjuicio de lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en autos "Jerez, Fabiana c/ Municipalidad de San Antonio Oeste s/ accidente de trabajo s/ inaplicabilidad de la ley" (expte. nro. 26.536/13 STJ, Sentencia del 23/11/15).

--- Siendo de consideración obligatoria dicha jurisprudencia (art. 43 L.O.), entiendo que la tasa fijada no difiere sustancialmente de la aplicada por el S.T.J., ya que además responde adecuadamente a la finalidad de evitar la litigiosidad, pero esencialmente resulta de fácil comprensión, análisis y cálculo para las partes no letradas, que en definitiva son destinatarias principales de la decisión judicial.- \n--- Conforme lo expuesto, propongo al Acuerdo;

--- 1) Declarar la inconstitucionalidad de las normas referidas en el apartado III-1).-

--- 2) Rechazar las excepciones planteadas por la codemandada Galeno ART S.A..-

--- 3) Hacer lugar a la demanda, condenando a Codistel S.A. y a Galeno ART S.A. a abonar al actor, en forma solidaria y en el plazo de diez días, la suma de \$ 293.295.-, con más los intereses fijados en el apartado III-5).-

--- 4) Imponer las costas a las demandadas (en forma solidaria respecto de las devengadas por la actuación del actor), por resultar vencidas y no existir motivo que justifique un apartamiento del principio general que rige en la materia (art. 68 CPCC).-

--- 5) REGULAR los honorarios correspondientes a las letradas del actor Dras. Ana María Scalmazzi y Carolina Von der Becke (en forma conjunta e idénticas proporciones), en la suma de \$ 65.787.- Asimismo, deberán fijarse los honorarios correspondientes a los Dres. Alan Joos y Sergio Dutschmann (en forma conjunta e idénticas proporciones), en la suma de \$ 45.229.- y los correspondientes a los Dres. Juan Ignacio Gigena y Julián Alberto Pacheco (en forma conjunta e idénticas proporciones), en la suma de \$ 45.229.- Dichas sumas equivalen al 16% para los letrados de la actora y al 11% en el caso de los letrados de los codemandados, del monto por el que prospera la demanda al 31/3/16 y en todos los casos se ha calculado el 40% devengado por la labor procuratoria (cf. arts. 8,9,10, 20,40 y ccs. de la L.A.).-

--- Todo ello, con más el IVA correspondiente a los letrados responsables inscriptos en dicho tributo, debiendo acreditar en tal caso su condición con la constancia pertinente.-

--- 6).- Regular los honorarios del perito médico Dr. Rodolfo Galosi, por su labor desarrollada en autos, en la suma de \$ 14.665.- equivalente al 5% del monto de

condena, conforme art. 18 Ley 5069.-

--- 7) Las sumas regulatorias deberán abonarse dentro del plazo de diez días de notificada la presente.-

---Mi voto.-

---A la misma cuestión planteada, la Dra. Alejandra M. Paolino dijo:

--- Compartiendo los fundamentos expuestos por mi colega preopinante, adhiero al voto del Dr. Jorge A. Serra.-

---Mi voto.-

--- A idéntica cuestión planteada, el Dr. Carlos D. Rinaldis dijo:

--- Por compartir los considerandos expuestos, adhiero al voto de mi colega Dr. Jorge A. Serra.-

---Mi voto.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

--- I) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de los arts. 39.1, 21,22 ,28 y 46 de la ley 24557.-

--- II) RECHAZAR las excepciones planteadas por la codemandada Galeno ART S.A..-

--- III) HACER LUGAR a la demanda, condenando a Codistel S.A. y a Galeno ART S.A. a abonar al actor, en forma solidaria y en el plazo de diez días, la suma de \$ 293.295.-, con más los intereses fijados en el apartado III-5).-

--- IV) COSTAS a la parte accionada vencida.-

--- V) REGULAR los honorarios correspondientes a las letradas del actor Dras. Ana María Scalmazzi y Carolina Von der Becke (en forma conjunta e idénticas proporciones), en la suma de \$ 65.787.- Asimismo, deberán fijarse los honorarios correspondientes a losa Dres. Alan Joos y Sergio Dutschmann (en forma conjunta e idénticas proporciones), en la suma de \$ 45.229.- y los correspondientes a los Dres. Juan Ignacio Gigena y Julián Alberto Pacheco (en forma conjunta e idénticas proporciones), en la suma de \$ 45.229.- Dichas sumas equivalen al 16% para los letrados de la actora y al 11% en el caso de los letrados de los codemandados, del monto por el que prospera la demanda al 31/03/16 y en todos los casos se ha calculado el 40% devengado por la labor procuratoria (cf. arts. 8,9,10, 20,40 y ccs. de la L.A.). Todo ello, con más el IVA correspondiente a los letrados responsables inscriptos en dicho tributo, debiendo acreditar en tal caso su condición con la constancia pertinente. REGULAR los honorarios del perito médico Dr. Rodolfo Galosi, por su labor desarrollada en autos, en

la suma de \$ 14.665.- equivalente al 5% del monto de condena, conforme art. 18 Ley 5069. Las sumas regulatorias deberán abonarse dentro del plazo de diez días de notificada la presente.-

---VI) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-
jadm

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS D. RINALDIS
Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA
Juez de Cámara

Ante mi:
J. A. De Marinis
Secretario de Cámara