

//NERAL ROCA, 19 de abril de 2010.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "F.D.R. c/ OSSES ADRIANA ELIZABETH Y FRAUCA MILTON ARIEL s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-20324-08).-

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 al Dr. Nelson Walter Peña, quien dijo:

I.- RESULTANDO: Se inician los presentes actuados con la demanda incoada por Daniel Ricardo Fornagueira contra Adriana Osses y Milton Frauca por la suma de \$ 226.854,71, en concepto de las indemnizaciones previstas por los arts. 11, apart. 4 inc. a y 14 apar. 2.2 de la ley 24.557, diferencia de haberes, Sac 2º cuota/07, haberes de enero/08, 18 días de febrero/08, indemnización por antigüedad, preaviso, integración mes de despido, Sac propor. , Vacaciones prop. e indemnizaciones de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323.

Manifiesta que comenzó a trabajar bajo las órdenes de los demandados el día 5 de agosto de 2.007, en calidad de medio oficial, desempeñándose en tareas de tirador, perdurando la relación laboral hasta el día 18 de febrero de 2..008.

Que los demandados desarrollan su actividad dentro de la industria maderera, habiendo laborado el actor en el aserradero de propiedad de éstos con un horario de 8 a 12 hs. y de 14 a 19 hs. de lunes a viernes y de 8 a 12 hs. los sábados.

La relación laboral se desarrolló en negro, incumpliendo los accionados con la entrega de recibos de haberes, con los aportes a los organismos previsionales y sindicales y con el pago de las remuneraciones conforme a las escalas salariales del sector, toda vez que los importes abonados resultaban inferiores a éstas, percibiendo en un primer tramo la suma de \$ 250 por quincena y luego \$ 400.

Que al momento de su ingreso contaba con una aptitud psicofísica ideal para el desempeño de sus tareas, hasta que el día 15 de noviembre de 2.007 sufrió un accidente de trabajo, que le provocó la amputación de los dedos pulgar, índice y medio y en forma parcial la del dedo anular, todos de la mano izquierda.

El infortunio se produjo entre las 17 y 17,30 hs., al dar vuelta un rollizo, el miembro citado es atrapado por la hoja sin fin, produciéndole las lesiones señaladas en el párrafo anterior.

El codemandado Frauca trasladó inmediatamente al actor al hospital local (Lamarque), luego al de la ciudad de Choele Choel y posteriormente al Sanatorio Juan XXIII de esta

ciudad, donde lo intervinieron quirúrgicamente y se realizaron las curaciones de rigor, habiéndose hecho cargo de las prestaciones médicas y farmacéuticas.

Que el 27 de diciembre de 2.007 ambas partes asistieron a la Delegación de Trabajo de Lamarque, oportunidad en que los demandados manifestaron su intención de arribar a un acuerdo en procura de restablecer la situación anterior al evento dañoso, considerándose la continuidad laboral, la inscripción pertinente y eventualmente, ante la determinación del quantum del daño causado una vez dado de alta médica, la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio.

Debido a que estos reconocimientos quedaron en una expresión de deseos, toda vez que los empleadores sumieron al actor en un estado de abandono y mantuvieron silencio respecto del reclamo de los gastos de asistencia médica y farmacéutica, el día 22 de enero de 2.008 remitió telegrama intimando a que se le abonen los haberes de diciembre de 2.007, la indemnización derivada del accidente de trabajo y la registración de la relación laboral.

Que frente al silencio el día 8 de febrero de 2.008 remitió un nuevo despacho telegráfico intimando a los demandados a proseguir con el cumplimiento a las prestaciones dinerarias previstas por la ley 24.557, señalando que se encontraba pendiente la registración laboral, que a esa fecha sólo se le había abonado parcialmente la quincena de enero y que de no cancelarse los períodos ya vencidos y el Sac 2º cuota/07 y de no entregársele constancias de aportes previsionales, sindicales y de obra social se consideraría en situación de despido indirecto.

Finalmente, frente al incumplimiento de la requisitoria referida remitió telegrama de fecha 18 de febrero de 2.007 considerándose despedido e intimando a que se le abonen las indemnizaciones legales y la reparación de las lesiones sufridas a consecuencia del accidente de trabajo.

Plantea la inconstitucionalidad de la modalidad de pago mensual de la prestación dineraria del art. 14 de la LRT, por considerar que la ley hace un distingo arbitrario e ilegítimo, según sea la incapacidad menor o superior al 50%, violando los arts. 14, 14 bis y 17 de la Const. Nacional.

Estima la incapacidad del actor en un 60% practicando planilla de liquidación respecto de las prestaciones dinerarias de la LRT concordantes a dicho porcentaje. Asimismo, cuantifica los rubros derivados de la relación laboral y su extinción, ofrece pruebas y solicita que oportunamente se haga lugar a la demanda, con costas.

A fs. 19/21 la parte actora amplió la demanda, planteando la inconstitucionalidad del

tope de \$ 180.000 previsto por el art. 14 ap. 2.2., en cuanto dispone que el valor actual esperado de la renta periódica en ningún caso será superior al monto aludido.

Que en el presente caso, el valor esperado de la renta periódica ascendería a \$ 483.984, mientras que sería alcanzado por el tope de \$ 180.000, lo que hace ingresar al concepto de confiscatoriedad. Luego, siguiendo la doctrina del caso "Vizzoti", entiende que la renta periódica no puede verse reducida en más de un 33%, por lo que adecua la demanda por este concepto, a la suma de \$ 324.269,28 (\$ 483.984 - el 33% \$ 159.714,72).

A fs. 22 se ordenó correr traslado de la acción.

A fs. 23/25 la parte actora amplió nuevamente la demanda, planteando la inconstitucionalidad del tope establecido por el art. 14 de la LRT. para el caso de que la incapacidad fuera igual o inferior al 50%, toda vez que en esta hipótesis nuevamente la indemnización resultante se vería reducida en más de un 33%. Realiza el cálculo correspondiente para la hipótesis de un 50% de incapacidad, arrojando un resultado de \$ 141.744,67 en concepto de indemnización, pero que aplicando el tope se vería reducida a \$ 90.000. Nuevamente, entiende que aplicando las pautas del precedente "Vizzoti" para esta hipótesis, la indemnización nunca podría ser inferior a \$ 94.968,93 (\$ 141.744,67 - 33% \$ 46.775,74).

A fs. 27/33 se agregó el expediente administrativo "Fornagueira, Daniel c/ Osse, Adriana s/ Reclamo" N° 142.094, letra F, año 2007.

A fs. 49/54 obra sentencia interlocutoria por la que se resolvió el embargo preventivo peticionado por el actor.

A fs. 64/69, se presentaron los demandados; el codemandado Milton Ariel Frauca, interpuso excepción de falta de legitimación pasiva y subsidiariamente contestó la demanda solicitando su rechazo con costas, en tanto que la codemandada Adriana Osse contestó la demanda, solicitando también el rechazo con costas.

Respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva, el codemandado Milton Ariel Frauca señala que la propia madre del actor en la Exposición Policial realizada en la comisaría de Lamarque el día 1° de diciembre de 2.007 reconoció que su hijo se encontraba trabajando en el aserradero de Frauca de propiedad de Adriana Osse. En dicho acto, dijo además, que en el momento del accidente se encontraban trabajando David Figueredo y dos compañeras más, Lorena y Cristina Neira, estando presente también Milton Frauca esposo de la propietaria.

Que, consecuente con ello, Adriana Osse titular del aserradero, se presentó en la

Delegación de Trabajo y ofreció restablecer la situación anterior al evento dañoso, continuidad laboral y regularización de la misma.

Destaca que en dicha oportunidad, el actor concurrió con el patrocinio letrado del Dr. Prado Muñoz y de haber existido dudas acerca de la titularidad de la empleadora, ese era el ámbito y el momento para dejarlo así expresado.

Subsidiariamente, contestó la demanda en forma conjunta con Adriana Oses, negando que el actor haya ingresado a trabajar el 5 de agosto de 2.007; que fuera medio oficial; que el aserradero fuera de su propiedad; que la jornada de trabajo fuera de 8 a 12 hs. y de 14 a 19 hs. de lunes a viernes y de 8 a 12 hs. los sábados; que le haya abonado la suma de \$ 250 en el primer tramo de la relación laboral y luego \$ 400 por quincena; que abonara haberes por debajo de las escalas salariales del sector; que la aptitud psicofísica del actor fuera ideal para ejecutar sus tareas; que se haya producido un accidente en el aserradero y que al dar vuelta un rollizo la mano izquierda haya quedado atrapada por la hoja de la máquina sin fin. Impugna la planilla de liquidación por considerar que no adeuda al actor la suma de \$ 371.123,99.

Manifiesta que el actor comenzó a trabajar en el aserradero de propiedad de Adriana Oses el 5 de septiembre de 2.007, desempeñándose en tareas de tirador, laborando en la primer quincena de ese mes 6 días y en la segunda 8 días.

Que se caracterizó siempre por sus continuas e injustificadas inasistencias y, a medida que fue trabajando fue ganando confianza con la tarea, asumió en algunas oportunidades a tener actitudes desaprensivas en el manejo diario.

El 15 de noviembre de 2.007 siendo aproximadamente las 17 hs., en oportunidad de estar tableando maderas de una pulgada de espesor, el actor se cercenó los dedos de su mano izquierda. David Figueredo no pudo ver lo que sucedió debido a que en ese momento se encontraba manipulando el tronco que debía ser nuevamente pasado por la sierra sin fin, pero debido a su experiencia pudo advertir lo que estaba sucediendo. De inmediato levantó la vista y pudo ver que a unos 8 metros se encontraba el actor tomándose su mano izquierda, procediendo a detener la máquina y a prestar auxilio a su compañero.

Acompaña 9 fotografías, con las que ilustra cuál fue la mecánica de la tarea del actor, concluyendo, luego de todo este proceso, que el actor actuó en forma temeraria e irresponsable, violando el art. 4º apart. 1 de la ley 24.557, ya que de no ser así no se explica cómo pudo cortarse los dedos de su mano izquierda cuando justamente trabajaba por detrás de la sierra de corte entre unos 80 cm y 1 metro aproximadamente.

Considera que el actor en el accidente actuó con dolo eventual, ya que no obstante haberse representado el resultado dañoso y la posibilidad de su producción, aún así, continuó con la acción. Actuó con indiferencia respecto de las posibles consecuencias dañosas que su actuar temerario conllevaban.

Funda en derecho, ofrece pruebas y solicita que oportunamente se rechace la demanda, con costas.

A fs. 71, en su parte pertinente se ordenó correr traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva, contestado por el actor a fs. 72/73, solicitando que al momento de dictarse sentencia definitiva sea rechazada.

A fs. 77 obra el acta de la audiencia de conciliación, en la que consta la imposibilidad de arribar a conciliación alguna, el auto de apertura a prueba y la fecha de la audiencia de vista de causa.

A fs. 94, 106, 109/111, 115/116, 122/124 y 145 lucen informes de AFIP; Dr. Sergio Guirado; Anses; AFIP; Correo Argentino y Municipalidad de Lamarque, respectivamente.

A fs. 125/129 y 130/132 se agregaron las pericias en seguridad industrial y la médica respectivamente. La parte actora solicitó aclaraciones al perito en seguridad industrial a fs. 142 y éste brindó explicaciones a fs. 157.

A fs. 153 luce el acta de la audiencia de vista de causa, en la que consta la presencia del actor, la de su letrado, la de los demandados y sus letrados; el desistimiento por ambas partes de la absolución de posiciones; la declaración testimonial de Cristina Valeria Neira, Sebastián Jaque y Jorge Luis Maradiaga; el desistimiento por la demandada de los restantes testigos; la petición del actor respecto de insistir con la declaración de la testigo Rosa Lorena Neira; la falta de exhibición de la documentación laboral por parte de los demandados y la petición de la actora referida a que se haga efectivo el apercibimiento del art. 42 de la ley 1.504; la notificación de las pericias médicas y en seguridad industrial a los demandados y la resolución del Tribunal fijando audiencia continuatoria a los fines de la declaración de la testigo Rosa Lorena Neira y la producción de los alegatos.

A fs. 162 obra el acta de la audiencia continuatoria que da cuenta de la declaración testimonial de Rosa Lorena Neira; la producción de los alegatos y el pase de los autos al acuerdo para dictar sentencia.

II.- **CONSIDERANDO:** 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 comenzó a trabajar en el aserradero dirigido por los demandados, ubicado en la localidad de Luis Beltran el día 5 de agosto de 2.007.
2. Que las tareas que desarrolló fueron las propias de tirador (contestes las partes).
3. Que el vínculo de trabajo nunca fue registrado (fs. 109).
4. Que el 15 de noviembre de 2.007, siendo las 17 hs. aproximadamente, el actor sufrió un accidente de trabajo, en circunstancias en que estaba trabajando en sus tareas habituales de tirador en la máquina de sierra sin fin. Como consecuencia del mismo sufrió la amputación de los dedos pulgar, índice y medio de la mano izquierda (contestes las partes).
5. Que el perito designado en autos dictaminó que las lesiones que presenta el actor guardan relación de causalidad con el accidente sufrido determinando un grado de incapacidad del 71 % (fs. 130/132).
6. Que el básico de la categoría tirador para el período agosto/07 a noviembre/07 fue de \$ 5,50 la hora y para los meses de diciembre/07, enero/08 y febrero/08 fue de \$ 5,78 por hora, más los adicionales del CCT 335/75).
7. Que el vínculo de trabajo se extinguió el día 19 de febrero de 2.008 (telegrama fs. 122).

III. Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

1. En primer lugar trataré la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el codemandado Milton Frauca.

La testigo Cristina Valeria Neira declaró que: ingresó a trabajar antes de las fiestas del año 2.007 y su tarea consistía en acomodar las tablas de palets. El actor trabajó durante el tiempo que trabajó ella y laboraba en la máquina de tirador. Había tres máquinas. Milton Frauca era el jefe, era el que daba las órdenes, les decía qué se iba a hacer cada día, por ejemplo empaquetar la madera. Adriana Oses se encargaba de pagar los haberes, estaba en la oficina, también supervisaba el trabajo. El accidente ocurrió en la máquina tableadora. La testigo estaba a 4 o 5 metros de dónde ocurrió el accidente y estaba de espaldas. El aserradero tiene un techo pero lo demás está abierto. Su hermana estaba acomodando madera. En la máquina donde ocurrió el accidente estaba trabajando David Figueredo que era el oficial. También estaban trabajando en el aserradero Fotti y Ramón. Al actor le envolvieron la mano con una remera, Milton Frauca lo cargó en la camioneta que usaba habitualmente y después de ello no regresó más a trabajar. La

testigo continuó trabajando 15 días y luego se desvinculó. Ingresaban a trabajar a las 8 de la mañana; Milton Frauca les daba las órdenes de lo que se debía hacer y luego cuando terminaban lo supervisaba. Eran 6 personas en total trabajando y todos estaban en negro. El primer sueldo que percibió se lo abonó Milton Frauca y después los restantes la Sra. Adriana Oses.

A su turno Sebastián Jaque declaró que no conocía al actor aunque sí a Adriana Oses porque le entregó madera en una oportunidad en el año 2.000. Ella estaba a cargo del aserradero y el negocio se hizo en la casa de ella.

Jorge Luis Madariaga declaró que no conoce al actor pero sí a los demandados. Tuvo una relación comercial con Adriana Oses en el año 2005 o 2006, ya que le vendió álamos y le compró envases. A Milton Frauca lo ha visto cerca del aserradero haciendo trabajos mecánicos; también en el camión supuestamente haciendo fletes pero no sabe precisar cuándo. Fue 4 o 5 veces al aserradero y fue atendido por la Sra. Adriana Oses. Frauca y Oses son esposos y no sabe qué participación tienen cada uno en el aserradero. La factura o guía que se le extendió estaba a nombre de Adriana Oses. Por los envases que compró para él no se le extendió factura. Algunas veces vio a Milton Frauca tomar mate en el aserradero. No sabe de qué vive Frauca. Agrega que algunos negocios los hizo a través de un intermediario de apellido Sura.

Finalmente, Rosa Lorena Neira declaró que: comenzó a trabajar en el aserradero un año y medio antes que el actor y dejó de trabajar en agosto de 2.008. Afirma que los demandados le deben un día de trabajo. Ingresó a trabajar porque su marido trabaja en el aserradero. Habló con Adriana Oses y ésta le dijo que necesitaban una persona para el disco. Cuando se presentó a trabajar estaba Milton Frauca. Los dos daban órdenes. Milton Frauca tiene un taller en la parte de adelante del predio y pasaba la mayor parte del tiempo en ese lugar. Tanto Adriana Oses como Milton Frauca iban varias veces al aserradero por día. Adriana Oses solía estar en la oficina que estaba ubicada en la parte de atrás de la casa. Iba gente a comprar o vender y preguntaban por ella. El día que ocurrió el accidente la testigo estaba trabajando a unos 4 metros aproximadamente de espaldas a donde estaba trabajando el actor. Se dio vuelta y le vio la mano sangrando al actor. El oficial detuvo la máquina. El actor estaba trabajando en la máquina tableadora y la tarea que estaba haciendo era la de tirador que era la que habitualmente hacía. Del lado de los dientes de la máquina está el oficial y el tirador se ubica del otro lado. Considera que la única forma de que pudo ocurrir el accidente fue que se le hubiera enganchado el guante con la parte de abajo del aparato que gira. No había protección.

Frauca salió corriendo hacia la camioneta y llevó al actor al Hospital. Después del accidente no regresó más el actor a trabajar. El horario de trabajo en verano era de 7 a 12 hs. y de 14 o 15 a 19 hs., mientras que en invierno era de 8 a 12 hs. y de 14 a 18 hs.. Habitualmente el sueldo se lo abonaba Adriana Oses y en algunas ocasiones se lo abonó Milton Frauca. No le daban copias de recibos, no tenía obra social, seguro ni jubilación. Cobraban quincenalmente. No les dieron ningún elemento de seguridad y los guantes los compraban los propios operarios. Ella reemplazó al actor después del accidente y usó antiparras que le prestaron. Milton Frauca les dijo que iba a blanquear a los oficiales pero esto nunca sucedió no obstante que le entregaron todos los papeles. Para los operarios tanto Milton Frauca como Adriana Oses eran los jefes. Para hacer entrar a trabajar a su hermano habló con los dos y Adriana Oses le dijo que si.

Las dos testigos que efectivamente trabajaron en el aserradero (Cristina Valeria Neira y Rosa Lorena Neira), fueron coincidentes en que tanto Adriana Oses como Milton Frauca eran los jefes; los dos daban órdenes y supervisaban los trabajos; si bien habitualmente la que abonaba los haberes era Adriana Oses, en algunas oportunidades también lo hizo Milton Frauca; y que fue Milton Frauca el que llevó al actor ni bien sucedido el accidente al Hospital de Lamarque. Es más, Rosa Lorena Oses declaró que en una oportunidad Milton Frauca les dijo que iba a blanquear a los oficiales pero esto nunca sucedió, no obstante que le entregaron todos los papeles.

Conforme a lo expuesto, estoy persuadido que Milton Frauca estaba directamente vinculado con la explotación del aserradero y frente a los operarios aparecía como el titular conjuntamente con su esposa la Sra. Adriana Oses.

Considero acreditado, que todos los operarios incluido el actor prestaban servicios en el aserradero dirigido por el matrimonio Oses-Frauca.

Por otra parte, el art. 23 de la LCT establece que el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrare lo contrario.

Altamira Gigena, en su obra Ley de Contrato de Trabajo, T. I, pág. 242 dice: "...Procesalmente la presunción es un mecanismo o pauta de evaluación de los medios probatorios; no es un medio de prueba. Con razón afirma el maestro Couture: '\no necesitan pruebas los hechos sobre los cuales recae una presunción legal y ésta es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si se admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta...".

La presunción establecida por el art. 23 LCT es relativa, pero para que nazca y resulte operativa, el trabajador debe demostrar el hecho de la prestación de servicios, en otras palabras, la efectiva realización de tareas, circunstancia que en el presente caso se ha demostrado con relación a Milton Frauca.

Acreditado, entonces, la realización del trabajo, se presume que el vínculo que unió a las partes fue de naturaleza laboral, produciéndose la inversión de la carga de la prueba, la que ahora está en cabeza del codemandado excepcionante, el que tendrá que demostrar que el vínculo mantenido lo fue en virtud de otro tipo de relación ajena al ámbito del derecho del trabajo.

En la obra citada, en la pág. 246, se señala que: "...El demandado es quien tiene que probar que, pese a los servicios prestados, aconteció una causa jurídica no laboral; es más, que aun en el caso de haber mediado pago, éste no fue salario o retribución, sino el precio de una obligación no laboral...".

Milton Frauca ha aportado los testimonios de los Sres. Sebastián Jaque y Jorge Luis Madariaga. El primero refirió que sólo hizo una operación comercial en el año 2.000 y la concretó con Adriana Oses y el segundo, que tuvo una relación comercial con Adriana Oses en el año 2005 o 2006; fue 4 o 5 veces al aserradero y fue atendido por la Sra. Adriana Oses; le vendió álamos y le compró envases. A Milton Frauca lo ha visto cerca del aserradero haciendo trabajos mecánicos, también lo vio en el camión supuestamente haciendo fletes pero no sabe precisar cuándo. Frauca y Oses son esposos y no sabe qué participación tienen cada uno en el aserradero. La factura o guía que se le extendió estaba a nombre de Adriana Oses. Por los envases que compró para él no se le extendió factura. Algunas veces vio a Milton Frauca tomar mate en el aserradero. No sabe de qué vive Frauca. Agrega que algunos negocios los hizo a través de un intermediario de apellido Sura.

Más allá de referir con quién hicieron las operaciones comerciales, el primero en una oportunidad y el segundo en 4 o 5 (en todos los casos en años anteriores a la vinculación del actor con los demandados), no pudieron precisar cómo estaba compuesta la organización de la empresa. Es más, Jorge Luis Madariaga refirió que ambos eran esposos y no sabía cual era la participación de cada uno en el aserradero.

Y la última prueba aportada al respecto, es el informe a la Municipalidad de Lamarque (fs. 145), que solo refiere a que dicho Municipio no otorgó habilitación comercial a Milton Frauca para la explotación de un aserradero, pero no se acreditó si dicho establecimiento se encontraba habilitado y, en su caso, quién era su titular.

Milton Frauca no ofreció prueba pericial contable tendiente a demostrar, en base a los libros contables, la titularidad de la explotación comercial.

No obstante que lo hasta aquí expuesto, resulta suficiente para desestimar la excepción de falta de legitimación interpuesta por el codemandado Milton Frauca, un dato relevante que no pasa desapercibido para este votante, es que todos los operarios que se desempeñaban en el aserradero se encontraban sin registrar, y esto, no solo por las declaraciones testimoniales producidas, sino por el informe del Anses de fs. 109, por lo manifestado por Adriana Oses con relación al actor en sede administrativa (fs. 28) y por la falta de exhibición de la documentación laboral de que da cuenta el acta obrante a fs.153.

Finalmente, cabe agregar, que las intimaciones efectuadas por el actor mediante telegramas de fechas 22 de enero de 2.008 y 8 de febrero de 2.008 relativas a incumplimientos contractuales, tales como pago de haberes, registración laboral y prestaciones de la ley 24.557 -desconocidos por los demandados en la contestación de demanda y luego corroborada su autenticidad y recepción según informe del Correo Oficial de fs. 122/124- fueron hechas tanto a Adriana Oses como Milton Frauca, y éstos mantuvieron absoluto silencio, lo que hace nacer la presunción en su contra establecida por el art. 57 de la LCT.. Era esta la oportunidad extrajudicial que tenía Milton Frauca para desconocer la relación laboral pues se denunciaban incumplimientos relativos a un contrato de trabajo, pero no obstante ello, prefirió no decir nada al respecto.

En consecuencia, corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el codemandado Milton Frauca, con costas al perdidoso.

2. Relación laboral. Con relación a la fecha de ingreso del actor, en la demanda se manifiesta que comenzó a trabajar bajo las órdenes de los demandados el día 5 de agosto de 2.007, mientras que en la contestación de demanda se niega dicho hecho y se afirma que ingresó el 5 de septiembre de 2.007.

Voy a tener por probado que ingresó a trabajar el día 5 de agosto de 2.007 por las siguientes razones: a. porque en el reclamo administrativo n° 142094, letra "F", año 2.007, agregado a autos, el actor denunció como fecha de ingreso el 5 de agosto de 2.007, conforme el acta de fs. 27, y en la audiencia que el organismo de trabajo fijó al efecto, la codemandada Adriana Oses acompañada por su letrado patrocinante Dr.Favio Prado Muñoz, no negó la fecha señalada, es más, se manifestó expresamente: "...Que atento a lo manifestado por la reclamante es voluntad del titular del aserradero arribar a un acuerdo en procura de restablecer la situación anterior al evento dañoso. Que se está

en condiciones de ofrecer en forma inmediata la continuidad laboral, lo reclamado por la actora respecto de la regularización frente al organismo público, es decir la correspondiente inscripción con aportes, retenciones y seguros que correspondan..." (fs. 28); b. porque en el telegrama de intimación de fecha 8 de febrero de 2.008 (fs. 4), enviado por el actor a los demandados dejó constancia de la fecha de ingreso como acaecida el 5 de agosto de 2.007, y este no fue contestado, operándose en consecuencia la presunción dispuesta por el art. 57 de la LCT.; c. porque corresponde hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 42 de la ley 1.504, toda vez que los demandados fueron intimados (ver cédula de fs. 85) a la presentación en la audiencia de vista de causa del Registro Especial del art. 52 de la LCT y recibos de haberes de toda la relación laboral, y dicha obligación fue incumplida conforme surge del acta de fs. 153; d. por la presunción establecida por el art. 55 de la LCT. a favor de las afirmaciones del trabajador sobre los datos que debían constar en tales asientos, cuando dichos libros no son exhibidos frente a un requerimiento judicial.

Con respecto a la jornada de trabajo, si bien los demandados en la contestación de demanda negaron la extensión de la misma denunciada por el actor, lo cierto es que la testigo Rosa Lorena Neira declaró que: El horario de trabajo en verano era de 7 a 12 hs. y de 14 o 15 a 19 hs., mientras que en invierno era de 8 a 12 hs. y de 14 a 18 hs.. Cabe agregar, que la misma fue compañera de trabajo del actor durante todo el período en que éste laboró, ya que según sus dichos, comenzó a trabajar en el aserradero un año y medio antes que el accionante y dejó de trabajar en agosto de 2.008, es decir, 6 meses después en que se extinguiera el vínculo con el reclamante. En consecuencia, voy a tener por acreditada la jornada de trabajo denunciada en la demanda, pues el testimonio aludido corrobora ello.

Por otra parte, los demandados afirman que en el mes de septiembre, el actor en la primera quincena solo trabajó 6 días y en la segunda 8 días, pero de la prueba producida no se corroboró dicha circunstancia, no sin advertir, que era carga de éstos demostrar lo sostenido en la contestación de demanda.

Con relación a la categoría y remuneración mensual, ambas partes están contestes en que la tarea efectivamente realizada por el actor era la de tirador en la máquina con sierra sin fin y las escalas salariales del sector (CCT n° 335 de la rama aserraderos) prevén expresamente dicha categoría. De acuerdo a las mismas para el período agosto/07 a noviembre/07 el básico por hora ascendía a \$ 5,50 y para los meses de diciembre/07, enero/08 y febrero/08 a \$ 5,78. A ello deben sumarse los adicionales de

convenio, es decir, presentismo (22%) y zona desfavorable (27%), no correspondiendo el rubro antigüedad (1% por año), pues la duración del vínculo de trabajo fue inferior al año.

En consecuencia, para el período agosto/07 a noviembre/07 la remuneración mensual para la categoría tirador ascendió a \$ 1.633 (\$ 1.100 + \$ 242 presen. + 297 zona) y para el período diciembre/07 a febrero/08 a \$ 1.722,44 (\$ 1.156 + 254,32 presen. + 312,12 zona).

El actor reclama diferencias salariales, puesto que afirma que durante el primer tramo de la relación percibió \$ 250 por quincena y luego \$ 400, no precisando puntualmente en qué quincena cambió su remuneración; es más tampoco lo discrimina en la liquidación, por lo que, voy a estimar que percibió \$ 250 por quincena hasta la 2° de septiembre/07 y luego desde la 1° de octubre/08 hasta la 1° de enero/08 (inclusive) la suma de \$ 400.

Los demandados más allá de negar que abonaran haberes por debajo de las escalas salariales, lo cierto es que no acompañaron recibos de pago al momento de contestar la demanda. Tampoco exhibieron el libro del art. 52 de la LCT. ni recibos de haberes en la audiencia de vista de causa, conforme habían sido intimados oportunamente, por lo que corresponde hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas, tomando como referencia las sumas denunciadas como percibidas por el actor y las que establecía la escala salarial vigente para el sector.

Cabe aclarar, que en la liquidación practicada en la demanda se reclama el mes de enero en forma íntegra, mientras que en el telegrama de fecha 8 de febrero de 2.008 (fs. 4) el propio actor reconoce que percibió haberes a cuenta hasta la 1° quincena de enero de 2.008 inclusive, por lo que, corresponde hacer lugar por la 1° quincena de enero/08 solo diferencias salariales y la 2° resulta procedente en su totalidad. También corresponde hacer lugar al pago de los haberes de febrero por 19 días, ya que el vínculo de trabajo se extinguió el 19 de febrero de 2.008, día en que los demandados se notificaron del distracto (fs. 122 y 122 vta.).

Asimismo, corresponde hacer lugar, al SAC prop. 2° sem/07 y prop. 1° sem/08 y vacaciones proporcionales, conforme a los arts. 121,122, 123, 150, 156 de la LCT. y Ley 23.041.

Con respecto al distracto, cabe señalar, que el actor intimó a los demandados mediante telegrama de fecha 8 de febrero de 2.008 a que continúen brindando las prestaciones dinerarias en el marco de la ley 24.557, a que cumplieran con la registración laboral a la

que se habían comprometido en sede administrativa, a que le abonaran la 2° quincena del mes de enero/08 y la 2° cuota del SAC/07 y a que extendieran constancias de aportes previsionales, sindicales y de obra social.

Los accionados no obstante haberse notificado de dicho emplazamiento de acuerdo al informe del Correo Argentino de fs. 123 y vta., mantuvieron silencio, lo que motivó que el accionante se colocara en situación de despido indirecto mediante telegrama de fecha 18 de febrero de 2.008, recibido por los accionados el día 19 de febrero a las 13,45 hs. (fs. 122).

No obstante el silencio de los accionados, éstos tampoco probaron en autos que hubieran satisfecho el reclamo del actor con anterioridad a la extinción del vínculo, por lo que considero entonces, que la situación de despido indirecto en que se colocó el actor fue ajustada a derecho. Los incumplimientos denunciados resultan de tal gravedad que justificaron la ruptura del vínculo, pues de lo contrario, el actor tendría que haberse sometido a que su vínculo laboral no sea registrado, a no recibir las prestaciones dinerarias previstas por la ley 24.557, a no percibir la 2° quincena de enero/08 y la 2° cuota del SAC/07 y a no contar con los comprobantes de aportes previsionales, sindicales y de obra social a que da derecho el art. 80 de la LCT.

Altamira Gigena, en su obra Ley de Contrato de Trabajo, T. II, pág. 424 señala que: "...Actualmente la doctrina concibe la injuria laboral del art. 242 LCT, como un ilícito contractual cometido por una de las partes de la relación de trabajo, o sea, la violación de alguno de los deberes de prestación o de conducta constitutivos de dicha relación, que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación. La justa causa del art. 242 LCT, constituye pues, un concepto abstracto, que es llenado por los jueces en sus sentencias y en cada caso, cuando individualizan el comportamiento que, en sí mismos, es justa causa de extinción del contrato de trabajo..."

Por lo que corresponde hacer lugar a los rubros integración mes de despido, preaviso e indemnización por antigüedad, en virtud de lo dispuesto por los arts. 231, 232, 233 y 245 de la LCT..

Respecto de la indemnización del art. 1 de la ley 25323, corresponde hacer lugar a la misma toda vez que al momento del distracto el vínculo laboral no había sido registrado por los accionados (informe Anses fs. 109).

Finalmente, corresponde rechazar la indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25.323, puesto que luego de la ruptura del vínculo de trabajo, acaecida por el telegrama de fecha 18 de febrero (recibido por los demandados al día siguiente fs. 122), el actor no

efectuó la intimación prevista en dicho artículo luego de vencido el plazo legal para abonar las indemnizaciones, conforme a los arts. 128 y 149 de la LCT.

LIQUIDACION: Se practica la siguiente planilla de liquidación por los rubros que prosperan con más los intereses a la tasa MIX del Bco. de la Nación Argentina debió cobrar cobró saldo adeudado

1. Diferencia de Haberes

-Haberes 1ra. q. agosto 2007.....	\$ 544,33	\$ 250	\$ 294,33
inter. tasa mix al 31-03-2010 (35,42%).	\$ 104,25		
-Haberes 2da. q. agosto 2007.....	\$ 816,50	\$ 250	\$ 566,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (34,92%).	\$ 197,82		
-Haberes 1ra. q. sep. 2007.....	\$ 816,50	\$ 250	\$ 566,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (34,42 %).	\$ 194,98		
-Haberes 2da. q. sep. 2007.....	\$ 816,50	\$ 250	\$ 566,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (33,91 %).	\$ 192,10		
-Haberes 1ra. q. oct. 2007.....	\$ 816,50	\$ 400	\$ 416,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (33,41 %)	\$ 139,15		
-Haberes 2da. q. oct. 2007.....	\$ 816,50	\$ 400	\$ 416,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (32,86%)..	\$ 136,86		
-Haberes 1ra. q. nov. 2007.....	\$ 816,50	\$ 400	\$ 416,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (32,36)..	\$ 134,77		
-Haberes 2da. q. nov. 2007.....	\$ 816,50	\$ 400	\$ 416,50
inter. tasa mix al 31-03-2010 (31,82%)..	\$ 132,53		
-Haberes 1ra. q. dic. 2007.....	\$ 861,22	\$ 400	\$ 461,22
inter. tasa mix al 31-03-2010 (31,32%)..	\$ 144,45		
-Haberes 2da. q. dic. 2007.....	\$ 861,22	\$ 400	\$ 461,22
inter. tasa mix al 31-03-2010 (30,74%).	\$ 141,71		
-SAC prop. 2° cuota/07.....	\$ 821		\$ 821
-inter. tasa mix al 31-03-2010 (30,74%)..	\$ 252,37		
-Haberes 1ra. q. ene. 2008.....	\$ 861,22	\$ 400	\$ 461,22
inter. tasa mix al 31-03-2010 (30,24%)..	\$ 139,47		
-Haberes 2da. q. ene. 2008.....	\$ 861,22	\$ 861,22	
inter. tasa mix al 31-03-2010 (29,66%)..	\$ 255,43		
-Haberes 19 d. feb. 2008	\$ 1.090,87	\$ 1.090,87	
inter. tasa mix al 31-03-2010 (28,62%)..	\$ 312,20		

-SAC prop 1° cuota/08.....	\$ 234,44	\$ 234,44
-inter. tasa mix al 31-03-10 (28,62%)..	\$ 67,09		
-Vacaciones Prop. 10 días.....	\$ 688,97		\$ 688,97
-inter. tasa mix al 31-03-10 (28,62%)..	\$ 197,18		
-sub.total.I.....			\$ 11.482,35
2. integración mes de despido.....	\$ 631,57		
3. preaviso.....	\$ 1.722,44		
4. Indemnización por antigüedad.....	\$ 1.722,44		
5. indemnización del art. 1 de la ley 25.323.....	\$ 1.722,44		
-Intereses al 31-03-10 (28,62%).....	\$ 1.659,64		
-sub.total.II.....			\$ 7.458,53

3. Accidente de trabajo. Las partes están contestes en que el día 15 de noviembre de 2.007, entre las 17 y 17,30 hs., en circunstancias en que el actor estaba trabajando en sus tareas habituales de tirador en la máquina de sierra sin fin, sufrió un accidente de trabajo y que como consecuencia del mismo sufrió la amputación de los dedos pulgar, índice y medio de la mano izquierda.

De la pericia médica obrante a fs. 130/132 surge que las lesiones que presenta el actor guardan relación de causalidad con el accidente sufrido, determinando el grado de incapacidad en el 71%.

Los demandados sostienen que corresponde rechazar el reclamo con base en el infortunio de trabajo, fundados en que ha existido dolo eventual por parte del actor en el accidente, y que dicha conducta los exime de responsabilidad, pues la consideran incluida en el apartado c del art. 6 de la LRT.

Analizaré a continuación, entonces, si el dolo eventual, se encuentra incluido dentro del dolo previsto como causa de eximente de responsabilidad por la LRT.

Originariamente, la Ley 9688, establecía cuatro supuestos eximentes de responsabilidad: cuando el accidente fuere provocado intencionalmente por la víctima; cuando hubiera mediado culpa grave; cuando fuera provocado por fuerza mayor; y cuando el accidente fuera provocado voluntariamente o por culpa grave de los derechohabientes de la víctima.

En las dos primeras hipótesis estaban comprendidos, el dolo directo, es decir, cuando se obraba con intención de causar daño, acto que debía ser voluntario lo que implicaba una actuación con discernimiento, intención y libertad. También, el dolo indirecto o

eventual, cuando el sujeto no tenía la voluntad concreta de dañar pero no descartaba que podía producirse un perjuicio, a pesar de lo cual continuaba; es decir, que aún representándose el daño efectivo, de igual manera persistía en su actitud, sin atender al resultado dañoso. Y la culpa grave, no sin advertir que Dalmacio Vélez Sarsfield, en la estructura del Código Civil, abandonó la división entre culpa grave, leve y levísima que nos venía del derecho romano, con lo que, dentro de nuestra concepción existe solamente culpa, que es omitir aquellas diligencias que la naturaleza de la obligación exige. Que sin perjuicio de ello, la jurisprudencia y doctrina se encargaron de definir el concepto de culpa grave que apareció primero en la ley 9688, en la ley de Seguros y también en la ley de Navegación, como una imprudencia extrema, una negligencia que va más allá de lo normal, que está más cerca de la intencionalidad. Asimismo, se dijo que la culpa grave en el sentido que le daba la ley 9688, confina con el acto intencional, pero difiere de él porque, si bien exige o supone el conocimiento del peligro, no comprende la voluntad dirigida a la producción del daño. Dentro del concepto de culpa grave no cabrían aquellos actos debidos a imprudencia, distracción, torpeza o ligereza de la víctima. En la culpa grave la temeridad del trabajador debe ser la causa exclusiva del accidente en el contexto relacionado de negligencia, desatención, error, imprevisión o culpa no calificada.

Luego la Ley 23.643 mantuvo las cuatro eximentes de responsabilidad, hasta que la ley 24.028 reestructura los supuestos en los siguientes: daño causado intencionalmente por el trabajador (dolo directo); daño causado exclusivamente por fuerza mayor extraña al trabajo (caso fortuito); secuelas incapacitantes determinadas en el examen médico preocupacional.

Obsérvese, que excluye de las causales de eximición de responsabilidad a la culpa grave y respecto del dolo lo limita solo al directo, es decir, al accidente causado con la intencionalidad del trabajador.

La norma sucesora de la 24.028, es decir, la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557), en su art. 6, apartado 3, incs. a y b, aunque con distinta redacción, reproduce las causales aludidas, es decir, dolo, fuerza mayor y las incapacidades preexistentes a la iniciación del vínculo de trabajo y acreditadas en el examen preocupacional.

Al respecto Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo Foglia, en su obra "Riesgos del Trabajo", pág. 355 señalan que: "...El mismo precepto examinado (art. 6) contempla en su apartado 3º aquellas contingencias excluidas de su alcance y la innovación que se introduce en relación al régimen anterior, en lo que atañe a la conducta del trabajador es

circunscribir sólo a aquellos infortunios causados por el dolo de éste y el fundamento radica en que es la propia víctima que actuando con pleno discernimiento y libertad (art. 897 del Código Civil) se infringe un daño lo cual en principio excluiría la vinculación con el trabajo como nexos causal; mientras que la imprudencia profesional o incluso la culpa en cualquiera de sus grados no configura un hipótesis que pueda desplazar la tutela legal. No obstante ello, permanece un interrogante pendiente en orden a aquellas situaciones derivadas de un comportamiento del trabajador que no ha podido excluir la representación del resultado como consecuencia previsible del mismo y frente a lo cual la víctima se ha mostrado indiferente, lo que habilitaría su calificación como dolo eventual y proyectar también la exclusión de la cobertura del evento...". Más adelante, en la página. 421 dicen: "...En orden a la consideración del dolo eventual como comprendido en la eximente de responsabilidad se ha dicho en la jurisprudencia que: "La ley 24.557 implementa un sistema dentro de la política de riesgos del trabajo donde se procura fundamentalmente la prevención de riesgos y siniestro laborales. La Ley 24.557 no solo busca resarcir consecuencias ineludibles derivadas de los accidentes y enfermedades, sino evitar los mismos ideando para ello un sistema que ponga al trabajador en mejores condiciones laborales que las existentes a la fecha de la sanción de la ley 24.557, a partir de una estricta aplicación de las normas de higiene y seguridad. La tutela integral se logra cuando prioritariamente se busca la prevención y en caso de no obtener el resultado perseguido, en forma subsidiaria, se busca la reparación. El dolo eventual se encuentra incluido en la eximente de responsabilidad establecida por el inc. a) del ap. 3 del art. 6° LRT. La conducta observada por el trabajador -que jugó a la ruleta rusa con su arma- desconce abiertamente las normas de seguridad no obstante representarse como probable o posible el daño que lesiona su vida, y a pesar de ello sigue con el curso de acción siéndole indiferente ese resultado previsto, lo que permite calificarla como dolo eventual...".

Tal fue el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, el 20 de febrero de 2.007 en autos "Nuñez, L.G. c/ Provincia ART S.A.", en un supuesto cuyas extremas particularidades no pueden soslayarse, suscitado a causa de la muerte de quien se desempeñaba como funcionario policial, y en horario y lugar de trabajo sacó un arma reglamentaria y luego de caerse una bala al piso, la colocó nuevamente en la corredera del arma, se la llevó a la cabeza y se percutió (ver en www.laleyonline.com). Pues a no olvidar, el dolo eventual importa una figura de construcción doctrinaria y jurisprudencial carente de recepción en nuestro derecho positivo, sujeta por ello a pautas

restrictivas de aplicabilidad, esencialmente en cuanto concierne a la acreditación de sus presupuestos -naturalmente a cargo de quien lo invoca- referidos al conocimiento por el autor de la concreta capacidad de su conducta para producir el resultado típico y que sin descartar que éste pueda producirse continúa obrando, en una aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro, aun cuando no se quiera el resultado delictivo. Ello separado por una delgada línea fronteriza con la culpa consciente -que como modalidad de la negligencia queda al margen de las causales eximentes de la LRT- donde el sujeto lleva a cabo la acción capaz de producir el resultado, pero con el convencimiento de que éste no habrá de ocurrir (cfr. Santiago Mir Puig, "Derecho Penal - Parte General", Editorial B de F, 2008, pág.262).

Fuera del antecedente jurisprudencial referido, rallano en lo que se suele llamar "de laboratorio", difícil es imaginar otro supuesto en que pueda operar el dolo eventual como causal eximente de la responsabilidad objetiva en materia de siniestros laborales; más aun si no se pierde de vista que una construcción propia de una materia cuyo objeto son las conductas que infringen daño a otra u otras personas, no puede ser así ligeramente extrapolada a este aspecto del derecho del trabajo, donde se discurren las consecuencias de una lesión que el sujeto se causa a sí mismo.

No es este un dato menor, pues es claro que el dolo ha sido en principio previsto como eximente en la ley 24.557 con el lógico propósito de excluir la responsabilidad frente al hecho del trabajador que se lesiona intencionalmente con el fin de obtener una ventaja económica, trasuntando entonces un obrar voluntario que como tal y por lo precedentemente expuesto excede el dolo eventual y entra de lleno en el dolo directo.

De todos modos, cualquier pronunciamiento al respecto en el caso resultaría meramente dogmático, desde el momento en que aplicable o no, lo concreto es que no surge de la prueba producida que en el evento dañoso se hubiera evidenciado una conducta del actor encuadrable en los parámetros descriptos.

Ello por las siguientes razones: el actor al momento del accidente contaba con 17 años de edad; no se acreditó que hubiera tenido experiencia en el oficio y en la actividad en otros trabajos anteriores; el accidente se produce 4 meses después de su ingreso al aserradero; no se acreditó que los demandados lo hubieran capacitado para el desempeño de la tarea que hacía; la relación laboral no estaba registrada y por lo tanto no existía afiliación a una ART, imposibilitándose con ello el cumplimiento de las obligaciones previstas por el art.4º apartado 2 de la LRT; los demandados manifestaron en la contestación de demanda (punto IV 17) que: "...a medida que se desempeñó en el

lugar asignado fue ganando en confianza respecto de su función de tirador, lo que en algunas oportunidades lo llevaba a tener actitudes desaprensivas en su manejo diario, siendo advertido de ello por su compañero de labor...", pero no obstante ello, nada probaron al respecto. No ofrecieron como testigo a su compañero de labor, ni adjuntaron constancia alguna escrita de que haya sido sancionado disciplinariamente por las supuestas actitudes desaprensivas; los demandados no asistían a sus operarios con elementos de seguridad (testimonios de Cristina Valeria Neira y Rosa Lorena Neira).

Dentro de este cuadro, cobra verosimilitud lo narrado por la madre del actor en la exposición Policial de fecha 1 de diciembre de 2.007 (fs. 9), respecto de la mecánica del accidente, por ser una presentación espontánea, sin asistencia técnica y a los pocos días de ocurrido el accidente. En dicha oportunidad, expuso: "...Que se hace presente a los fines de poner en conocimiento y dejar constancia que en fecha 15-11-07 entre las 17 y 17,30, su hijo FORNAGUEIRA, Daniel Ricardo, de 17 años de edad, quien se encontraba trabajando en el aserradero de Frauca, cuya propiedad es de la ciudadana OSES, Adriana, sufrió una lesión en su mano izquierda a raíz que se le enganchara el guante en la cáscara del palo y por ende fue alcanzado por la hoja de la máquina sin fin...".

La pericia en seguridad industrial, obrante a fs. 125/129, describe las características de la máquina en donde se produjo el accidente, señalando que el operario tirador trabaja a una distancia variable de la mesa de corte, estimándola en unos 80 centímetros. Ilustra que si a ello se le suma la distancia que existe entre el borde de la mesa de corte y la sierra sin fin, las manos del tirador se posicionan, a una distancia de 1,34 m. de esta última. Respecto de la pregunta, si puede el alimentador con que se encuentra equipada la máquina chupar el guante o la mano del tirador (punto 4) respondió: "De acuerdo a la distancia-posición donde se encuentra desarrollando la tarea un tirador. Teniendo en cuenta que el debe tirar la madera en el proceso de manufactureo como ya se acotó desde una distancia promedio de 0,80 m.. Teniendo presente que ante un atoramiento o trabado de una madera en el proceso de manufactureo la sierra sin fin deja de funcionar puesto que el sistema de electricidad posee un disyuntor diferencial de alta sensibilidad. Por lo acotado anteriormente nada hace pensar que pueda ser chupado el guante o la mano del tirador, sino fuera ante una maniobra irregular o ajena a su normal desempeño...".

Sin perjuicio de lo expuesto, de las fotografías que el propio experto vuelca en su

dictamen y que lucen en la parte superior de fs.126, surge claramente que en el proceso de manufactureo de la madera, en la máquina trabajan dos operarios, el que opera la máquina, es decir, el oficial y el tirador. El primero trabaja de frente a la máquina y el tirador en la parte de atrás. El primero conduce el trabajo y guarda cuidado en que el corte de la madera se realice en debida forma y conforme a las pautas ordenadas por el empleador (espesor o pulgadas del tableado), mientras que el tirador colabora con que el rollizo se deslice por la máquina hasta culminar con el corte.

Los demandados afirman que el trabajador que operaba la máquina era David Figueredo -al que los accionados califican con experiencia en el trabajo con este tipo de máquinas-, no pudo ver lo que pasaba porque en ese momento se encontraba manipulando el tronco que debía ser nuevamente pasado a través de la máquina sin fin. Nada de lo expuesto probaron los accionados, es más ni siquiera ofrecieron como testigo al operario David Figueredo. Pero a poco de analizar los dichos de los accionados, se observa que caen en una contradicción. En efecto, en el punto 18 de la contestación de demanda se dice que el accidente se produce en oportunidad de estar tableando maderas de una pulgada de espesor, luego en el punto siguiente -al que erróneamente se le asigna el número 17- se señala que David Figueredo no pudo ver lo que pasaba porque en ese momento se encontraba manipulando el tronco que debía ser nuevamente pasado a través de la máquina sin fin. Me pregunto, ¿Como David Figueredo se encontraba manipulando el tronco que debía ser pasado nuevamente por la máquina, si en ese preciso instante el mismo tronco estaba pasando por la máquina? Imposible.

Reitero en la operación de tableado de rollizos en la máquina sin fin intervienen necesariamente dos operarios conforme lo expuesto, y si David Figueredo no pudo ver lo que pasó, o bien ello no es cierto, o bien no se encontraba operando la máquina y estaba sólo el actor haciendo las dos tareas, verificando que el tableado se hiciera en debida forma y tirando del rollizo.

En cualquiera de los supuestos, existe responsabilidad del operario de mayor jerarquía y del empleador en permitir que el tableado de rollizos se hiciera de esta manera.

Es por ello, que conforme lo señalé en párrafos anteriores, no se evidencia que la conducta del actor pueda resultar encuadrable dentro de la figura del dolo eventual, máxime tratándose de un operario de 17 años, sin capacitación, sin experiencia en la actividad y con tan solo 4 meses de antigüedad en el aserradero, por lo que, no resulta operativa la eximente de responsabilidad prevista por el art. 6 apartado c de la LRT.

Que habiendo dictaminado el experto médico un porcentaje de incapacidad del 71%

(ver pericia de fs. 130/132), el caso de autos encuadra dentro de las previsiones del art. 15 apartado 2 de la ley 24.557, por lo que -en cuanto a prestaciones dinerarias se refiere- corresponden la de pago único prevista por el art. 11, apartado 4 inc. b de dicha norma, esto es la suma de \$ 40.000, y la prestación de pago mensual, equivalente a 53 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por el coeficiente que resulta de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha de la primera manifestación invalidante, la que no podrá ser superior a \$ 180.000.

Los demandados resultan responsables directos por las prestaciones previstas en la Ley 24.557 frente al actor, en virtud de lo dispuesto por el art. 28 inc. 1 de dicha norma, toda vez que omitieron afiliarse a una ART.

4. Planteo de inconstitucionalidad de la modalidad de pago de la prestación dineraria.

La parte actora si bien encara el planteo de inconstitucionalidad desde la óptica del art. 14 de la LRT., luego cita el fallo "MILONE" y también el de "Correa, Graciela c/Siembra AFJP s/Cobro de Pesos" (Juz. de 1º inst. Lab. de Rosario), transcribiendo partes de éste último en donde se señala que los arts. 15 ap. 2, 18 y 19 de la LRT. legislan a contramano del sentido que cabe asignar a los artículos 14 bis y 75 inc. 23 de la Constitución nacional y el compromiso asumido por el Estado en los Tratados mencionados, sin una válida justificación de las restricciones que impone, por lo que resultan francamente inconstitucionales. Finalmente, en el último punto de dicho capítulo de la demanda se pide concretamente que: "...Por lo expuesto solicito a V.E. que al momento de sentenciar decrete la inconstitucionalidad de la norma que habilita el pago mensual de la prestación y disponga su cancelación mediante pago único e íntegro...".

De manera que voy a tener por planteada oportunamente la inconstitucionalidad del art. 15 ap. 2 de la LRT. en cuanto se refiere a la prestación de pago mensual, pues entiendo que el planteo de inconstitucionalidad lo fue en cualquier supuesto en que la LRT norma habilite una prestación de pago mensual.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de expedirse al respecto y en sentido favorable a la pretensión del accionante, en la sentencia de fecha 1 de diciembre de 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, 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/ Siempre 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...".

Ahora bien, en cuanto al tope de \$ 180.000 de la prestación de pago mensual, la actora planteó la inconstitucionalidad pero no en todos los casos, sino en el previsto por el art. 14 ap. 2º.b. (fs. 19/21 incapacidad superior al 50% e inferior al 66%) y por el art. 14 ap. 2. a. último párrafo (fs. 23/25 incapacidad igual o inferior al 50%). En el presente caso tal cual se señaló precedentemente, debido a que el actor padece de una incapacidad del 71%, la situación encuadra dentro del art. 15 ap. 2 de la LRT y si bien dicha norma fija también el tope de \$ 180.000, no fue planteada su inconstitucionalidad, por lo que, no corresponde expedirme al respecto.

En consecuencia, conforme lo señalé en la última parte del punto anterior, en el presente caso, corresponde hacer lugar a las prestaciones dinerarias previstas por el art. 11 ap. 4 inc. b) de la LRT., que asciende a la suma de \$ 40.000 y por el art. 15 ap. 2 2º párrafo, la que en este caso, asciende a \$ 180.000 ya que es alcanzada por el tope.

En efecto, habiendo determinado el ingreso base de acuerdo a las pautas del art. 12 de la LRT., el mismo da como resultado la suma de \$ 1.652,72 (total de remuneraciones que hubieran correspondido sujetas a aportes \$ 5.443,33 x 102 días (del 5 de agosto/07 al 15 de noviembre/07) = \$ 54,36 x 30.4). Luego de acuerdo a la fórmula del art. 15 ap. 2.2 LRT, surge que: \$ 1.652,72 x 53 x 3,82 -65 dividido 17-, nos arroja un resultado de \$ 334.609,69. De manera, que debe aplicarse el tope de \$ 180.000, debiendo prosperar

este rubro por dicho monto.

Ahora bien, respecto de los intereses, cabe señalar, que la cuestión surge clara cuando se trata de empleadores afiliados a una ART, pues en estos casos está previsto que tanto las prestaciones dinerarias previstas por los arts. 11 ap. 4 inc. b como la del art. 15 ap. 2.2 deben abonarse dentro de los quince días posteriores a la recepción de toda la documentación requerida por la ART o dentro de los primeros cinco días corridos del mes siguiente a aquel en el que la ART haya recibido la documentación, según sea el régimen de capitalización -hoy derogado- o de reparto respectivamente y luego de vencidos dichos plazos comenzaba el cómputo de intereses. Al respecto, Mario Ackerman, en su obra Tratado de derecho del Trabajo, T. VI, pág. 178 dice: "En el régimen de capitalización, tanto el depósito del capital en la AFJP como el pago de la suma adicional de pago único (art. 11, ap. 4 inc. b, ley 24.557, según dec. 1278) deben ser hechos dentro de los quince días hábiles posteriores a la recepción de toda la documentación requerida por la ART (art. 2° res. 287 SRT y res. 27.308 SSN.. Si el trabajador está afiliado al régimen de reparto, la integración del capital en la compañía de seguros de retiro para la contratación de la renta vitalicia y el pago de la suma adicional prevista en el inciso b, del apartado 4 del artículo 11 de la ley 24.557 (según dec. 1278/2000) deben ser hechos dentro de los primeros cinco días corridos del mes siguiente a aquel en el que la ART haya recibido la documentación (art. 2°, res. 287/2001 SRT y res. 24.808, anexo II, art. 10, SSN)".

Pero nada se dice en el caso de empleadores que podríamos decir se encuentran fuera del sistema, es decir, que no están autoasegurados y no están afiliados a una ART. En estos casos, considero que los intereses se deben a partir de la consolidación del daño y en el caso particular de autos ello se produjo desde el mismo día del accidente, puesto que como consecuencia de él, el actor sufrió la amputación de 1°, 2° y 3° dedo a nivel de las articulaciones metacarpofalángicas y limitación funcional de 4° dedo, en todos los casos de la mano izquierda.

En base a ello, practicaré la siguiente planilla de liquidación:

1. Indem. art. 11 ap. 4 inc. b).....	\$ 40.000
-intereses al 31 de marzo/10 (32,40%).....	\$ 12.960
2. Indem. art. 15 ap. 2.2.....	\$ 180.000
-intereses al 31 de marzo/10 (32,40%).....	\$ 58.320
-Total al 31 de marzo de 2.010.....	\$ 291.280

TAL MI VOTO.-

Los Dres. Gabriela Gadano y Diego Jorge Brogгинi, adhieren al voto precedente por compartir los 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 la demanda condenando a ADRIANA OSSES Y MILTON ARIEL FRAUCA en forma solidaria a abonar al actor, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 310.220,88 en concepto diferencia de haberes de agosto/07 hasta la 1° quincena de enero/08, 2° quincena enero/08, 19 días de febrero/08, SAC prop. 2° cuota/07, SAC prop. 1° cuota/08, Vacaciones proporcionales, integración mes de despido, preaviso, indemnización por antigüedad, indemnización art. 1 de la ley 25.323 e indemnizaciones de los arts. 11 ap. 4 inc. b y art. 15 ap. 2.2 de la Ley 24.557, importe que incluye intereses a la tasa mixta (activa-pasiva) del Banco de la Nación Argentina calculados al 31 de marzo de 2.010, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos. Rechazar la demanda en lo que respecta al rubro indemnización del art. 2 de la Ley 25.323. Todo por las razones expuestas en el Considerando.

II.- Con costas a cargo de los demandados en forma solidaria, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Hugo Edgardo Gatti y Víctor Leandro Loyola, en calidad de apoderados y patrocinantes del actor, en la suma de \$ 60.803,29, en conjunto (m.b. \$ 310.220,88 x 14% + 40%) y los de los Dres. Cintia Veuthey y Luis H. Veuthey, en calidad de letrados patrocinantes de los demandados en la suma de \$ 37.226,50 en conjunto (m.b. \$ 310.220,88 x 12%)(Arts. 6,7,9 y 39 Ley de Aranceles). Asimismo se regulan los honorarios del perito médico Dr. Hugo Rujana en la suma de \$ 11.652 (m.b. \$ 291.280 x 4%) y los del perito en Seguridad Industrial Ing. Pedro Lucas Filipi, en la suma de \$ 8.738 (m.b. \$ 291.280 x 3%).-

III.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

IV.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por las demandadas condenadas 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.

DR.DIEGO JORGE BROGGINI

-Vocal de Tramite- Sala II

DRA.GABRIELA GADANO DR. NELSON WALTER PEÑA

-Vocal - Sala II -Vocal -Sala II-

Ante mi:

DRA.DANIELA A.C. PERRAMÓN

-Secretaria -