

//////neral Roca, 8 de febrero de 2019.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: Estos autos caratulados "RUBILAR ANDREA PAOLA C/ PROVINCIA ART S.A. Y MOÑO AZUL S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (1)" (Expte. N° H-2RO-3658-L2018 / H-2RO-3658-L2-18) venidos al acuerdo a efectos de que sea resuelto el planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 26.773.-

Las Dras. Gabriela Gadano y María del Carmen Vicente dijeron lo siguiente: I.- Se inician los autos con el reclamo que formula Andrea Paola Rubilar contra las firmas Moño Azul S.A. y Provincia ART S.A., por la suma de \$2.586.507,35, en concepto de daños y perjuicios fundados en la normativa del derecho común, a raíz del accidente de trabajo que refiere haber sufrido en 28/04/15, cuando al encontrarse clasificando manzanas utilizando guantes de latex grandes para su talle, la cinta le atrapa la mano izquierda, aplastándole la misma, sufriendo traumatismo por aplastamiento de muñeca y mano izquierda. Explica que, en fecha 21/09/15, la Comisión Médica de la SRT determinó una incapacidad laboral permanente, parcial y definitiva del 45,15% por lo que la ART le abonó \$643.579,79, advirtiendo que la misma es insuficiente, pretendiendo una reparación integral, por lo que solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 26.773.

Fundamenta la responsabilidad objetiva y subjetiva de las demandadas en las disposiciones del art. 75 de la LCT y de normas de derecho común.

Plantea la competencia de la Cámara del Trabajo para entender en estos autos, solicitando la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 LRT.

Practica liquidación respecto a los daños reclamados, ofrece prueba, funda en derecho y solicita se haga lugar a la demanda, con costas.

Corrido el traslado, Moño Azul S.A. contesta demanda a fs. 67/82, contestando planteos de inconstitucionalidad pedidos por la parte actora y, en lo que aquí importa, el planteo sobre la inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 26.773, alegando que resulta inaplicable el precedente "Llosco" utilizado como fundamento del planteo, y que la nueva normativa no hace mas que receptar el viejo régimen y que, si bien la irrenunciabilidad de derechos constituye un principio elemental en materia laboral, también es cierto que la opción por la acción civil se hace con el adecuado asesoramiento a efectos de determinar los riesgos y ventajas de someterse a dicha vía, por lo que no existe perjuicio para el trabajador, siendo improcedente la acumulación de acciones.

Continúa exponiendo su versión de los hechos, rechazando la procedencia de la acción civil, impugnando la liquidación, ofreciendo prueba, haciendo reserva del caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Finalmente, a fs. 114/131 contesta demanda Provincia ART S.A. Comienza oponiendo defensas de fondo y contestando planteos de inconstitucionalidad en forma genérica. Continúa realizando la negativa pormenorizada de los hechos expuestos en la demanda y explicando su versión de los hechos, en donde indica que su representada inició el trámite ante la Comisión Médica N° 35 como consecuencia del accidente de trabajo denunciado en la demanda, a efectos de determinar la incapacidad de la actora. Dicho organismo dictaminó que la Sra. Rubilar presenta una incapacidad del 45,15% en función de lo cual la ART abonó a la actora la suma de \$643.579,79 en concepto de indemnización por incapacidad permanente, parcial y definitiva.

En consecuencia, advierte que la actora hizo uso de la opción del art. 4 de la Ley 26.773, optando por la vía sistémica al percibir la suma de dinero en concepto de prestación dineraria, siendo improcedente el reclamo por la vía civil.

Concluye impugnando la liquidación, ofreciendo prueba y solicitando el rechazo de la demanda, con costas.

Corrido traslado, la actora contesta los traslados mediante presentaciones de fs. 133 y 134/135 negando la documental aportada por Moño Azul y por Provincia ART y solicitando el rechazo de la excepción de falta de acción y falta de legitimación pasiva interpuestas por la ART.

Por providencia de fs. 136 se dispuso el pase de los AUTOS al ACUERDO para resolver.

II.- Puestos en tales condiciones a decidir, observamos que no se encuentra controvertido que la actora percibió de la ART demandada la suma de \$643.579,79 en concepto de prestaciones dinerarias derivadas del accidente de trabajo de fecha 28/04/15, luego de que la Comisión Médica N° 35 determinara la incapacidad laboral parcial, permanente y definitiva en orden al 45,15%.

La propia parte actora acompaña el dictamen de Comisión Médica, así como también, la comunicación remitida por Provincia ART a la actora, en la que se le notifican las sumas a abonar, haciéndole saber que la percepción de las mismas implica el ejercicio de la opción dispuesta en el sistema tarifado de la Ley de Riesgos del Trabajo y la consecuente renuncia a la indemnización con fundamento en otros sistemas de responsabilidad.

Así las cosas, este Tribunal ha sentado su criterio, por mayoría, en relación a la constitucionalidad del art. 4 de la Ley 26.773, en el interlocutorio de fecha 8/11/18, en autos "MARILEO CARLOS ALBERTO C/ PROVINCIA ART S.A. y MOÑO AZUL S.A.C.I. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (1)" Expte. N° H-2RO-1150-L2014 / H-2RO-1150-L2-14, a cuyos fundamentos me remito.

En consecuencia, advirtiendo que en el caso se ha ejercido la opción prevista en el art. 4 de la Ley 26.773, corresponde rechazar el reclamo con fundamento en el derecho común interpuesto por la parte actora.

En cuanto a las costas, corresponde imponer las mismas por su orden, atento a tratarse de un reciente criterio sentado por este Tribunal en los autos citados sobre la cuestión que mantiene dividida a la doctrina; dejando a salvo el criterio de la Dra. Gabriela Gadano en cuanto a que las mismas se impongan a la parte actora de conformidad con el criterio objetivo de la derrota (art. 68 CPCyC).

A las mismas cuestiones, la Dra. Paula Bisogni dijo: Vienen estos autos a voto a fin de expedirme sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26773. De acuerdo al voto de las colegas precedentes, que confirman su constitucionalidad, ello aparejaría la inviabilidad de la presente acción, toda vez que dicha norma excluye la posibilidad de reclamar la mayor indemnización resultante de la responsabilidad civil, por haber percibido la actora con anterioridad las sumas correspondientes a la indemnización sistémica de la ley 24.557, implicando ello el ejercicio de la opción excluyente establecida en dicha norma.

Anticipo que no concuerdo con dicha conclusión, ya que considero que la opción excluyente establecida en el art. 4 de la ley 24557 resulta inconstitucional, analizada la cuestión desde distintos ángulos, por los fundamentos que paso a exponer:

1.- Irrazonabilidad de la opción. Estado de necesidad del trabajador. Privación de indemnización

Considero que la opción excluyente del art.4 de la ley 26773 resulta inconstitucional, en abstracto, en cuanto importa la posibilidad de que el trabajador incapacitado por un accidente de trabajo, reconocido como tal, quede privado de toda indemnización. Lo cual representa una alternativa constitucionalmente inválida que contraría los arts.14 bis,16,17 y 19 CN y los tratados internacionales suscriptos por nuestro país (art.31 y 75 inc. 22 CN).

Con ello se incumplen en particular los convenios 17,42 y 102 de la OIT aprobados por nuestro país (ley 26678) que reconocen la obligación de asegurar al trabajador una

reparación efectiva frente a las contingencias de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Según los términos del art.4, aceptado el accidente por la ART y determinada su incapacidad laborativa, con el efectivo ofrecimiento por parte de ésta de las sumas resultantes de la aplicación de la ley de riesgos, el trabajador tendría la opción: de percibir en forma inmediata y extrajudicial la indemnización de la ley 24557; o bien, de modo excluyente, transcurrido el plazo de 15 días, ejercer la acción civil contra su empleador y/o la ART.

En caso de progresar la acción civil, el monto de condena resultante se integrará con el monto indemnizatorio de la LRT por parte de la ART, y lo que en más se establezca a cargo del condenado civilmente. Pero, si la acción civil fuera rechazada, el trabajador no percibirá suma alguna.-

Al decir de José Daniel Machado: “A esta altura del desarrollo de la doctrina de autores y fallos relativa a los derechos fundamentales, no puede conjeturarse siquiera que resulte constitucionalmente admisible que la víctima de un daño permanente a la salud venga a quedar privada de toda reparación”.

”Es caso obvio que, si a criterio sostenido de la Corte Suprema la versión original de la ley 24557 no superó el test de congruencia constitucional en razón de negar al trabajador la posibilidad de acceso a una reparación integral, mucho menos puede juzgarse consistente un sistema que produzca el resultado objetivo de dejar a la víctima sin resarcimiento alguno, siquiera el tarifado. Máxime si ese resultado -al que se arribaría si el trabajador opta por la llamada “vía civil” y pierde el pleito- supone renunciar a un derecho que otro responsable distinto, la ART, le ha reconocido antes expresamente” (“La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26773”, José Daniel Machado, Revista Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni 2013-1, RC D 983/2015)
.-

En igual sentido, dice Formaro, que esta norma “ha creado un régimen de opción que, desconociendo la razón de ser de las tarifas en el campo del resarcimiento de daños a la integridad psicofísica de los trabajadores, pretende escindir la tutela mínima (debida por la aseguradora) del deber de reparar plenamente (a cargo del empleador)”...”Así como ni la salud (integridad física o psíquica) ni la vida son disponibles para su titular, el ejercicio de una acción en procura de la reparación integral del daño jamás puede, lógicamente, implicar la renuncia al mínimo que la pretensión citada contiene ínsita,

pues lo contrario importa no sólo desvirtuar la esencia del vínculo obligacional sino además comprometer aquellos derechos subjetivos indisponibles” (“Riesgos del Trabajo”, Edit. Hammurabi, 4º de., p.441 y ss.) .

Considero por ello que la opción en la forma regulada resulta extorsiva para el trabajador y no representa una posibilidad válida, real y efectiva, de ejercitar o acceder a la reparación integral, en los términos planteados en la ley.

Adviértase que el trabajador que sufre un accidente que lo incapacita para trabajar, o merma en su capacidad de ganancia, se encuentra en una situación de vulnerabilidad que constituye un verdadero estado de necesidad, frente al cual el cobro de las sumas ofrecidas por la ART representa en realidad la única opción. No sería realista ni razonable pretender que el trabajador no perciba allí las sumas ofrecidas por la ART, para intentar luego la acción civil, heroicamente, corriendo el riesgo no solo de atravesar un camino procesal más exigente y la demora en el acceso a la indemnización, sino lo que es peor, la posibilidad de que si la acción es rechazada, no cobrar nada, ni siquiera la indemnización tarifada anteriormente reconocida.

La opción se convierte así en una falacia, que no toma en cuenta el estado de necesidad del trabajador accidentado, el cual ha sido pacífica e inveteradamente reconocido por la doctrina y jurisprudencia laboral, y en particular por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro -entre otros-.

En esta materia, se descartó en el fallo “Llosco”, la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia de accidentes del trabajo, justamente por este motivo, destacando en su voto la Dra. Highton, que “la exigencia de no contrariar los propios actos debe ser valorada con la situación real del trabajador incapacitado y su posibilidad de abstenerse de percibir una indemnización que considera insuficiente, en aras de preservar intacta su acción para demandar la intensa protección que la Constitución nacional le otorga a sus derechos”, haciendo en definitiva lugar al recurso toda vez que el tribunal “había omitido ponderar las razones que habían llevado al trabajador a la percepción de la indemnización tarifada, omisión de suma gravedad dado que se trataba de prestaciones de carácter alimentario, adecuadas para asegurar la subsistencia del trabajador y su familia cuando éste había perdido total o parcialmente la capacidad para procurárselo por sus propios medios”, quedando habilitado por tanto a reclamar la vía civil.-

La SCBA también había rechazado la aplicación de la doctrina de los propios actos en “Romero c/Conarco” (24/9/03) alegando que ...”su aplicación no puede llevar al

absurdo de exigir actitudes heroicas de parte de trabajadores accidentados”, doctrina reiterada en “Botello” (13/4/05), “Amaya” (24/5/06)-

La doctrina también se ha expedido por cuestionar la validez de la opción excluyente cuando el trabajador está en un estado de necesidad y, mayoritariamente, por la inconstitucionalidad de la norma (Rodríguez Mancini “La nueva ley de riesgos del trabajo”; Schick Horacio “reforma a la ley de riesgos del trabajo. Un viraje regresivo en materia de daños laborales”; “Ramírez Luis “Aspectos salientes de la reforma a la ley de riesgos del trabajo”; “Formaro Juan”vías para garantizar la indemnidad de los trabajadores frente a la sanción de la ley 2673” , LA LEY Suplemento especial nov.2012, entre otros).

Es que “de ningún modo puede hablarse de deliberada y eficaz voluntad anterior tendiente a restringir derechos indemnizatorios cuando el trabajador persigue el cobro de una prestación que constituye un mínimo irrenunciable, como así tampoco evidencia liberalidad respecto de la base tarifaria el procurar la reparación integral del daño sufrido (que obviamente comprende aquel mínimo” (Formaro, ob cit).-

La opción, tal como ha sido regulada -excluyente-, es inconstitucional por involucrar derechos indisponibles (derecho a la vida y a la integridad física, y a su reparación), en un contexto de vulnerabilidad e hiposuficiencia en su condición de trabajador accidentado, afectándose con ello derechos constitucionales (arts.14 bis,16,17,19, 31 CN y convenios 17,42 y 102 de la OIT). Circunstancia ésta última que invalida la opción, aún en los casos en que hubiera percibido con anterioridad la indemnización sistémica, teniendo en cuenta además, que el trabajador tiene derecho a acceder a la acción civil, de acuerdo a la doctrina de la Corte.

2.- Doctrina constitucional de la CSJN: derecho del trabajador a una reparación integral o de análogos alcances a la civil. Insuficiencia de la indemnización sistémica.

Haciendo un poco de historia, vemos que la ley 26773 vino a establecer una reforma de la ley 24557, luego de una sucesión de fallos de la Corte Suprema de Justicia que invalidaron el esquema legal originariamente establecido por la ley de riesgos del trabajo n° 24.557.-

A partir de la reforma del régimen de accidentes de trabajo en el año 1996 con la ley 24557 se había establecido un sistema de responsabilidad especial cerrado, que vedaba el acceso del trabajador al reclamo por vía civil -salvo supuestos de dolo del empleador o en relación a daños ocasionados por terceros-, en el cuestionado art.39 inc.1, por el que el trabajador quedaba privado de acceder a una reparación integral, como sí podía

hacerlo cualquier otro ciudadano.- Esta norma fue tachada de inconstitucional por la CSJN en el conocido fallo “Aquino”, fundado en que “el sistema reparatorio especial regulado en la ley 24557 tenía menores alcances que los previstos en el régimen común, implicando una negación del principio “alterum non laedere” -no dañar al otro-, al no considerar a la persona humana en su plenitud, ya que solo considera el lucro cesante, y éste a su vez de manera menguada, por lo que no satisface los imperativos de justicia de la reparación, que deben cubrirse en forma efectiva y no en apariencia”.

Luego de “Aquino” (2004), la Corte se expidió en muchos otros fallos, invalidando otros aspectos de la ley 24557 en la forma que fueran regulados por la ley 24557, en los fallos “Castillo”, “Silva”, “Medina” “Milone”, “Llosco”, “Cachambí”, “Obregón”, “Venialgo” “Torrillo” y otros. De igual modo, en el ámbito provincial se expidió el Superior Tribunal en fallos “Denicolai”, “San Martín”, “Ruminot”, “Gonzalez Fernando”, “Quintana”, “Maldonado”, “Mora Polanco”, “Vargas Maripe”, “Lavezzo” y otros.

Frente a ello, era de esperar una reforma legislativa de la ley 24.557 que receptara las críticas y desajustes constitucionales invalidados por la jurisprudencia, que llegó finalmente en el año 2012 con el dictado de la ley 26.773. Dicha ley establece algunas mejoras cuantitativas en el régimen tarifado, y en lo que hace a la posibilidad de acceso a la vía civil, si bien deroga el art.39 inc.1 LRT, no sigue la solución pretoriana establecida por la Corte en cuanto a la complementariedad de ambos sistemas de reparación (civil y especial), así llamado de “cúmulo restringido”, que quedó establecida luego del fallo “Aquino” y en particular a partir del fallo “Llosco”.

Asimismo, en el fallo “Cura c/Frigorífico Riosma” la Corte había establecido que sin perjuicio de la acción civil y de la inconstitucionalidad del art.39 inc.1 LRT, las ART cuando son demandadas en el contexto de una acción civil con el empleador deben afrontar las obligaciones emergentes de la LRT, de manera que el empleador solo es responsable por lo que exceda de tales prestaciones, afirmando con claridad el sistema de cúmulo relativo.

Esta ha sido también la posición adoptada por la jurisprudencia al admitir el cúmulo y la responsabilidad sistémica de la ART, aun en casos en que se hubiera reclamado la acción civil y ésta fuera rechazada: tal como fuera resuelto por parte del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro en fallos “Gonzalez Fernando” (20/2/09), “Mora Polanco” (2/6/05), “Zani” (1/11/06), “Paiola” (4/4/05), “Vargas c/ Maripe” (7/9/11) y “Lavezzo” (25/2/10).-

Puede considerarse discutible si la adopción del sistema de “cúmulo restringido” entre ambas acciones -civil y laboral- configura una auténtica o expresa doctrina constitucional de la Corte, o resultó una consecuencia de hecho derivada de la derogación del art.39 decidida en Aquino, que no reviste tal carácter, por haberse modificado la plataforma legal desde la cual se diagramó dicha solución (ver al respecto lo tratado sobre el punto en la doctrina: Miguel Angel Maza RCD988/2015 Rev Derecho Laboral 2013-1; Emilio Ibarlucía La ley 2012-F, 1258, 10/12/12).

Pero de lo que no cabe ninguna duda, es que la Corte con toda claridad, en “Aquino”, fijó doctrina constitucional en cuanto a que un sistema de responsabilidad especial como el de la LRT afecta el derecho del trabajador al “alterum non laedere” -art.19 CN-, en cuanto no reviste “análogos alcances” que los que surgen del régimen de la responsabilidad civil, de carácter integral. Para ello la Corte enfatizó en la especial tutela constitucional que tiene el trabajador y en el principio de progresividad en el derecho del trabajo.

De allí que deba garantizarse la posibilidad del trabajador de acceder a una reparación plena, mientras que el mecanismo previsto por la ley 26.773, a través de la opción excluyente como fuera regulada, lo hace solo en apariencia y viciada, de modo que no satisface en la realidad tal derecho del trabajador (arts.19, 16 CN).-

Dicha conclusión se ve abonada, asimismo, con el hecho de que las indemnizaciones de la ley especial, si bien se han visto mejoradas en su valor y ampliados sus conceptos a partir de la ley 26773 -y luego con la ley 27348-, no llegan a revestir en modo alguno, “análogos alcances” a los que comprende la reparación civil.-

Ello se advierte con claridad del cotejo de los datos de la causa: en el presente caso la actora percibió por la indemnización tarifada la suma de \$643.579 por un 45% de incapacidad, mientras que en esta demanda por responsabilidad civil se practica liquidación por el daño material en base a la fórmula Vuotto y Pérez Barrientos (STJRN) por la suma de \$3.153.837 por un 55% estimado de incapacidad -no atado a baremo 659/96-, más daño moral, totalizando un monto reclamado de \$3.230.087 (del que deduce las sumas percibidas de la ART).- Pese a las mejoras introducidas en el régimen tarifado, existe entre la indemnización resultante de ambos regímenes una brecha cuantitativa muy sustancial, que patentiza el agravio que se ocasiona al trabajador por la restricción en su acceso.

3.- Afectación del principio de irrenunciabilidad:

Un sector de la doctrina analiza que en realidad no hay renuncia sino ejercicio de una

opción, ya que es el propio trabajador quien decide el cobro de las sumas indemnizatorias ofrecidas por la LRT, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, contando al efecto, a partir de la ley 27348, con patrocinio letrado. “Primero tiene dos opciones, luego habiendo optado por una de ellas, la otra se pierde no por renuncia sino por incompatibilidad” (“Riesgos del trabajo. Análisis de algunos aspectos del sistema legal argentino”; Julio César Gaetán, DT 2014 (octubre), 2862,LLO, AR/DOC/3057/2014).- Maza por su parte interpreta que la irrenunciabilidad reviste jerarquía legal -no constitucional- y admite excepciones (RC 988/2015).

En punto a ello cabe oponer que la irrenunciabilidad no solo surge del art.11 LRT, sino que es uno de los principios de la materia laboral, ligado indisolublemente al principio protectorio de raíz constitucional (art.14 bis), y no puede ser dejado de lado nada menos que en una cuestión que compromete el derecho a la reparación de la integridad física del trabajador.

No es ocioso recordar que en razón del principio de irrenunciabilidad, en el ámbito del derecho del trabajo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado, atendiendo a la situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador, con mayor razón cuando éste además sufrió un accidente que lo incapacita, y que lo coloca incluso en estado de necesidad.-

Siendo menester señalar que en el caso de autos, la actora de estos autos, no contó con asesoramiento letrado alguno al momento de percibir la indemnización ofrecida por la ART en septiembre 2016 (fs.3), antes del dictado de la ley 27348. Ni tuvo en ello intervención de organismo estatal alguno, que resguarde la validez de dicho acto (arg art.15 LCT).

En este campo del derecho, considerado parte de la seguridad social, no se elige quedarse sin nada; la irrenunciabilidad protege al trabajador incluso de si mismo.(Machado Jose Daniel, “La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26773”, Rubinzal Culzoni RDL 2013-1). Salvando la distancia, y a solo modo de jemplo que permita graficar lo expuesto, es como si se admitiera que el trabajador “eligiera” que no se le hagan aportes previsionales para su futura jubilación, lo que sería a todas luces inadmisibile, ya que las contingencias cubiertas por la seguridad social (enfermedad, vejez, muerte, discapacidad) revisten carácter universal, irrenunciable y obligatorio. Tal es así que el aseguramiento del empleador reviste carácter obligatorio (arts.3, 4 y ss.LRT).

4.- Compatibilidad de las acciones según su naturaleza jurídica.

La indemnización civil y la especial no resultan intrínsecamente incompatibles por su naturaleza, por lo que la decisión del legislador de así establecerlo en el art.4 no encuentra fundamento jurídico en ello.-

Por el contrario, se trata de acciones concurrentes, que resultan jurídicamente compatibles.- Así lo consideró el Alto Tribunal, razón por la cual admitió el cúmulo. La Corte resolvió en Aquino que “del hecho de ser constitucionalmente inválido que la prestación de la ART origine la eximición de responsabilidad civil del empleador no se sigue que las ART queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contratado en el marco de dicha ley. Se mantienen intactos los fines previstos en la LRT (celeridad y automaticidad en el acceso del trabajador a sus prestaciones) y ello permite al empleador encontrar protección en la medida de su aseguramiento”.- De igual modo se expidió en forma concordante con ello en los posteriores fallos “Llosco”, “Cura”, ya citados.

Y ello sigue siendo así aún en el actual esquema legal de la ley 26773, en tanto el propio art. 4 prevé que la recepción de prestaciones en especie no importan ejercicio de la opción.-

La doctrina analiza que la relación entre ambas acciones dependerá “según se considere que el régimen de cobertura de riesgos del trabajo consiste en un subsistema de la seguridad social (en cuyo caso sus prestaciones son per se acumulables con la indemnización que pudiera corresponder por responsabilidad civil, cúmulo absoluto), o bien si se trata de un régimen de responsabilidad especial, con un esquema de sustitución del sujeto responsable (del empleador a la ART). Esta última es la opinión prevaleciente, en cuyo caso su naturaleza jurídica no alcanza para determinar sus alcances, que podrán ser de exclusión o de acumulación relativa (lo percibido del régimen especial se descuenta de la indemnización plena)” (AR/DOC/3057/2014 Gaetán, Julio ; DT La Ley (octubre) 2014).

En este sentido también lo considera Foglia, considerando que se trata de obligaciones alternativas, en los términos del art.635 y ss. CC, correspondiendo de acuerdo a ello que en caso de no poder realizarse la opción elegida debe cumplirse con la restante (arts.638,639 CC)- (“¿Subsiste el fundamento teórico de la opción?”, Foglia Ricardo Arturo, Rubinzal Culzoni, RC d 388/2013).

Es decir que, como mínimo tenemos que se trata de acciones compatibles entre sí, que admiten el cúmulo relativo, y la elección del legislador de asignarle carácter excluyente

resulta irrazonable, en tanto colisiona con derechos constitucionalmente protegidos del trabajador, que la tornan inválida. Ello así por los efectos que derivan del carácter excluyente de la opción, que conduciría a la desprotección del trabajador, y que condiciona por tanto las alternativas del legislador en su regulación, en orden a que la solución legal encuentre correlato y respeto a los derechos constitucionales en juego.

5.- Restablecimiento de la opción excluyente de la ley 9688 y 24028

Argumenta un sector de la doctrina que la opción excluyente existió entre 1915 y 1996, por 80 años sin que ningún Tribunal la declarara inconstitucional.

Primero, no puede ignorarse la evolución jurídica en materia de derechos fundamentales acaecida desde entonces; en particular a partir de la reforma constitucional del año 1994, con la incorporación al bloque constitucional de los tratados internacionales, que necesariamente impone una nueva mirada sobre la cuestión, a la luz de los derechos allí reconocidos. Y en base a este nuevo paradigma constitucional se erige la jurisprudencia laboral protectoria en esta materia de los últimos años, que no puede -ni debe- ser ignorada; y respecto a la cual la reforma legislativa de la ley 26773 resulta un claro retroceso, que contraria las disposiciones en materia de progresividad emanadas del CADH y PIDESC (ver en este sentido, “Opción excluyente de la ley 26773 y principios de progresividad y de opción preferencial”; Gialdino Rolando, LA LEY 2014-A, 702, AR/DOC/205/2014).-

Y después, no es cierto que la opción no haya traído problemas, fundamentalmente a partir de la ley 17711 que incorporó la responsabilidad objetiva en el código civil. Allí se alteraron los términos transaccionales de la regulación legislativa de la opción de la ley de accidentes 9688: antes el trabajador tomaba la indemnización especial, tarifada, dejando de lado algo -la reparación integral- que en la mayoría de los casos, a menos que demostrara culpa o dolo del empleador, no podía obtener del régimen de la responsabilidad civil. Se advierte entonces ya en el legislador de 1915 un especial sentido protectorio del trabajador, al otorgarle un régimen especial, de tipo objetivo, que cubriera situaciones que no estaban amparadas por el régimen común, con una finalidad protectoria que se advierte ya en la génesis de la regulación del régimen especial de accidentes del trabajo; en cuyo marco la opción pudo históricamente verse justificada.

Mas luego, al incorporarse la responsabilidad objetiva al Código Civil, y acercarse los supuestos de responsabilidad de ambos regímenes el carácter excluyente de la opción ya no respondía a una ecuación transaccional equitativa, protectoria del trabajador -sino más bien a resguardar la limitación y previsibilidad de costos para el empleador-, y las

situaciones de injusticia no tardaron en evidenciarse. Es que ya que no parece justo que el trabajador deba conformarse con la indemnización tarifada cuando con el régimen del código civil, en un número mayor de casos comunes, podía ahora acceder a una indemnización integral muy superior .

Es así que al ampliarse los supuestos en que el trabajador podía reclamar por vía civil por la doctrina del riesgo creado (art. 1113 CC, ley 17711), se generalizó la elección de esta vía. No obstante, al tener algunos requisitos de procedencia mayores a los de la acción especial, no siempre prosperaba la acción civil, en cuyo caso el trabajador quedaba privado de toda indemnización aun cuando el juez encontrara reunidos los recaudos para hacer lugar a la indemnización tarifada, por el carácter excluyente de ambas acciones establecido por el art. 16 de la ley 24028.

“Ante la situación de desprotección en que en esos casos quedaba el trabajador privado de toda indemnización, fue generando en la doctrina la postura que pregonaba “una especie de subsidiariedad, y que en definitiva sostenían que fuera el juez quien calificara la acción instaurada, apartándose de la elección efectuada por el actor cuando la misma no coincidiera con los hechos probados en la causa pudiendo deferir la indemnización por el sistema de responsabilidad que juzgara acreditado. Y es a partir de tales concepciones doctrinarias que, ante el cúmulo de demandas rechazadas por los tribunales de trabajo del país, por deficiencia en la acreditación de los extremos que la normativa civil requiere para tornar viable una acción resarcitoria, se comenzó a observar con disvalor los efectos negativos de la opción y la exclusión entre ambas acciones”...“Esta línea doctrinaria mereció consagración legislativa en la ley 23.146, vetada por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 1984, y en la cual se establecía la compatibilidad de ambas acciones habilitando expresamente al trabajador a demandar conjuntamente las indemnizaciones del derecho común y de la ley especial, y facultaba al juez para el supuesto en que se hubiesen ejercitado ambas acciones conjuntamente y el actor —trabajador— no hubiera logrado acreditar los extremos o presupuestos de la reparación integral a condenar al empleador al pago de la indemnización tarifada (art.17 de la vetada ley 23.146). (“Riesgos del trabajo. Análisis de algunos aspectos del sistema legal argentino”; Julio César Gaetán, DT 2014 (octubre), 2862,LLO, AR/DOC/3057/2014.- En similar sentido, hace referencia a dichos cuestionamientos Formaro, en ob cit. (p.448 yss.).-

Más recientemente, tal criterio sustentó también la decisión adoptada por nuestros tribunales, en casos en que se rechazó la acción civil por no concurrir sus supuestos,

condenándose por la indemnización sistémica a la ART, sin agravio del principio de congruencia (fallos STJRN “Paiola”, Vargas c/Maripe”, “Lavezzo” citados supra)- En este último fallo “LAVEZZO, FERNANDA LORENA C/ MAPFRE ARG. ART. Y SOC. ANONIMA IMP. Y EXP. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY del 25/02/2010, dijo el STJRN: “ la reparación no pueda quedar atada a la decisión técnica de un abogado en orden a litigar por la acción de derecho común, si de los hechos expuestos en la misma demanda emerge de modo suficiente la materialidad requerida por el régimen de responsabilidad legal específico laboral....En esta dirección de análisis, resulta a mi entender notoriamente injusto que el régimen de seguro específico (a cargo de una A.R.T.) no repare como mínimo el riesgo asegurado. La circunstancia de que el derecho de la parte se haya tornado complejo no justifica que transfiera resultados notoriamente injustos, tanto menos cuando pueden ser corregidos dentro del propio sistema, conforme lo resuelto por la C.S.J.N. in re "AQUINO" (consid. 11, tercer párrafo).... Asimismo, de acuerdo con la opinión de Bueres ("Contratos conexos a propósito del caso 'MOSCA", Rubinzal Culzoni, 2007-2),..."La doctrina del fallo recién señalado ilustra claramente que el error del litigante en la elección de un camino o acción procesal jamás podrá terminar en un desconocimiento del derecho a la reparación que consagra la ley especial, máxime cuando el mentado error en el encuadramiento legal de la acción puede corregirse de oficio, como ocurre a mi modo de ver en el presente caso, de acuerdo con una esclarecida autoridad en justicia del iura novit curia, pues la A.R.T. ha sido demandada a sus efectos y se cumplen en el caso los supuestos fáctico-jurídicos de su responsabilidad, establecida normativamente en la Ley de Riesgos del Trabajo –ley 24.557-”En este sentido, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo debe responder en la medida que resulte del contrato de seguro, ya que, si se la eximiera de toda responsabilidad se vería enriquecida (vide nota de Vélez Sarsfield al art. 2570 del Código Civil), por cuanto resultaría inobjetable que se habría producido un hecho que la obligaría a pagar las sumas previstas por la ley 24557, no obstante lo cual se vería liberada únicamente por el fundamento legal escogido por el trabajador al promover su demanda (cfr. CNAT-Sala III-18/05/09- D.T., Noviembre de 2009; p. 221, autos “Suarez c/Parodi”)

6.- Antecedentes del derecho comparado

Por último, no puede dejar de considerarse en favor de esta posición que, tal como lo sostienen los autores santafesinos Néstor Corte y José Machado ("Siniestralidad laboral-

ley 24557, Ed Rubinzal Culzoni, 1996, p.276; art. Gaetán citado; id. Formaro ob. cit), la tendencia predominante en las legislaciones nacionales sobre infortunios del trabajo, sea que se inspiren en criterios de "responsabilidad individual del empleador", en "seguros sociales obligatorios" o en "instituciones de la Seguridad Social estatal", se orienta en el sentido de admitir que el trabajador accidentado o sus derechohabientes, además de las prestaciones tarifadas de la legislación especial, puedan acceder en forma acumulativa a las indemnizaciones de daños y perjuicios que pudieran corresponderles conforme al derecho común (al menos en los casos de responsabilidad subjetiva).- De tal modo es receptado en las legislaciones de Chile, Brasil y España, que han sido tomadas como modelo para la reforma establecida por la Ley de Riesgos 24557.

Sin que en la ley 26773 el legislador haya dado razones de los motivos por los cuales se apartó de tal solución, en un modo que contraría claramente los derechos del trabajador.

7.- Conclusión: El análisis de la validez constitucional del art. 4 de la ley 26773 debe efectuarse teniendo en cuenta el paradigma constitucional establecido a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Así, la protección del trabajador, que es "sujeto de preferente tutela constitucional"- Aquino-, el derecho a la vida y la integridad física y su reparación resultan derechos de jerarquía constitucional (arts. 14 bis, 16, 17, 19, 28 31 CN y convenios OIT 17, 42 y 102), que han de ser adecuadamente respetados en toda regulación que las normas inferiores realicen, de modo de asegurar su efectivo cumplimiento (art. 28, 31 CN), teniendo en cuenta para ello las líneas rectoras emanada de los más altos tribunales del país y de la provincia, a los que se hace referencia supra. Bajo este marco, la opción excluyente del art. 4 de la ley 26773 resulta inconstitucional, por no asegurar el derecho del trabajador a una reparación efectiva del infortunio laboral -toda vez que el rechazo de la acción civil apareja la pérdida de la indemnización tarifada previamente reconocida por la ART-, afectar el principio de irrenunciabilidad; no considerar el estado de necesidad del trabajador accidentado, y no resguardar en forma efectiva la posibilidad del trabajador de acceder a una reparación integral.-

Tales consecuencias derivan del carácter excluyente de la opción, resultando vinculadas entre sí de tal modo que invalidan la decisión del legislador a su respecto, por afectar con ello los derechos constitucionales del trabajador, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 4 de la ley 26.773, en punto a ello, lo que así voto.

III.- En consecuencia y por los motivos expuestos precedentemente, la CAMARA SEGUNDA DEL TRABAJO de la 2ª CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, POR

MAYORIA, RESUELVE: 1) DECLARAR la constitucionalidad del art. 4 de la Ley 26.773 para el caso de autos, por los motivos expuestos en el considerando.

2) RECHAZAR la demanda promovida contra MOÑO AZUL S.A. y PROVINCIA ART S.A. al haber ejercido la actora ANDREA PAOLA RUBILAR la opción prevista por el art. 4 de la ley 26773.

3) IMPONER las costas por su orden, atento lo expuesto en el considerando.

4) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes, en función de una etapa cumplida (cfr. arts. 38 y 40 Ley 2212), a favor de la representación letrada de la parte actora, a cargo de las Dras. NATALIA SOLANGE ROJAS y YANINA B. MINISINI, en forma conjunta, en la suma de \$217.267 (MB div. 2 x 12% + 40%); y a favor de la representación letrada de la parte demandada, a cargo de los Dres. GUIDO H. POMA BORGHELLI y RODRIGO ESTEBAN SCIANCA (por Provincia ART S.A.), en forma conjunta, en la suma de \$162.950; y Dres. ROQUE LA PUSATA, ADRIANA G. RODRIGUEZ CARRIQUIRIBORDE, MARIA JULIETA BERDUC y MARIELA E. GARABITO (por Moño Azul S.A.), en forma conjunta, en la suma de \$162.950 (MB div. 2 x 14% + 40% + 40% div. 2 para las regulaciones de las demandadas litisconsortes) (MONTA BASE: \$2.586.507,35 de conformidad con la doctrina "MORETE", "JARA" y "RABANAL" del STJRN y arts. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 20, 38 y 40 de la ley 2212). 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.

5) Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE

-Presidente de Cámara-

DRA. GABRIELA GADANO DRA. PAULA BISOGNI

-Vocal de Cámara- -Vocal de Cámara-

Ante mí: DRA. DANIELA PERRAMON

Secretaria