

//neral Roca, 23 de noviembre de 2015.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "BORDO MARIANA GABRIELA c/ LAS GRINGAS S.R.L. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" (Expte.Nº H-2RO-49-L2012- 2CT-22242-10).-

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

RESULTANDO: 1.- Se inician los presentes actuados con la demanda incoada por Mariana Fabiana Bordo a través de su letrado apoderado, contra LAS GRINGAS SRL, por la suma de \$ 284.560,00 en concepto de daño moral, psicológico, emergente futuro y a la vida en relación, más intereses.

Efectúa como planteo previo, el pedido de que se declare la inconstitucionalidad del art.39, inc.1º, de la Ley 24.557. Argumentando que la norma es manifiestamente inconstitucional, en tanto despoja al trabajador de un derecho que tiene concedido un habitante común, vulnerando el art.16 C.N. y 29 de la C.P. Además de colisionar con el art.14bis de la C.N., el Convenio 111 de la OIT (ratificado el 18-06-1968), pasando a efectuar el análisis normativo y jurisprudencial sobre el tema. Citando puntualmente el fallo de esta Sala en los autos "SUAREZ Pedro Rolando c/ Diomedi Juan, Diomedi Alberto Eduardo y MAPFRE Aseguradora ART S.A. s/ Reclamo" (Expte Nro. 2CT-18900-06) Sentencia del 11-12-2009.

Asimismo, plantea la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Primera de la Ley 24.557 - Art. 49, subsistencia del deber de seguridad del art. 75 de LCT. En tanto, la considera violatoria de los arts. 19 y 16 C.N.

Sostiene que el empleador se encuentra obligado por la ley a adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarios para tutelar la integridad psicofísica del trabajador y que su implementación encuentra fundamento en el art.62 de la LCT y el art.1198 del Código Civil. Cita autorizada doctrina sobre el tema.

Invoca las normas de competencia aplicables al caso.

Pasa a relatar la plataforma fáctica del caso. Dice que el evento dañoso ocurrió el día 03-11-2007 a las 9.50 hs aproximadamente, en ocasión en que la actora realizaba tareas en el aserradero de su empleadora, la firma Las Gringas SRL, en la localidad de Lamarque, Provincia de Río Negro.

Que en ese momento se encontraba cortando maderas con una sierra circular, la madera

se trabó mientras pasaba por la sierra, por lo que empezó a hacer fuerza empujándola para que siga avanzando, cuando se le patinó la mano hacia la sierra delante, cortándole el segundo dedo completo de la mano derecha (metacarpiano proximal), como así también fracturándole la primera falange del cuarto dedo de la misma mano y le produjo además gravísimas heridas en su mano.

Agrega que el evento se produjo debido a que el banco de corte, donde se encuentra la sierra mencionada, tiene algunas ondulaciones que producen que se traben los troncos de madera que se intentan cortar, motivo por el cual tuvo que empujar el tronco de madera hacia delante haciendo mucha fuerza, zafándose de esa manera la mano derecha hacia el disco de corte de la sierra.

Fue atendida de urgencia en el Hospital de la localidad de Lamarque, para después ser derivada a la ciudad de General Roca, debido a la complejidad de las lesiones padecidas.

En el Sanatorio Juan XXIII se le realizaron estudios de rigor y le practicaron una cirugía para la amputación traumática del segundo dedo de la mano derecha. En los días posteriores le realizaron dos nuevas intervenciones para colocación de osteosíntesis en el cuarto dedo de la misma mano; que ello surge de su Historia Clínica a la que se remite.

Manifiesta que la actora permaneció internada por un prolongado tiempo debido a la gravedad de las lesiones. Realizó rehabilitación por aproximadamente un año y debió concurrir a atención psicológica, debido al estrés post traumático que padecía y aun padece.

Relata que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo contratada por la demandada le prestó asistencia médica. No obstante, tiene en trámite juicio contra Prevención ART que ofrece como prueba.

Destaca que la actora a consecuencia del infortunio tuvo que aprender a escribir y a realizar todas sus tareas nuevamente con la otra mano, en razón de que la afectada era su mano hábil.

Pasa a exponer los fundamentos de la responsabilidad que reprocha al empleador. Manifiesta que la actora se accidentó mientras estaba prestando servicios a su favor, en cumplimiento de las ordenes impartidas. Que tuvo que realizar un esfuerzo mayor al habitual en la tarea encomendada, debido a que el banco de corte tenía una superficie irregular, lo que hizo que el tronco que se encontraba cortando se frenara y tuviera que realizar la maniobra que desencadenó en el accidente.

Sostiene que el banco de corte que utilizaba la actora es una cosa riesgosa, ante las irregularidades que presentaba y llevaba a tener que empujar los troncos manualmente, aumentando el riesgo.

Por lo que la responsabilidad se encuadra en el supuesto del art.1113 del Código Civil, por aplicación del factor objetivo de atribución del riesgo creado. Trascendiendo el puro concepto físico del término cosa, no cabe soslayar la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por la trabajadora, pudiendo la propia actividad laboral constituirse en factor de causación, porque en el ámbito del art.1113 del Código Civil no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto y acreditado el nexo causal en el supuesto tratado, se produce la inversión de la carga de la prueba y acreditar la eximente de responsabilidad, esto es, que la lesión que actualmente padece la actora posterior a la maniobra realizada, no es atribuible a ella.

Seguidamente pasa a exponer los rubros y montos indemnizatorios reclamados. Así, comienza con el Daño Moral, dice que la actora es una mujer joven que vive con su pareja y sus hijos. Antes del infortunio llevaba una vida en familia, con proyectos, gran energía. Era activa, responsable, solidaria, alegre. Después del accidente pasó a ser una persona taciturna, ansiosa, irritable y deprimida. Alterando su propia vida y la de su familia. No puede volver a trabajar, ha quedado excluida del mercado laboral. Agrega que el daño moral en el presente caso se representa con la pérdida de la capacidad laboral y la modificación grave en su anatomía, máxime atendiendo a que tiene 27 años y una alteración total de su vida, sus sentimientos, sus proyectos personales y familiares. Cita en sustento los fallos dictados en “Quevedo” y “Suarez Pedro”. Reclamando el importe de \$ 150.000 por este concepto.

Reclama “Daño psicológico”, explicando que el menoscabo no sólo alcanza las lesiones físicas, sino también las psíquicas, las que requieren reparación. Expone los análisis doctrinarios sobre el tema. Y dice que conforme información recibida por idóneos en la materia, la actora se debe realizar un tratamiento de por lo menos 36 meses con una frecuencia de 2 días por semana, con un costo de \$ 120 por sesión, reclamando la suma de \$ 34.560.-

En cuanto al “Daño a la vida en relación”, dice que la Sra. Bordo era una mujer en pleno desarrollo psicofísico-social. Tenía una vida activa, disfrutaba de sus amigos, era una novia dedicada, visitaba a su familia entre otras cosas. Que luego de la grave amputación sufre muchísimo por la falta de sus dedos. Siente mucha vergüenza de cómo se ve su mano en la actualidad, usando diariamente un guante que hizo adaptar

para que nadie preste atención a su mano.

Que se ha visto seriamente afectada en su libido, al sentirse fea, distinta, trayéndole serios problemas con su pareja. Sostiene que la actora es una discapacitada laboral, psicofísica y sexual, con alteración de su derecho a una vida de relación plena como la que tenía y se proyectaba, lo que incluye el derecho a la intimidad, a formar o ampliar en su caso una familia, por lo que estima este daño en la suma de \$ 50.000.

Otro rubro que integra su reclamo, es el “Daño Estético” a partir de la lesión estética equivalente a fealdad, a deformidad o desfiguración. Que en el caso particular se puede apreciar a simple vista, ante la falta del dedo índice de mano derecha de la actora, así como las cicatrices que tiene. Tal es que así que no solo ha perdido la funcionalidad de su mano por la falta del dedo, sino también la ha deformado, al extremo de que siente mucha vergüenza de su miembro, el cual oculta bajo un guante. Por lo que considera que este rubro debe ser cuantificado de manera autónoma al daño moral, estableciendo el monto del mismo en la suma de \$ 50.000.

Propone planilla de liquidación, invoca el derecho aplicable al caso, ofrece prueba, efectúa reserva de caso federal. Peticiona se haga lugar a la demanda con costas.

A fs. 21 se ordena el traslado de la acción a la contraria.

A fs. 22 la parte actora amplía su demanda ofreciendo como prueba la Pericial en Ingeniería laboral Especialista en Seguridad e Higiene. Y a fs. 24 sustituye los testigos por haber incurrido en un error en su ofrecimiento.

2.- Se presenta a fs. 50/56 el apoderado de la firma LAS GRINGAS SRL el Sr. Renzo Tachetti, con el patrocinio letrado del Dr. Juan Carlos Bruno, contestando demanda.

En primer lugar pide que se rechace el pedido de inconstitucionalidad del art.39 de la Ley 24.557 y que se declare vigente la norma. Que la norma en cuestión tiene previstas las situaciones en que el trabajador puede reclamar civilmente por el daño sufrido. Estando eximido de responder como empleador. La actora en su demanda no ha demostrado la participación efectiva y dañosa del empleador, ni la intención de dañar al trabajador.

Que en este caso tuvo la posibilidad de reclamar su daño a la ART, lo que hizo en juicio llevado a cabo en Expte.Nº 21.508/09-2CT.

Plantea como cuestión previa la prescripción de la acción. Dice que la presentación de la demanda fue realizada el 03-02-2010, cuando el accidente ocurrió el 03-11-2007, con lo cual el plazo legal para reclamar expiró el día 03-11-2009. Sin que hubiera suspensión de la prescripción dado que no hubo reclamo alguno hacia la empresa, ni a

sus titulares en forma individual, sin que cursara pieza postal en tal sentido. Tampoco hubo interrupción en sede administrativa.

Seguidamente pasa a formular la negativa general y particular. Así, niega que el evento dañoso se haya desarrollado como describe la actora; en las circunstancias que menciona; que se encontrara cortando madera con sierra circular en el establecimiento; que la madera se haya trabado; que hiciera fuerza empujándolas; que se le haya patinado la mano hacia adelante; que el banco de corte tuviera algunas ondulaciones que provocaran que se traben los troncos y finalmente las lesiones y su entidad por no constarle.

Además niega que la actora fuera trasladada a la ciudad de General Roca; que se le practicaran cirugías en el Sanatorio Juan XXIII; que se le amputara el segundo dedo de la mano derecha; como que en días posteriores se realizaron dos nuevas intervenciones para la colocación de osteosíntesis y que permaneciera internada por largo tiempo; que tuviera un año de rehabilitación; que presente grave incapacidad y que tenga dificultades para aprender a escribir y a realizar todas sus tareas habituales. Rechaza, impugna y desconoce los daños reclamados.

En cuanto a los fundamentos de responsabilidad, niega tener responsabilidad en tanto la actora no cumplió de manera sistemática y constante con lo requerido e indicaciones del patrón. Asimismo niega que el banco de corte haya sido y sea una cosa riesgosa; que estemos ante un supuesto del art. 1113 del Cód. Civil, y que sea un factor de atribución del riesgo creado; que la cosa presentara vicio, defecto de diseño o de funcionamiento. Niega los daños e importes reclamados por ellos.

Pasa a relatar su versión de los hechos. Dice que con fecha 03-11-2007 la actora se encontraba desempeñando su tarea en forma cotidiana e inesperadamente se extralimita en su tarea, realizando trabajos no autorizados para su condición, al comenzar a realizar cortes de madera que la llevan a empujar un tronco que estaba relacionado con su contextura física y dado su inexperiencia y falta de habilidad para dicha tareas, es que inexplicablemente toma contacto su mano con la sierra circular que le produce un daño físico.

Señala que la actora miente cuando afirma que esa era su tarea habitual y que el tronco se le trabó por una irregularidad en la base de la máquina que contiene una sierra circular.

Afirma que la actora era una persona violenta, agresiva, impulsiva y altamente conflictiva, características que la llevaron a extralimitarse colocándose en una posición

riesgosa. Que es muestra de ello el hecho de que ingresó a trabajar el 01-09-2009, dos meses antes del accidente, sin experiencia para realizar las tareas, se pone a realizar una tarea como la que describe -que no estaba autorizada a realizar- y termina provocándole el accidente.

Por esta razón invoca la culpa de la actora en la causación del evento dañoso, como eximente del art.1113 del Código Civil.

Funda en derecho; ofrece prueba y peticiona que se rechace la demanda, con costas.

3.- A fs.58/59 contesta la parte actora el traslado de la excepción planteada.

Se dispone a fs. 60 el pase a autos al acuerdo para resolver.

Mediante Sentencia Interlocutoria de fs. 63/68 se resuelve el rechazo de la totalidad de la excepción de prescripción opuesta por la demandada.

4.- A fs.73 se fija audiencia de conciliación. Obrando a fs.83/84 el acta de la audiencia con resultado infructuoso, por lo que se dicta el auto de prueba.

5.- Se producen las siguientes pruebas: a fs. 85/86 se adjunta pliego de posiciones para la demandada, a fs. 110 obra resumen de Historia Clínica efectuado pro Dr. Sergio Guirado, a fs. 123/137 informe de Sanatorio Juan XXIII, a fs. 140/186 informe de Hospital Área Programa de Choele Choel, a fs. 190 obra escrito del perito Zilvestein solicitando documentación referida a la seguridad e higiene de actividad industrial que desarrolla, a fs. 191 se ordena intimación a la demandada, a fs. 209 obra cédula de notificación requiriendo la documental requerida; a fs. 213/353 informe de Prevención ART S.A., a fs. 358/365 informe de Comisión Médica N° 18 de Viedma, a fs. 369/370 obra informe pericial del Ing. Abelardo Zilvestein, a fs. 373 luce escrito de parte actora pidiendo explicaciones, a fs. 378/380 obra informe pericial psicológico efectuado por Lic. M. Verónica Puig; a fs.380 bis contesta el perito Zilvestein el pedido de explicaciones; a fs. 398/403 obra dictamen pericial médico realizado por la Dra. Rosario Gallart Abuyé, y a fs. 420 obra pliego de posiciones para la demandada.

Se lleva a cabo audiencia de vista de causa, conforme Acta de fs. 421 en la que consta la presencia de la actora y su letrado, la incomparecencia de la demandada, el pedido de la confesional ficta, la declaración testimonial de Juan Acuña y Romina Elizabeth Painecura. La formulación de alegatos por el letrado de la actora. Seguidamente se ordenó por el Tribunal hacer efectivo el apercibimiento del art. 38 de la Ley 1504, y el pase de los AUTOS al ACUERDO para dictar la Sentencia Definitiva.

CONSIDERANDO: Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el

art. 53 inc.1º de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Que la actora se desempeñó en relación de dependencia para la firma las Gringas SRL, cumpliendo tareas de "Oficial B" del CCT. 335/75 del personal de la industria maderera, en el establecimiento de la demanda sito en Independencia 1118 de la localidad de Lamarque (Río Negro), desde el 01-09-2007 (hecho no controvertido por las partes y que surge del recibo de haberes de fs.4).

2. Que el día 03 de Noviembre de 2007 siendo las 9.50 hs aproximadamente, la Sra. Bordo en ocasión estar realizando tareas en el aserradero con la sierra circular empuja la madera que se había trabado y se le patinó la mano hacia adelante, cortándose los dedos de la mano derecha (Formulario de Denuncia ante la ART adjunto a informativa a fs. 214 y dictamen de la Comisión Médica N° 18 a fs.7, documental que no ha sido desconocida).

3. Que recibió las prestaciones médicas de parte de Prevención ART S.A. a partir de la denuncia y hasta el alta médica el día 24-07-2009, de ello dan cuentas el informe de Sanatorio Juan XXIII de fs. 123/137, informe del Dr. Guirado de fs. 110 e informe de la misma aseguradora en el que acompaña copia del legajo del siniestro a fs. 213/353.

4. Que, la Comisión Médica N° 18 determinó que la actora sufrió herida grave de mano derecha con amputación traumática del segundo dedo a nivel metacarpofalángico y trastorno adaptativo, dictaminando que presenta una incapacidad del 58,97% (Documental de fs. 5/9 e informe de fs.358/365).

5. Que la actora al momento del accidente contaba con 25 años de edad (copia de DNI de fs.3).

6. Que la actora promovió acciones judiciales contra la ART, tramitando la causa: "Bordo Mariana Gabriela c/ Prevención ART S.A. s/ Reclamo" (Expte. 2CT-21580-09), donde se llegó a un acuerdo conciliatorio por el importe de \$ 144.000.

7. Que, en autos se designó Perito en Seguridad e Higiene al Ingeniero Abelardo Zilvestein, quien solicita a fs.190 que se intime a la empleadora demandada a que presente ante este Tribunal copia certificada de legajo técnico en Seguridad e Higiene referidos a la actividad industrial que desarrolla la empresa, donde consten estudios en la materia de las actividades desarrolladas en planta industrial; cursos de capacitación (incluida constancia de participación de la actora en ellos); constancia de provisión de elementos de protección personal y todo lo requerido en el Decreto reglamentario 351/79 de la Ley 19587.

A fs.191 se prevé la intimación a la empresa a fin de que el plazo de cinco días

acompañe la documentación requerida por el perito, bajo apercibimiento de considerar su negativa una presunción en su contra. Esto es notificado mediante cédula obrante a fs. 209, sin que la parte diera cumplimiento a la intimación.

Presentando el experto su informe pericial a fs.369/370, en el que dice que en función de los puntos de pericia 1) a 6) (fs. 22) y la orden de fs.101 de realizar la pericia con los elementos disponibles en autos. Por tal razón requirió se intime a la demandada la presentación de la documentación e indique quien es el responsable en Seguridad e Higiene en el Trabajo, quién debía hacer llegar la documentación. Por lo que solo contesta, al punto 7 de pericia propuesta, que dice: "...Este tipo de accidentes es frecuente cuando no se han adoptado medidas preventivas tales como elementos que no permitan acercarse los brazos y las manos a la sierra circular. Existen varias formas de cumplimentarlos, tanto pasivas (protector del disco de corte) como activas (elementos que quitan libertad de movimiento) evitando que las partes riesgosas puedan acercarse al disco de corte. En función de lo expresado, puedo anticipar que, por lo sucedido no se advierte un servicio de Seguridad e Higiene eficiente..."-.

A fs.373 y vta. la parte actora pide explicaciones al perito. Básicamente le requiere que conteste los puntos de pericia 1 a 6, en función que la parte demandada no acompañó la documental requerida, estando debidamente intimada, a fin de que proceda la presunción en su contra.

Contestando el perito a fs. 380 bis lo siguiente: "... Resulta evidente que la falta de contestación al requerimiento efectuado a la demandada es la evidencia de la ausencia de todo tipo de control referido a lo que la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo determina. En consecuencia, la contestación a cada punto de pericia (1 a 6) es por la negativa..."-.

8.- Luce a fs.378/380 dictamen pericial psicológico de la Lic. M. Verónica Puig, donde informa haber efectuado entrevista a la actora, las técnicas y test utilizados para su evaluación, manifestando que: "...Se hallaron indicadores de síntomas depresivos de grado grave. Los cuales han producido una reducción en la energía vital de la Sra. Mariana Bordo, sentimientos de angustia, inseguridad, aislamiento social y dependencia emocional de su ámbito familiar cercano, como manera compensatoria de encontrar posible alternativas para resolver acontecimientos adversos o angustiantes...". En otro tramo de la pericia y en respuesta al punto 1 dice: "...La Sra. Mariana Bordo presenta un trastorno de ansiedad con sintomatología mixta: ansiedad, depresión, fobia social. (Según clasificación DSM-IV: F 41.9), debido a que aparece como respuesta a un

estresante y/o efecto postraumático (por los hechos que se debaten en autos), que posee repercusiones importantes en la vida cotidiana de la actora...”. En otros pasajes de la pericia la experta habla de la necesidad de tratamiento y tiempo de duración, y estima el grado de incapacidad en función de distintos baremos utilizados para la evaluación de psicopatologías. Lo que tratare infra.

9.- Que se acredita el daño físico sufrido por la actora mediante la pericia médica efectuada por la Dra. Rosario Gallart Abuyé glosada a fs. 398/403. Respecto de la relación de causalidad entre el accidente laboral denunciado y las lesiones o secuelas que presenta informó: “...Padeció un siniestro el día 03-11-2007, a las 9.59 hrs cuando tenía 25 años. En circunstancias en que la víctima se desempeñaba laboralmente en un aserradero, utilizando una circular, aparato que se usa para cortar madera destinada a la confección de bins, acaeció el infausto. Ocurrió, según referencias de la examinada, que por fallas en el material de trabajo, ya que la mesa donde se apoya la madera tiene que ser lisa para facilitar el deslizamiento, la misma tenía rugosidades de hierro que coadyuvieron en la producción del accidente. Así, al trabarse la madera, ocurrió el accidente de trabajo que motiva la presente litis, sufriendo herida grave en mano derecha, con amputación traumática en 2º dedo o índice, y anquilosis del 3º dedo o medio, más otras lesiones que afectaron toda la mano, excepto en el 1º dedo o pulgar. Debo destacar que la examinada concurre munida de un guante en su mano derecha, como queriendo disimular la deformación estética que perdura como consecuencia del accidente que nos ocupa. Queda de esta forma casi contestada la pregunta que se refiere a la relación de causalidad. ...”

Respecto de la incapacidad la facultativa dice: “...Teniendo en cuenta todos los factores anteriormente descriptos por el Sr. Letrado, es decir, el daño anatómico, funcional y económico-social, así como la deformación estética, siendo que esa mano no sirve ya para trabajar, ni siquiera para escribir, estando abolidas las funciones “pinza”, “círculo”, “puño” y “garra”, corresponde asignar a la accionante una incapacidad equiparable a la amputación de la mano. En consecuencia: Incapacidad: Amputación de la mano 50%, Miembro superior hábil 5% de 50 .. 2,50%. Factores de ponderación: Dificultad para la realización de tareas habituales alta- 20% de 50 ...10%, Edad menor de 31 años ... 2%. Subtotal factores de ponderación ... 17%. TOTAL DE INCAPACIDAD ...67%.” .... “.

10.- Mediante la prueba confesional propuesta por la actora, la que fue notificada al representante legal de la demandada a fs. 93 y vta, y en virtud del pliego de posiciones acompañado a fs. 85, el que se abre y glosa a fs. 420, se hace efectivo el apercibimiento

del art. 38 de la Ley 1504. Quedando reconocidos a partir de la confesional ficta los siguientes hechos: 1) Que el día 03 de Noviembre de 2007, siendo aproximadamente las 09:50 horas la actora en autos prestaba su débito laboral en el aserradero de la firma que usted representa en la localidad de Lamarque; 2) Que se encontraba cortando maderas con una sierra circular de propiedad de la firma representada; 3) Que debido en circunstancia en que la actora empujaba el tronco que cortaba dicha sierra le amputó dos dedos; 4) Que debido al corte de los dedos es que la actora tuvo que ser llevada al hospital de urgencia; 5) Que sucede con frecuencia este tipo de siniestros con la sierra circular; 6) Que el banco de corte carecía de las medidas de seguridad correspondientes para evitar siniestros; 7) Que en momento alguno la firma que representa indemnizó a la actora por los daños y perjuicios sufridos.

11.- En la audiencia de vista causa, la testigo Romina Elizabeth Peinecura declaró conocer a la actora, por ser vecinas y amigas desde hace más de 10 años. Que no conocía a los demandados. Dijo que la actora cambio su manera de ser, su manera de integrarse a la sociedad. Dejo de ir a su casa. Refirió que hasta hace muy poco tiempo usaba un guante, porque tenía vergüenza hasta de agarrar un mate, no quería dar un mate cuando la iban a visitar porque le costaba mucho. Que hoy por hoy le seguía pasando lo mismo. Agregó que tiene pareja y cuatro hijos (de 13 años, 8 años, 3 años y un bebé de meses). Antes salían a la plaza con los nenes, y ahora ni siquiera eso, siempre pone excusas para todo. Que tiene un bebé y cree que su atención le debe costar. Lo único que hace cuando se acuerda del accidente es llorar. Muchas veces le sugirió un tratamiento psicológico. Decía que su marido le tenía lástima, y eso la afecta muchísimo. Que estuvo convaleciente más de un año. Muchas veces le duele su mano. Quiere hacer algo y le cuesta. Por cuestiones económicas no puede hacer la kinesio o los tratamientos necesarios. El cambio que observó en la relación de pareja, fue que ella siente que los demás le tienen lástima. Dijo que como es amiga en común de la pareja, los aconsejo, para que vayan a una terapia de pareja para que se dejen ayudar. Ella no ha hecho tratamientos. Que cree que una sola vez fue con la pareja, y le refirió que sentía que nadie la entendía.

Que su esposo lleva los hijos al colegio, y antes del accidente se ocupaba ella. Dejó de ir a las reuniones escolares.

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

A.- Inconstitucionalidad el art. 39 apart. I de la Ley 24557.

La parte actora plantea la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT y art. 75 inc. 2 de la Ley 20744 modificado por art. 49 Disposición 1ra de la Ley 24557-, fundando su pedido en la pretensión de que se reconozca íntegramente el derecho de la trabajadora a ser resarcida, de lo contrario se vulneraría los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como disposiciones de diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 y 23).

En cuanto a la limitación del alcance la obligación de seguridad no se compadece con los objetivos de la Ley 24557 de reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo, pero a su vez la LRT no derogó ni modificó el resto del plexo normativo de la LCT que tiende a asegurar la indemnidad del trabajador a través de la tutela de su integridad psicofísica y moral.

A su turno la empleadora demandada sostiene que el art. 39 de la LRT es un resguardo a los intereses de los trabajadores en los casos de doble indemnización como el planteado en estos autos. Que la actora obtuvo reparación por vía sistémica, y que no puede reclamar dos veces por el mismo hecho. Salvo en el caso de excepción previsto en dicha norma como es la del art. 1072 del Código Civil. Pero conforme lo manifestado en su demanda no se ha demostrado participación efectiva y dañosa del empleador, ni mucho menos con la intención de dañar a la trabajadora. Por tales razones pide se mantenga la validez del art. 39 de la LRT.

Vistos los argumentos de las partes en cuanto al planteo de inconstitucionalidad, las perspectivas parecen ser distintas desde cada argumento los que se diluyen en meras teorías sin el análisis concreto del caso. No obstante, el planteo se debe abordar desde la perspectiva planteada en la demanda, en tanto se pretende la reparación civil por los mayores daños sufridos a partir de un evento dañoso, producido por incumplimientos a las normas de higiene y seguridad, y la condición de riesgosa que tiene la actividad que desplegaba la demandante para su empleadora (art. 1113 Cód. Civil).

Definido este contexto, podemos decir que en lo concerniente a la inconstitucionalidad del art. 39 apart. I de la Ley 24557, deberá merecer favorable acogida, sin abundar en mayores consideraciones que la referencia al criterio de este Tribunal en autos "SUAREZ PEDRO ROLANDO c/ DIOMEDI JUAN; DIOMEDI ALBERTO EDUARDO y MAPFRE ASEGURADORA A.R.T. S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-18900-06, Sentencia Definitiva del 11/12/09) y sus citas de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "AQUINO", "CURA", "LLOSCO", "CACHAMBI" y "AROSTEGUI", a todo lo cual corresponde remitir en honor a la

brevedad. Cito asimismo a los del Tribunal que integro: "Quevedo" (27-2-2009), y "Pérez" (26-6-2012).

Si he de explayarme sobre la inconstitucionalidad del art. 49 disposición adicional 1, que introduce una modificación al art. 75 de la LCT, normas que en este plexo normativo merece la misma de tacha de inconstitucional que el art. 39 apart. 1 de la LRT.

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

El art. 75 de la LCT mediante su apartado 1º se enlaza con uno de los objetivos de la ley 24557, cual es la prevención (art. 1.2.a), y mediante el ap. 2º de dicho precepto de la LCT se patentiza la intención del legislador de contener en un único régimen legal toda reparación a que dé lugar la disminución laborativa que puedan padecer los trabajadores en relación de dependencia en el desempeño de su débito laboral.

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

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

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

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

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

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

B.- Competencia Acción Civil: La parte actora introduce el tema de la competencia de Tribunal para entender en las acciones de derecho común, invocando la normativa aplicable al caso.

A su turno, la demandada no controvierte la competencia de este Tribunal.

Sin embargo, cabe destacar que la Ley P 1504 al establecer la competencia por la materia de los Tribunales de Trabajo, dispone en su art. 6, I- “ En única instancia ordinaria en juicio oral y público: a) En los conflictos jurídicos individuales de trabajo que tengan lugar entre empleadores y trabajadores, o sus derecho habientes... aun que se funden en normas de derecho común aplicadas a aquél”.

Razón por la cual este Tribunal asumió la competencia sobre este conflicto.

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

Resuelta la inconstitucionalidad de los arts. 39 apart. I y 49 Dispos. I de la Ley 24557 que modif. art. 75 LCT-, habilitando a la actora a reclamar la indemnización por los daños sufridos como consecuencia del accidente, con fundamento en las normas del Código Civil, corresponde pasar a dar tratamiento a dicha cuestión.

Debo partir el análisis de que tenemos certeza de la existencia del daño que trasunta una minusvalía física del orden del 67% - pericia de fs. 398/403- sobre la capacidad total obrera como dijera supra, consecuencia de las graves lesiones sufridas en su mano

derecha amputación traumática del 2º dedo o índice, y anquilosis del 3º dedo o medio, más otras lesiones que afectaron toda la mano- , equivalente a amputación de la mano, conforme opinión de la perito, quien a su vez considera que guarda relación causal con las circunstancias fácticas informadas por la trabajadora damnificada. Daño sufrido por el "hecho o en ocasión" del trabajo, pues fue en pleno cumplimiento de su quehacer habitual como eran sus tareas de Oficial B en el aserradero.

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

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

peligro” de la misma su face crítica-, de modo que, en relación a ambas, el “riesgo“ es un estado necesario, no eludible y potencial pero presente, cuya verificación origina la situación de daño...”.

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

En el presente caso no se encuentra controvertida la fecha, ni el lugar, ni que el accidente ocurrió en el trabajo. Lo que si se discute por las partes son las circunstancias en que sucedió el mismo. Por un lado, la actora afirma que estaba cortando madera en el banco de corte donde se encuentra la sierra circular, y al empujarla porque el banco presentaba ondulaciones que trababan la madera es que se produce el accidente. Sostiene que el banco de corte que utilizaba es una cosa riesgosa por las irregularidades que presentaba y el hecho de tener que empujar manualmente la madera. Además, agrega que es innegable la condición de riesgosa que tiene la actividad que desplegaba para su empleadora.

A su turno, la demandada sostiene que la actora se extralimitó en su tarea, y sin aviso previo a realizo trabajos no autorizados para su condición, como cortes de madera que la llevan a empujar un tronco, que no estaba relacionado con su contextura física, y dado su inexperiencia y falta de habilidad para la tarea, inexplicablemente su mano toma contacto con la sierra.

Analizadas las actuaciones consideró que la parte actora no se ocupó de acreditar el presupuesto fáctico que alega en cuanto a las condiciones irregulares ondulaciones- que presentaba el banco de corte que lo convertían en una cosa riesgosa, hecho negado por la contraria.

Pero a su vez la demandada tampoco avaló con prueba su postura en cuanto a que la trabajadora se extralimitó en sus tareas, su inexperiencia y falta de habilidad en las mismas, o que el manejo de troncos no estaban relacionados con su contextura física.

Sin embargo ello no es óbice para determinar la responsabilidad en el hecho. La experiencia judicial nos muestra que la mayoría de los infortunios laborales se producen por las situaciones encuadradas por el contacto de los trabajadores con las cosas riesgosas o viciosas, pero también nos encontramos con situaciones donde la actividad es riesgosa en si misma. Ni hablar si se agrega el plus del incumplimiento de expresas

disposiciones de seguridad e higiene en el trabajo, con el consecuente incumplimiento del deber de seguridad.

Por lo que analizaré la responsabilidad de la empleadora desde estas dos perspectivas.

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

Siguiendo el análisis del Dr. Schick: "... En el ámbito laboral, es necesario realizar una apreciación conceptual amplia de la acepción de "cosa".

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

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

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

La jurisprudencia más moderna ha extendido el concepto trascendiendo el puro criterio físico del término cosa incluyendo la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por el trabajador, pudiendo la propia actividad laboral constituirse en factor de causación porque en el ámbito del artículo 1113 no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto. En otras palabras, el vocablo cosa se extiende para abarcar,

en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y toda actividad laboral. Si a ello se agrega que, estas tareas pudieran generar un resultado dañoso, deberían ser incorporadas al concepto de cosas riesgosas, de donde se deriva su inclusión en las previsiones del artículo 1113 del Código Civil.

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

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

En opinión de la actora el daño se produjo por el hecho de tener que empujar los troncos sobre el banco de trabajo que presentaba ondulaciones que impedían su desplazamiento, y en esta acción su mano fue cortada por la sierra circular.

No se discute por la parte que el evento dañoso ocurrió con la sierra circular, la que de por sí constituye una cosa riesgosa.

Pues como opina el perito en seguridad e higiene, quien no se pudo constituir en el lugar del accidente en razón de que las partes no pudieron afrontar los gastos de su actuación, sin embargo, nos ilustra señalando en su informe: “ ... Este tipo de accidentes es frecuente cuando no se han adoptado medidas preventivas tales como elementos que no permitan acercarse los brazos y las manos a la sierra circular. Existen varias formas de cumplimentarlos, tanto pasivas (protector del disco de corte) como activas (elementos que quitan libertad de movimiento) evitando que las partes riesgosas no puedan acercarse al disco de corte...”.

Evidenciando de esta manera el riesgo que representa trabajar con sierra circular, a más

de los elementos con los que se trabaja en un aserradero, lo que requiere el estricto cumplimiento de las normas preventivas así como la capacitación sobre el tema. Pues estamos en presencia de un actividad riesgosa por el uso de elementos o herramientas que pueden representar peligro, pero a su vez con el manejo de elementos y materiales que pueden requerir movimientos forzados para la ejecución de la tareas.

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

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

Resultando tales principios, como sostiene el destacado autor, aplicables a las actividades riesgosas o peligrosas, bajo una interpretación del texto vigente del art.1113 del Código Civil, amplia, inteligente y que "...demuestra la riqueza de las normas, su vida autónoma al margen de la mens legislator y su aptitud para dar respuesta a las exigencias sociales nuevas...".

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

Cuando además, no puede adjudicarse -también por carencia de prueba pertinente, en este caso de la accionada-, falta alguna atribuible a la trabajadora como producto de una

maniobra prohibida o indebida, de la omisión de alguna medida de seguridad obligatoria, de un caso fortuito, del hecho de un tercero por quien el empleador no deba responder o del empleo contra su voluntad de un cosa de su propiedad; todo en las condiciones eximentes de la norma que se viene analizando.

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

A este análisis de la actividad riesgosa, se conecta con el mérito que cabe hacer de la responsabilidad desde la perspectiva contractual del deber de seguridad.

El empleador debe velar por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75 LCT y 4º apart. 1 LRT) y como contrapartida de los poderes de organización y dirección que la ley le otorga; de la misma forma que debe preservar también la dignidad del trabajador cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que le garantiza “condiciones dignas y equitativas de labor” (art. 14 bis CN). De ahí que el principal no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible el buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62/63 y ccts. LCT).

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

trabajador y al cuidado de sus bienes (patrimonio) para que quien aporta su trabajo no sufra menoscabos espirituales o materiales por causa del ejercicio de dichos poderes y facultades. ( “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ª. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley 2007, T II, pp. 1281-2).

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

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

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

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

Respetar las normas en materia de descanso y jornada.

Abstenerse de emplear el poder de dirección en forma que pueda atentar contra la salud del trabajador, a cuyo efecto debe actuar con diligencia.

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

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

Las distintas manifestaciones del poder de dirección en su vinculación con el deber de seguridad llevan a exigir que la asignación de la tarea a una máquina

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

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

Como dijera supra, el perito en seguridad e higiene designado en autos solicito a la empleadora la documentación necesaria para dar cumplimiento a su cometido, sin que la misma acompañara los instrumentos, lo que genera conforme la orden judicial una presunción en su contra.

Pues el perito no pudo ilustrar a este Tribunal sobre las cuestiones técnicas que llevaron a que se produjera el evento dañoso, y conforme a su ciencia a informar al Tribunal de los incumplimientos detectados in situ.

Sin embargo si generan una serie de presunciones en el marco congruencial propuesto por los puntos de pericia de fs. 22, como que la accionada no lleva en legal forma la documentación relativa al funcionamiento y proceso industrial que en su establecimiento se lleva a cabo de acuerdo a la Ley 19587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, y su decreto reglamentario 351/79 (punto 1 de pericia).

Evidentemente, tampoco tiene Legajo Técnico en higiene y seguridad en el trabajo, rubricado por el responsable del servicio, con los requisitos previstos en cap. 3 y 4 del Dto 351/79 ( punto 2). Lo que a su vez hace presumir que no hay avisos, ni carteles de prevención de riesgos (punto 3).

A su vez, el punto 4 en cuando se requieren constancias documentadas de capacitación en Higiene y Seguridad, y si la actora participó de ellos, este incumplimiento, este que se acredita a partir de la omisión en la presentación de la documentación. A su vez esto se enlaza con el argumento de la demandada de que la actora al momento del accidente

hacía dos meses que había ingresado el 01-09-2007- por lo que no tenía experiencia en las tareas que realizaba, lo que me permite concluir que con más razón requería capacitación no solo en la tarea, sino en los riesgos que la misma implicaba.

Otro incumplimiento que se acreditó es la falta de entrega de elementos de protección personal a la actora, pues tampoco se acompañó documentación al respecto, por lo que el perito no pudo considerar si eran los adecuados para los riesgos que se debían proteger (punto 6 pericia).

No obstante, cabe destacar que el perito se expide sobre el punto 7 de pericia, señalando que es frecuente cuando suceden estos accidentes, que no se adopten medidas preventivas que no permitan acercar los brazos y las manos a la sierra circular.

También debo apreciar en este contexto que la demandada quedó confesa por lo que le quedaron reconocidas las siguientes posiciones que hacen a la cuestión: “ ...3) Que debido en circunstancias en que la actora empujaba el tronco que cortaba dicha sierra le amputó dos dedos.-... 5) Que sucede con frecuencia este tipo de siniestros con la sierra circular...”.

De acuerdo a la normativa en higiene y seguridad, el Decreto 351/1979 en el tema específico de “ Máquinas y herramientas” en su art. 103 dice: “ Las máquinas y herramientas usadas en los establecimientos deberán ser seguras y, en caso de que originen riesgos, no podrán emplearse sin la protección adecuada”, y el art. 107 dispone: “ Frente al riesgo mecánico se adoptarán obligatoriamente los dispositivos de seguridad necesarios, que reunirán los siguientes requisitos: 1) constituirán parte integrante de las máquinas; 2) actuarán libres de entorpecimiento; 3) no interferirán, innecesariamente, el proceso productivo normal; 4) no limitarán la visual del área operativa; 5) dejarán libre de obstáculos dicha área; 6) no exigirán posiciones ni movimientos forzados; 7) protegerán eficazmente de las proyecciones; 8) no constituirán riesgos por sí mismos.

Si bien el Decreto 911/1996 establece la normas de seguridad para la industria de la construcción, resulta ilustrativo citar las pautas que fija en cuanto a las “Máquinas para trabajar madera” (art. 193) el que reza: “ La sierra circular debe estar provista de resguardos que cubran la parte expuesta de corte de la sierra, por encima de la mesa, tanto cuando la sierra gire en vacío como cuando esté trabajando. Estos resguardos deberán ser fácilmente regulables, protegiendo al trabajador contra todo contacto accidental con la hoja en movimiento, proyecciones de astillas, rotura total o parcial de la hoja. Además se debe proteger la parte inferior de la sierra. Las piezas de madera de

pequeñas dimensiones se deben guiar y sujetar con abrazaderas o empujar con algún elemento auxiliar”.

En definitiva el uso de una sierra no deja de ser por sí misma un equipo riesgoso, en donde deben existir las medidas propias de protección de la máquina y el conocimiento de la tarea, ya que en muchos procesos requieren criterios conductuales para evitar sufrir daños.

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

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

Respecto del deber de seguridad el Dr. Schick citando a Alterini- dice: “ ... cuando el trabajo se desarrolla en el establecimiento y de acuerdo con las condiciones que ordena el empleador como ocurre en la mayoría de los supuestos- es razonable presumir que, si el dependiente sufre un daño físico, éste se haya producido porque el empleador ha incumplido los deberes de seguridad que la ley y el contrato le han impuesto, precisamente, la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el daño. En esta inteligencia, la producción del evento dañoso acarrearía una inversión de la carga probatoria, ya que el principal deberá demostrar que ha cumplido con la obligación que le impone el art. 75 de la LCT y, para el supuesto de que no lo acredite, sólo podrá eximirse de responsabilidad probando que tal incumplimiento no le es imputable por haber mediado una situación de fuerza mayor o caso fortuito...”. (obra citada, pág. 257).

Cuando además, no puede adjudicarse -también por carencia de prueba pertinente, en este caso de la accionada-, falta alguna atribuible a la trabajadora como producto de una maniobra prohibida o indebida, de la omisión de alguna medida de seguridad obligatoria, de un caso fortuito, del hecho de un tercero por quien el empleador no deba responder o del empleo contra su voluntad de un cosa de su propiedad; todo en las condiciones eximentes de la norma que se viene analizando.

Lo cual importa un fundamento más que suficiente para generar el deber de responder

en cabeza de la empleadora demandada por los daños que se reclaman y sobre cuya procedencia me expediré a continuación.

D- Rubros por lo que prospera la demanda:

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

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

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

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

Por lo que corresponde disponer valores dentro del género "daño patrimonial" en los aspectos relativos a daño emergente, lucro cesante, pérdida de chance, gastos y tratamientos realizados y futuros y daño estético (si de este último derivare una clara disminución de ganancia, dificultad o imposibilidad de obtener trabajo o insuma gastos en la curación de lesiones), todo con la debida explicitación del mecanismo de cálculo.

Mientras que en lo relativo a lo extrapatrimonial deben tenerse en cuenta las restantes órbitas de la vida del hombre comprensivas de las manifestaciones del espíritu, insusceptibles de medida económica que integran los demás valores vitales, donde se relacionan repercusiones anímicas, proyecto de vida, vida de relación, armonía física y psíquica perdida, y afecciones de los llamados "bienes ideales" (CNCiv, Sala D,

22-4-76 "Ramos de Casale" L.L.1977-A-154), entre los que dependiendo de sus condiciones, podrá ingresar el daño estético y el psicológico en los aspectos que no puedan ser evaluados de otro modo mediante fórmulas más precisas.

Se hace la salvedad que en el presente caso no se ha reclamado daño patrimonial por incapacidad sobreviniente por parte de la trabajadora, sólo puso en conocimiento de este Tribunal -al exponer la plataforma fáctica- que tenía iniciado al momento de promover esta acción un proceso contra la ART, que tramitó bajo los autos: "Bordo Mariana Gabriela c/ Prevención ART S.A. s/ Reclamo" (Expte. 2CT-21580-09), donde se ha constatado que arribaron a un acuerdo conciliatorio de \$ 144.000, el que fue homologado por este Tribunal.

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

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

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

Más ello no quita que en el mismo terreno existan supuestos, como el del presente caso, con aristas puntuales bien definidas y acreditadas, donde es imposible soslayar el daño sufrido desde la esfera de lo moral, en una entidad mayor a lo esperable comparados

con otras situaciones, pues el perito médico habla de una minusvalía equivalente a la amputación de la mano derecha, y donde la única forma en que la solución judicial puede contribuir es con la especial consideración de esas circunstancias en la cuantificación del resarcimiento.

En el presente caso, estamos frente a la aflicción natural de una mujer joven que en la plenitud de su vida activa queda totalmente privada de la capacidad física necesaria para el desenvolvimiento en todos los órdenes de su vida (laboral, personal, social, íntima, etc.), hasta tuvo que aprender a escribir con la mano izquierda, no exhibe la mano dañada usa un guante permanente, como afirma en la demanda, lo menciona el perito médico en su informe, y lo pudimos observar en la audiencia de vista de causa.

La única testigo expuso los cambios que observó a partir del accidente, y las limitaciones permanentes para atender a sus hijos, para su manejo cotidiano, la sensación de que los demás le tienen lástima, su aislamiento y ocultamiento de la mano con guante.

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

Cada agravio moral tendrá una repercusión personalísima y es la misma naturaleza la que da cuenta de que unos son más fuertes y otros más susceptibles al sufrimiento, resultando ergo parámetros objetivos útiles las diez reglas para la determinación de la indemnización por daños morales que expone Mosset Iturraspe, a saber", "...1. No a la indemnización simbólica; 2. No al enriquecimiento injusto; 3. No a la tarifación con '\ piso\ ' o '\ techo\ '; 4. No a un porcentaje del daño patrimonial; 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6. Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7. Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8. Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9. Sí a los placeres

compensatorios; 10. Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida..." (cfr.op.cit.pág.228).

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

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

En el presente caso voy a tener en cuenta para cuantificar el daño los factores objetivos y subjetivos, estimativos del sufrimiento que ha padecido y seguirá padeciendo el resto de su vida la actora derivado de los siguientes hechos: la gravedad de la lesión sufrida, el efecto dañoso por la amputación y el tiempo de convalecencia, que para muchos de los tratamientos debió trasladarse de Lamarque a General Roca complicando su evolución, y en casos como el tratamiento psicológico abandonando el mismo; la pérdida en la vida cotidiana de hechos elementales como escribir, agarrar cosas, cebar

mate, entre otras cosas, la afección de su vida social, aislamiento, familiar con su pareja y cuatro hijos uno de ellos bebé, la limitación para tareas ocasionales, la edad de la víctima al momento del infortunio 25 años- y la lógica incidencia de su incapacidad para su vida en relación social y personal (esto más allá del éxito del tratamiento psicológico para la aceptación de su realidad).

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

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

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

En base a todo ello y por las particulares circunstancias evaluadas, propongo en concepto de daño moral la suma de \$ 400.000 al día del dictado de la sentencia, sin perjuicio de que los intereses se calculan también desde la fecha del accidente.

Intereses aplicables al daño moral: Como dijera esta Sala II de la Cámara de Trabajo en la reciente decisorio dictado en autos: "LIZA CRISTINA DEL CARMEN c/ LA SEGUNDA ART S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-24664-11), Sentencia Definitiva del 24-09-2015, " ... Se impone la revisión de la posición sustentada en los precedentes donde se aplicaron al daño moral las pautas de cómputo de acrecidos resultantes del criterio de "DURAN CARLOS ALBERTO c/ MAPFRE ART S.A.", por advertirse, bajo un nuevo análisis de la cuestión, que si se toman en consideración los conceptos esgrimidos en aquel pronunciamiento, se arriba como resultado a la composición mixta que parte de asumir una deuda a valores históricos y recomponerla para mantener la incolumidad del capital para, al mismo tiempo, acordar la renta de la que se priva al acreedor por la mora, a partir del hecho de que las tasas subsidiadas del Banco de la Nación Argentina distan muchas veces de cubrir siquiera los efectos del envilecimiento

el signo monetario.

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

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

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

Sin perjuicio de dejar a salvo que los intereses posteriores a la fecha hasta la cual aquí se calculan (31/10/2015), habrán de devengarse en las condiciones de "Durán".

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

En ese orden, la pericia psicológica de fs. 378/380, expone elementos relativos a la actualidad de vida de la actora, así dice: "...La vida cotidiana familiar, laboral y social de la Sra. Bordo se vio afectada por el accidente ... a nivel psíquico, han producido un desajuste psicoemocional significativo, lo que se ve manifestado hasta la actualidad, en

las circunstancias funcionales y emocionales de la actora. El estado psicológico de la actora puede agravarse con el tiempo dado que la situación traumática aún no ha podido ser superada...”.

Es evidente, que presenta un daño psíquico, y necesita un tratamiento así la perito informó: “ ... Atento los resultados surgidos de la pericia psicológica, es necesario que la Sra. Mariana Bordo, reciba tratamiento psicológico, con una frecuencia semanal y no siendo inferior al termino de dos años. Como así también, realizar interconsulta psiquiátrica. Respecto de los costos de la sesiones individuales en psicología, actualmente los honorarios profesionales oscilan entre \$ 100 y \$ 200 (fecha de la pericia 02-05-2012). Se estima como costos aproximados de dos años como mínimo de tratamiento, con posibles aumentos semestrales de los honorarios, entre \$ 10.000 y \$ 20.000.- La transitoriedad o permanencia de los efectos traumáticos, por ende, del daño psíquico dependerá de varios indicadores, a saber: una reparación que provenga del medio externo, recursos básicos de la personalidad, capacidad de resiliencia de cada actor para recuperar el equilibrio psicológico; y posibilidades de acceder a tratamiento psicológico, frecuencia y calidad del mismo”.

En función de esto prospera el reclamo de daño psicológico por el tratamiento necesario para su recuperación, por un valor de \$ 150 por sesión, dado que la experta informó valores entre \$ 100 a \$ 200, por lo que considero justo partir la diferencia entre los dos a fin de que obtenga un tratamiento adecuado, amén de que refirió aumentos semestrales de los honorarios profesionales. Lo que omitió es indicar la frecuencia mínima de las sesiones, siendo que lo regular es una por semana, dato que a su vez surge del informe efectuado por el Psicólogo de la ART Juan Cruz Muñoz a fs. 345, quién sugería ya en 2009 que retomara la atención psicoterapéutica por 4 meses con 16 entrevistas.

El aspecto concreto relativo al costo del tratamiento, forma parte del daño patrimonial por lo que en la porción mensurable económicamente sumando la cantidad de sesiones por el costo aproximado actual de ellas el resultado final es de \$ 15.600,00, (102 semanas x 1 sesión semanal x \$150,00 precio medio de la sesión= \$ 15.600,00).

Respecto del aporte de interés a la causa que efectúa la perito psicóloga, en cuanto a la incapacidad que le ocasiona el cuadro psicológico a la actora, debe decir que la reparación de este daño fue reclamado como incapacidad o minusvalía. Además en su dictamen habla de que la transitoriedad o permanencia del daño psíquico dependerá entre otras cosas del tratamiento psicológico, frecuencia y calidad del mismo. Por lo que no podemos hablar en este estadio de un daño permanente e irreversible.

Más allá de ello, considero que los aspectos del padecimiento irreversibles que no son mensurables matemáticamente, comprensivos de la perturbación “permanente” del equilibrio espiritual preexistente causada por el hecho ilícito, que puso punto final e irreversible a su proyecto personal y social, que se traduce en el sufrimiento con el que ha de convivir aún cuando el apoyo terapéutico contribuya a darle mayor contención al dolor por la pérdida de independencia funcional e integridad física, se incluye en el valor final que se fija en concepto de daño moral.

3.- Daño a la vida en relación: Se sustenta el pedido de este rubro, en el hecho de que la actora manifiesta que después de la grave amputación, se vió seriamente afectado su libido, al sentirse fea, distinta, por la forma en que ha quedado su mano, lo que le ha generado problemas serios para tener contacto íntimo con su pareja.

Asimismo se ha visto afectada su vida de relación hacia terceros, como estar excluida del mercado laboral. Dice que nos encontramos ante una persona que presenta incapacidad laboral, psicofísica y sexual, con la alteración de su derecho a una vida de relación plena como la que tenía y se proyectaba.

Siguiendo el análisis de los daños de mano de la Dra. Matilde Zavala de González, en su obra “Resarcimiento de Daños”, Tomo 2 a “Daños a las personas (Integridad psicofísica”, Edit. Hammurabi, pág. 462 y sts., sobre este tema expone: “ ...La normalidad de la dimensión social de la persona atañe a su salud, ya que esta noción debe ser entendida con la amplitud que le confiere la ‘ Organización Mundial de la Salud’”: como un estado de completo bienestar físico, mental y social. Lesiona la salud del ser humano no sólo lo que afecta su intangibilidad biológica y sí también las turbaciones a la ‘alegría de vivir’, al ‘placer de gozar de la existencia’. Aquella alegría y este placer se obtienen entonces de la propia interioridad y de las sanas vinculaciones con los demás. Sobre tal plataforma es que ha venido a reconocerse el llamado ‘daño a la vida en relación’ definido como la imposibilidad o dificultad del sujeto disminuido en su integridad de reinsertarse en las relaciones sociales de mantenerlas en un nivel normal...”.

En otro pasaje de su análisis la doctrinaria se pregunta ¿Cómo cabe encuadrar el daño a la vida en relación? A lo que responde: “... no hay perjuicios autónomos del daño patrimonial y del moral, aunque estas nociones deben tener la suficiente elasticidad, ya que lo económico no se agota en el dinero, ni lo espiritual en las lágrimas y el sufrimiento. Por consiguiente, el daño a la vida de relación no constituye un tertium genus o categoría diferente de las tradicionales, sino que debe encuadrarse dentro de

alguna de éstas, según los casos: puede producir repercusiones materiales o espirituales, o ambas...”.-

El otro interrogante es ¿qué interés práctico tiene entonces el estudio del daño a la vida de relación? A lo que responde: “... constituye una faceta lesiva peculiar, que el magistrado de tener muy en cuenta para justipreciar la indemnización, es decir, redimensionando el monto que habría acordado de prescindirse de la perturbación a la vida de relación. Por ejemplo, si la afectación tiene vínculo mediato con lo productivo, la reparación debe ser más generosa que la ajustada a la privación de capacidad laborativa strictu sensu. Así también, cuando se valora la existencia y entidad del daño moral no debe atenderse sólo a los padecimientos sicofísicos, sino también apreciarse si el hecho ha incidido en la normalidad de la vida social de la víctima...”.

Siguiendo estos lineamientos, como lo manifestará al comienzo de las consideraciones sobre los daños a reparar desde dos planos el patrimonial y extrapatrimonial, criterios que comparte este Tribunal, llego a la conclusión de que el daño a la vida en relación no constituye un daño autónomo a resarcir, por lo que voto por el rechazo de este rubro, el que ha sido considerado al momento de merituar el daño moral.

4.- Daño estético: Sustenta su pedido en el daño sufrido no por pérdida de belleza que se convirtió en fealdad a partir del evento, sino en una alteración significativa del aspecto que ofrecía la lesionada antes de sufrir el hecho dañoso

Que la falta del dedo índice de la mano derecha de la actora, así como las horribles cicatrices le han hecho perder la armonía de su cuerpo.

No solo ha perdido la funcionalidad de su mano, sino también la ha desformado, al extremo de sentir vergüenza de su miembro el que oculta bajo un guante hecho a medida, que usa día y noche ( hecho este acreditado con la testigo).

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

Por otro lado, la doctrinaria mencionada dice: “ La lesión estética puede ser de naturaleza anatómica, apreciable en la situación estática del cuerpo cicatrices en el rostro, quemaduras en partes visibles-; o bien, funcional, es decir, perceptible en el ordenamiento fisiológico, en la dinámica del desenvolvimiento somático una dificultad

en la marcha, anormalidad en los gestos de masticación-. Estas últimas perturbaciones suelen tener significación estéticamente perjudicial, sin perjuicio de su frecuente repercusión en la capacidad laborativa. La lesión estética puede proyectarse sobre los dos ámbitos, anatómico y funcional, como en el caso de la amputación de algún miembro u otros menoscabos...”.

Continuando con este análisis dice: “... En determinados supuestos la lesión estética tiene concreta repercusión económica, al impedir o limitar la actividad productiva actual o futura del sujeto. ...En consecuencia, no puede afirmarse en términos irrestrictos que la incapacidad sobreviniente sea autónoma de la lesión estética. Al contrario, es posible que este menoscabo sea factor genético exclusivo de la incapacidad, o bien obre como elemento coadyuvante, agravando una incapacidad ya determinada por otras minoraciones desencadenadas por el mismo hecho. Desde luego, también es factible que la lesión estética no produzca incapacidad, toda vez que aquélla no influye ni siquiera mediatamente en la actividad productiva de la persona (por ejemplo, cicatriz en parte oculta del cuerpo de quien se dedica a tareas intelectuales), y eventualmente puede coexistir con una ineptitud que obedece a otra índole de secuela sicofísicas.

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

Posteriormente, cuando analiza la lesión estética y su proyección sobre el daño moral, dice: “... A nuestro juicio, la noción daño moral no puede ser dissociada de la herida a las 'afecciones legítimas” (...), la cual en caso surge porque se ha causado una lesión estética. El daño moral no se resarce en abstracto, sino en virtud de razones muy concretas, susceptibles de variar circunstancialmente de un sujeto a otro en intensidad y calidad, aunque el bien o interés atacado sea el mismo. De allí que tampoco aceptamos los perfiles doctrinarios que ofrecen algunos fallos, que diferencian la lesión estética

(como alteración de la apariencia física del damnificado) y el daño moral (lesión a las afecciones legítimas de la víctima). Si bien se trata de nociones diferentes, no son autónomas pues hay entre ellas la misma relación que entre la causa (la lesión estética) y su efecto (un daño resarcible)...”. (obra citada, pág. 165 y sts.).

Desde esta mirada doctrinaria que comparto, considero que al igual que el daño de la vida en relación, no estamos ante un daño autónomo a los fines de su resarcimiento, pues desde lo patrimonial y su afección en la faz productiva de la trabajadora ha sido resarcido por la ART en función de la incapacidad laboral permanente, y en la presente acción no se reclaman mayores daños por ILPT.

Respecto de su merituación desde el plano del daño extrapatrimonial, la misma se considera supra por su incidencia en el daño moral, dentro de las afecciones legítimas, que sufre la actora, y el efecto disvalioso que provoca una lesión estética tan visible. Razones por las que considero corresponde desestimar el reclamo por daño estético.

5.- Intereses aplicables al rubro daño psicológico. Ambas Salas del Tribunal han decidido en recientes pronunciamientos (vgr. "DURAN CARLOS ALBERTO c/ MAPFRE ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" -Expte.Nº 1CT-25515-12 - Sentencia Definitiva del 6/8/2014- y "SILVEIRA SANDRA ELIZABETH c/ LIBERTY ART S.A. s/ ACCIDENTE DE TRABAJO" -Expte.Nº 2CT-24622-11 / H-2RO-561-L2012 - Sentencia Definitiva del 4/11/2014-, entre otros), un cambio en la tasa de interés legal, teniendo en cuenta para ello, varios indicadores que demostraban la insuficiencia de la tasa de interés activa del Banco Nación, por haberse modificado la situación imperante al momento en que la misma fuera adoptada por el STJRN en el fallo “LOZA LONGO, CARLOS ALBERTO c/ R.J.U. COMERCIO E BENEFICIAMIENTO DE FRUTAS Y VERDURAS Y OTROS s/ SUMARIO s/ CASACIÓN” (Expte.Nº 23.987/9 - SE Nº 43 del 27/5/2010), así como lo resuelto en el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, instrumentado en Acta nº 2601 de fecha 21 de mayo de 2.014, donde por amplia mayoría (19 votos a favor y 3 por la negativa) se decidió que la tasa de interés a aplicar fuera la nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses. Asimismo se determinó también por mayoría (12 votos a favor y 10 por la negativa) que dicha tasa de interés resulta aplicable desde que cada suma es debida respecto de las causas que se encuentran sin sentencia y con relación a los créditos del trabajador.

Todo atendiendo a que la tasa de interés activa cartera general (préstamo) nominal anual

vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, que en el orden local fuera considerada razonable y fijada como criterio por el Superior Tribunal de Justicia en "LOZA LONGO" a partir del 28 de mayo de 2.010 en adelante, ha quedado desajustada como consecuencia de la inflación y por lo tanto no cumple con su finalidad, cual es la de "...mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, ya que la tasa de interés que se informa desde la institución financiera oficial, contempla tasas subsidiadas que lejos están muchas veces de cubrir siquiera los efectos del envilecimiento del signo monetario...", tal como se señalara recientemente la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de esta Circunscripción Judicial en autos "Campos, Edgar Aníbal c/ Pochat, Carlos y Otro s/ Sumario" (Expte. n° 19684-09, Sentencia del 21 de febrero de 2.014).

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

Por su parte, que "...las deudas de valor son aquellas en que el objeto es un bien, que es medido por el dinero. Lo que se debe entonces es un valor, y el dinero no es objeto, sino el modo de pagar; a diferencia del caso anterior, no está in obligatione, sino in solutione. Se trata de una diferencia sustancial en un contexto nominalista e inflacionario. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones de valoraciones, en JA, 1976-IV-276, ps. 276). En las obligaciones de dar sumas de dinero siempre se debe la misma cantidad de dinero, aunque el mismo se deprecie, mientras que en las de valor lo debido es el bien, que se valoriza al momento del pago en una cantidad de dinero, de modo que en estas últimas el dinero varía según el aumento del precio del bien. Son obligaciones de valor, las indemnizaciones de daños y perjuicios, tanto en la responsabilidad por incumplimiento contractual como en la extracontractual; las obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa; la indemnización por expropiación; las deudas de medianería, las obligaciones de alimentos, etc.. En consecuencia, las obligaciones de valor permanecen al margen del nominalismo, por cuanto lo que se debe no es dinero, sino un valor que, aunque termine traduciéndose en dinero, permitirá siempre la

actualización que sea pertinente hasta alcanzarlo y representarlo por medio de una suma de dinero. (LORENZETTI, ob. cit., ps. 162/164)...". Para señalar en párrafos subsiguientes que "...no puede soslayarse que cuando se reclaman deudas de valor "los jueces fijan el monto de la indemnización teniendo en cuenta los valores de reposición al momento de la sentencia" (conf. Borda, G. A., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, Ed. Perrot, Bs. As., 1976). La deuda de valor permite la adecuación de los valores debidos y su traducción en dinero al momento del pago, proceso que puede contemplar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual se ha entendido que no se encuentran alcanzadas por el principio nominalista, siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda del valor adeudado al tiempo del pago (conf. Pizarro, R.D. - Vallespinos, C.G., Instituciones de derecho Privado. Obligaciones, T. I, n° 163, ps. 372/375, Hammurabi, Bs. As., 1999)...".

La de autos (vgr. la indemnización en las condiciones del derecho civil de un ilícito extracontractual) es una típica deuda de valor -incluso por hallarse despojada de las limitaciones en la discrecionalidad para la determinación característica de las prestaciones sistémicas tratadas en los citados precedentes "DURÁN" y "SILVEIRA"- que como tal admite plenamente contemplar la tasa de interés necesaria para mantener la incolumidad del capital y al mismo tiempo acordar la renta de la que se priva por la mora, a efectos del objetivo buscado de resarcir los valores salud y anímico lesionados. De modo que la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, es la que más se adecúa con el objetivo a cumplir, coincidiendo con el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al que he aludido.

En consecuencia, desde el acaecimiento del infortunio hasta el 03 de Noviembre de 2007 la tasa aplicable es la de "Calfín c/ Murchison" y a partir del 27 de mayo de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2.011 corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, según "Loza Longo" -que a esos tiempos aun cumplía la función que ahora se descarta por haberse vuelto insuficiente-, mientras que a partir del 1 de enero de 2012 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses, lo que hace un total del 193,56%.

Sin perjuicio de dejar a salvo que los intereses posteriores a la fecha hasta la cual aquí se calculan (31/10/2015), habrán de devengarse en las condiciones de "Durán".

#### IV- LIQUIDACIÓN

Conforme las pautas expuestas en el punto precedente, la actora resulta acreedora de la siguiente suma:

#### Rubro Capital Intereses Total

Daño Patrimonial \$ 15.600,00 \$ 30.195,36 \$ 45.795,36

Daño Moral \$ 400.000,00 \$ 255.640,00 \$ 655.640,00

Total \$ 415.600,00 \$ 285.835,36 \$ 701.435,36

Son pesos SETECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS.

V- COSTAS JUDICIALES: Corresponde su imposición a la demandada vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (arg.arts.25 de la ley 1.504 y 68 del C.P.C.C.).

Respecto de los rubros daño en la vida en relación y daño estético se rechazan en su entidad autónoma, pero se ha incidido en el mérito que se hace del daño moral, por lo que considero que por tal razón la actora no tiene calidad de vencida, pues tenía razones valederas para reclamar los mismos. TAL MI VOTO.

Los Dres.Gabriela Gadano y Diego Jorge Broggin, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

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

RESUELVE: I.- HACER LUGAR a la demanda promovida por MARIANA GABRIELA BORDO contra LAS GRINGAS SRL y en consecuencia condenar a ésta a pagar a la primera, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificada, la suma de SETECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 701.435,36), en concepto daño patrimonial y daño moral, importe que incluye los intereses que se indican en el Considerando. Con costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Máximo F. Castro Veliz por las labores cumplidas en el doble carácter por la parte actora en las dos etapas del pleito en la suma de \$ 108.020,00 (MB: \$ 701.435,36 x 11% + 40%) y los del Dr. Juan Carlos Bruno, por las labores cumplidas en carácter de letrado patrocinante de la parte demandada en las dos etapas del pleito en la suma de \$ 70.143,00 (MB: \$ 701.435,36 x 10%), en ambos casos de conformidad con las disposiciones de los

arts.6,7,8, 10 y 40 de la Ley de Aranceles y con consideración del importe pecuniario del proceso, resultado obtenido importancia, calidad y extensión de los trabajos realizados. Además se deja constancia que dicha regulación comprende los honorarios diferidos en Auto Interlocutorio de fs. 63/68.-

Asimismo, se regulan los honorarios de los peritos intervinientes se regulan a la Dra. Rosario Gallart Abuyé la suma de \$ 21.040,00, a la Lic. María Verónica Puig la suma de \$ 21.040,00, y al Ing. Abelardo Zilvestein en la suma de \$ 21.040,00 (MB. 701.435,36 X 3%) , también teniendo en cuenta la importancia de la labor cumplida, su incidencia como elemento de prueba para la decisión, la ley provincial 5069 y art. 277, 4to párrafo de la LCT incorporado por art. 8 de la Ley 24.432.

Se deja constancia que tales importes no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que, de corresponder, deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

II.- Con la presente por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de depósito bancario, a los quince días de quedar firme la presente bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716.

Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DR. DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal de Trámite- Sala II

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE DRA. GABRIELA GADANO

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mi:

DRA. DANIELA PERRAMON

Secretaria